# REVISTA CRÍTICA

DE

# DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año LXXXVIII • Enero-Febrero 2012 • Núm. 729

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

# CONSEJO DE REDACCIÓN


## Presidente

**Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

## Comisión ejecutiva

**Don Alfonso Candau Pérez**
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Luis Fernández del Pozo**
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

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

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

## Consejero-Secretario de la Revista

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

## Consejeros

**Don Juan Vallet de Goytisolo**
Notario

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

**Don Eugenio Fernández Cabaleiro**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Antonio Nortes Triviño**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Manuel García García**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Luis Laso Martínez**
Abogado

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

**Don Juan Sarmiento Ramos**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Don Carlos Lasarte Álvarez**
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

**Don Fernando Curiel Lorente**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Don Fernando Pedro Méndez González**
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Vicente Domínguez Calatayud**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Celestino Pardo Núñez**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Don Juan José Pretel Serrano**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Alfonso Candau Pérez**
Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Luis Fernández del Pozo**
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

## Comité editorial
**con funciones de evaluación externa**

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

**Don Vicente Guilarte Gutiérrez**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

**Don Fernando Pantaleón Prieto**
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Guillermo Jiménez Sánchez**
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

# S U M A R I O

*Págs.*


**ESTUDIOS**

«La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», por JUAN CALVO VÉRGEZ ..... 11

«El automatismo en la accesión inmobiliaria», por GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA ..... 43

«El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», por ANA LÓPEZ FRÍAS ..... 111

«La obtención de financiación para la compra de vivienda y las arras», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS ..... 137

**ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

«La eficacia del ignorado Registro Civil en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por título fidedigno», por CRISTINA VICTORIA LÓPEZ HERNÁNDEZ ..... 167

**DICTÁMENES Y NOTAS**

«Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ

»Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008) .. 197

»La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011) ..... 221

*Págs.*

## DERECHO COMPARADO

«Seguridad jurídica y racionalidad», por LEONARDO BRANDELLI ..... 255
«Concepto y eficacia de los principales acuerdos precontractuales en Derecho estadounidense», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS . 281

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ..... 321

Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«La adopción por matrimonios homosexuales y la RDGRN, de 18 de febrero de 2009», por ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ ..... 335

## ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Colisión entre el derecho moral del escultor y el derecho del propietario. Estudio jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 371

1.2. Derecho de familia:

— «De nuevo sobre la prodigalidad», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT ..... 383

— «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA ..... 419

1.3. Derechos reales:

— «La excepción del autopromotor en el seguro decenal: análisis jurisprudencial de sus requisitos», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 433

1.4. Sucesiones:

— «Revisión crítica de la reserva vidual en el Derecho Civil Foral: análisis particular de la reserva binupcial en el Derecho y jurisprudencia catalana hasta su definitiva derogación legislativa», por ARACELI DONADO VARA ... 445

*Págs.*

1.5. Obligaciones y contratos:

— «La contratación por Internet en el marco de una sociedad globalizada», por ROSANA PÉREZ GURREA ..... 466

1.6. Responsabilidad civil:

— «Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial de los entes locales según el Tribunal Constitucional: prueba individualizada del ruido, adopción de medidas suficientes por el Ayuntamiento y doctrina del TEDH sobre intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ ..... 483

1.7. Concursal Civil:

— «El *fresh start,* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS ..... 516

2. MERCANTIL

— «La caducidad del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario en el contrato de transporte marítimo de mercancías», por BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ ..... 558

— «Los daños morales en los incumplimientos de contratos de adquisiciones de empresas. Un problema de imputación objetiva en la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010», por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..... 582

3. URBANISMO

— «La subsanación de defectos en el título reparcelatorio a través de las operaciones jurídicas complementarias motivadas por sentencia judicial», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ ..... 609

**ACTUALIDAD JURÍDICA**

Información legislativa y de actividades ..... 623

*Págs.*

**INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil», de SOFÍA DE SALAS, por GABRIEL GARCÍA CANTERO ..... 663

«Donaciones encubiertas», de RAMÓN DURÁN RIVACOBA, por ANTONIO LEGERÉN MOLINA ..... 667

«Comentarios a las normas sobre protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea», de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, por ROSANA PÉREZ GURREA ..... 671

**REVISTA DE REVISTAS** ..... 677

# ESTUDIOS

# La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

por

JUAN CALVO VÉRGEZ
*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*
*Universidad de Extremadura*

*SUMARIO*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

II. ANÁLISIS DE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DICTAR LA DILIGENCIA DE EMBARGO.

III. ¿DEBE PROCEDERSE A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO?

IV. PRINCIPALES ASPECTOS DERIVADOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

V. SUPUESTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LA HACIENDA PÚBLICA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con carácter general, todo estudio que pretenda llevarse a cabo del embargo y de la ejecución de los bienes como actividad ejecutiva típica del procedimiento de apremio adquiere un carácter específico en aquellos supuestos en los que existe una garantía real sobre determinados bienes del deudor. Y ello debido a que la existencia de dicha garantía determina una afección de los bienes en aras precisamente de su ejecución, la cual deberá llevarse a cabo a través del procedimiento administrativo de apremio.

A lo largo de presente trabajo pretendemos analizar, desde la perspectiva que ofrecen los derechos reales de garantía de los que es titular la Administración, el proceso a través del cual han de desarrollarse los distintos trámites y actuaciones que configuran el procedimiento de apremio, objeto de regulación en los artículos 163 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y 70 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR). De cara al análisis de la referida cuestión centraremos nuestro estudio en la garantía real contenida en el artículo 78 de la LGT, de conformidad con el cual: *«En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior»*.

Ciertamente nos hallamos ante un precepto (el citado art. 78 de la Ley 58/2003) en el que se contiene una sola garantía (si bien, como tendremos ocasión de analizar, de fortaleza aún mayor que la de la hipoteca ordinaria) destinada a garantizar el cobro de la deuda tributaria correspondiente a un único tributo: el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) (1). Ahora bien, conviene tener presente que, al margen de esta regulación, el legislador tributario ha procedido al establecimiento de otras afecciones de bienes destinadas al pago de tributos concretos para otros supuestos de carácter diverso (2).

La razón de ser del establecimiento de esta hipoteca legal tácita parece clara. Como bien ha señalado LAGO MONTERO (3), cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, lo primero que le interesa asegurar al legislador es el cobro del IBI, impuesto de naturaleza patrimonial que grava la titularidad del bien.

¿Nos hallamos ante una garantía aplicable únicamente al IBI o, por el contrario, cabría admitir su proyección sobre otros impuestos patrimoniales tales como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de las Entidades No Residentes, el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, etc.?

Ya en su día determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo (entre otras, las sentencias de 26 de febrero de 1980, 31 de diciembre de 1982 y 24

---

(1) Véanse, a este respecto, FALCÓN Y TELLA, R., «Hipoteca legal tácita», en la obra colectiva *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. II, Civitas, Madrid, 1994, págs. 3317 y sigs., y MANTERO SÁENZ, A., «La hipoteca legal tácita», en *Crónica Tributaria,* núm. 35, 1981, págs. 187 y 188.

(2) Así sucede, por ejemplo, con las establecidas en las normas encargadas de regular el Impuesto sobre la Renta de No Residentes y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Entidades No Residentes.

(3) LAGO MONTERO, J. M.ª, «La eficacia de las garantías reales tras la LGT 2003 y el RGR 2005. Coordinación en la ejecución (I)», en *Nueva Fiscalidad,* núm. 2, 2008, pág. 65.

de marzo de 1983) circunscribían a las contribuciones territoriales las deudas tributarias garantizadas por el artículo 73 de la antigua LGT (4). Asimismo desde determinados sectores de la doctrina se ha apuntado la posibilidad de incluir, dentro del ámbito de aplicación de esta garantía, al Impuesto sobre los Bienes Inmuebles de las Entidades No Residentes y al Impuesto sobre Circulación de Vehículos argumentándose que, en ambos casos, se trata de bienes inscribibles en registros públicos (5). Cabe plantearse, sin embargo, hasta qué punto el primero de los citados impuestos presenta un carácter periódico y fiscal (más bien parece dar cumplimiento a una finalidad extrafiscal aislada). Por lo que respecta a la segunda figura impositiva anteriormente indicada, no creemos que el registro de vehículos sobre el que la misma opera constituya un verdadero registro de bienes inscribibles con publicidad registral.

Estimamos pues que, dada la actual redacción del artículo 78 de la LGT 2003 (prácticamente idéntica a la contenida en el art. 73 de la antigua Ley de 1963), y aun reconociendo la falta de claridad de la que adolece el referido precepto, la aplicación de esta garantía queda reducida única y exclusivamente al IBI. En otras palabras, no cabe adoptar una interpretación extensiva de lo dispuesto en dicho precepto.

Por otra parte se trata de una garantía que ha de ser puesta en conexión con otra de carácter similar, la afección de bienes al pago del IBI prevista al efecto en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 64 del RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo) y susceptible de proyectarse sobre la totalidad de las deudas no prescritas (la del año en curso y cuatro más). Tal y como ha puesto de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 18 de diciembre de 1998, a través de esta segunda garantía (la afección al IBI) se ha pretendido ampliar el ámbito temporal de aplicación de la hipoteca legal tácita. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Y es que, a pesar de que ambas garantías ofrecen una análoga naturaleza, la relativa a la afección de bienes al pago del IBI parece diseñada para superar y absorber a la hipoteca legal tácita.

¿Qué características presenta esta garantía real relativa a la afección de bienes al pago del IBI? Con carácter general constituye una garantía de naturaleza hipotecaria a la que el legislador tributario no le otorga la denominación de hipoteca legal, sino la de «afección». Así las cosas, ¿cabe estimar que dicha garantía cederá ante el tercero protegido por la fe pública registral? A nuestro juicio, nos hallamos ante una garantía real de eficacia similar a la hipoteca legal tácita, de alcance *erga omnes* y que no necesita de inscripción registral. A través

(4) Incluso con anterioridad, la sentencia del Alto Tribunal, de 15 de junio de 1974 optó, incomprensiblemente, por incluir, dentro de esta garantía, la antigua Licencia del Impuesto Industrial, así como el Impuesto sobre Sociedades y el de Transmisiones Patrimoniales.

(5) De esta opinión se muestra partidaria ARRANZ DE ANDRÉS, C., *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria: aproximación jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 46 y sigs.

de la misma se sujeta un bien al cumplimiento de una obligación, otorgándose además un derecho de preferencia absoluto para el cobro del crédito tributario en concepto de IBI (6).

En consecuencia, gozando esta afección de naturaleza hipotecaria, estimamos que su eficacia ha de ser universal. Y ello a pesar de la falta de previsión legal expresa existente al efecto. Así tuvo oportunidad de precisarlo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria, de 25 de noviembre de 1997, en la que se afirma que: *«La afección legal al pago del IBI, aunque no conste en el Registro, no cede ante terceros. Se impone la publicidad legal»* (7).

Como es sabido, la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003 presenta una limitación temporal en virtud de la cual su eficacia queda limitada al cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al año anterior. Dicha preferencia comprende así el cobro de la deuda tributaria correspondiente al año en curso y al inmediato anterior, lo cual se explica por el carácter periódico del IBI, cuyo devengo tiene lugar el 1 de enero de cada año (8). En cambio el artículo 64 del TRLRHL extiende la garantía para el cobro de cuatro años de deuda, comprendiendo la misma la cuota, los intereses y los recargos de toda clase y condición (9).

---

(6) Adicionalmente la referida garantía desplegará toda su eficacia, tanto en aquellos supuestos en los que no se haya declarado un concurso, como en aquellos otros en los que, habiéndose declarado el mismo, su desarrollo termine con la liquidación de la empresa. En todo caso debe precisarse que la Administración Tributaria local se halla plenamente facultada para intentar su ejecución por separado, al margen del convenio o, en caso de sumarse a este, exigiendo que se respete en su integridad. Téngase presente además que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), se trata de un crédito privilegiado especial por el 100 por ciento de su importe.

(7) En esta misma línea puede consultarse la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de 26 de mayo de 1999, en la que se declara lo siguiente: *«(...) El adquirente no es un tercero protegido por la fe pública registral, que se beneficiaría de la exclusión si estuviéramos en el ámbito del artículo 74 LGT de 1963. Pero en el ámbito del IBI, el adquirente responde con el bien sin exclusión alguna por las deudas no prescritas. Está en situación análoga a la del adquirente de la finca hipotecada».*

(8) Tal y como se encarga de precisar además el artículo 65 del RGR 2005, se exige el pago cuando se inicia el procedimiento de recaudación en periodo voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito en el registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate. Añade asimismo el citado precepto reglamentario en su apartado segundo que: *«Tanto el acreedor hipotecario como el tercer adquirente, perjudicados ambos por esta garantía, tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo obligado al pago».*

(9) Ciertamente, tratándose de una garantía como la presente, de carácter real y legal, no existe razón alguna por la que deba limitarse su alcance a la cuota, quedando fuera intereses y recargos. A mayor abundamiento, la publicidad legal y la información notarial existente protegen suficientemente al adquirente, que tiene conocimiento de lo que adquiere. Ahora bien, a pesar de que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria permite que la hipoteca alcance hasta dos años de intereses, el artículo 78 de la LGT 2003 nada señala a este respecto. Véase a este respecto la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de octubre de 2000

Esta última garantía real (la afección de bienes al pago del IBI del art. 64 del RDLeg. 2/2004) resulta exigible en régimen de responsabilidad subsidiaria. En consecuencia ha de agotarse previamente el procedimiento de apremio hasta la declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios. Ciertamente se trata de un criterio cuanto menos discutible. De hecho, el propio TS se encarga de precisar en su sentencia de 24 de enero de 2004 que: *«En el supuesto de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos objeto del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no es precisa la declaración de fallido del adquirente o los adquirentes intermedios para que, declarada la del deudor originario transmitente de los bienes afectos al pago de la deuda tributaria, pueda derivarse la acción contra dichos bienes tras la notificación reglamentaria al adquirente y titular actual de los mismos, del acto administrativo de derivación»*. A nuestro juicio, la ejecución de cualquier garantía real de naturaleza hipotecaria ha de efectuarse de manera idéntica a la ejecución de una hipoteca.

Téngase presente finalmente que, al amparo de lo establecido en el artículo 66 del RGR 2005, para disfrutar la Hacienda Pública de igual preferencia a la prevista en el artículo 78 de la Ley 58/2003 por débitos anteriores a los expresados en él o por mayor cantidad de la que del mismo resulta, cabe la posibilidad de constituirse voluntariamente por el deudor o, en su caso, de exigirse por aquella la constitución de hipoteca especial, la cual surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria.

Dada esta última situación estaríamos en presencia de una hipoteca *ex voluntate* de carácter amplio que, por ejemplo, podría constituirse como garantía en los casos de aplazamiento y fraccionamiento, rigiéndose en su constitución por las disposiciones hipotecarias civiles y ejecutándose por el procedimiento del artículo 74.4 del RGR, que es el correspondiente a las garantías reales de naturaleza hipotecaria. Todo ello sin necesidad de declaración de fallido del deudor principal.

## II. ANÁLISIS DE LA EVENTUAL NECESIDAD DE DICTAR LA DILIGENCIA DE EMBARGO

Como seguramente se recordará, el artículo 110 del antiguo Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante Real Decreto 1684/1990, de 20

---

en la que, refiriéndose al artículo 76 de la antigua Ley de Haciendas Locales, se declaraba que: *«(...) No estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria o subsidiaria, en el que podría acogerse a la dispensa del recargo de apremio no provocado por la actora. En el supuesto del artículo 76 LHL, la garantía es real y se constriñe a cuota y recargos, dándose por supuesto que el adquirente del bien sabe con qué deudas pendientes de pago, por todos los conceptos, realiza su adquisición»*.

de diciembre, exigía para la práctica del embargo la emisión por el Fisco de la llamada providencia de embargo, esto es, de un documento por el que se ordenaba el desarrollo de las actuaciones materiales de embargo. Dicha providencia resultaba dictada una vez transcurrido el plazo de pago de las deudas apremiadas, siendo su finalidad básica la determinación de la afección genérica de la totalidad del patrimonio del deudor en aras al desarrollo de las concretas actuaciones de embargo susceptibles de ser llevadas a cabo con posterioridad. De este modo tenía lugar una apertura del proceso de ejecución forzosa ya que la providencia, de acuerdo con su condición de acto interno o de trámite, facultaba la realización de un conjunto de actos de verdadera relevancia en dicho proceso, a saber, las diligencias de embargo.

Precisaba además el artículo 115 del antiguo RGR de 1990 que, mediante la diligencia de embargo, se produce la afección o traba de cada uno de los concretos bienes objeto de embargo, haciéndose constar dicha traba en el expediente y procediéndose a su notificación al interesado con la finalidad de favorecer el adecuado conocimiento por este de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración. Surge así un requisito de carácter necesario en el proceso de ejecución del bien, ya que con anterioridad a la enajenación de los bienes embargados se requiere su previa sujeción.

Pues bien, tanto la Ley 58/2003 como el Real Decreto 939/2005 omiten toda referencia a la providencia de apremio con la finalidad, *a priori*, de simplificar los trámites del procedimiento ejecutivo. Y ello a pesar de que, dada la consideración de la providencia de embargo como primer acto ejecutivo dictado por los Jefes de Dependencia o Unidades de Recaudación sobre los bienes y derechos suficientes para la realización del crédito tributario (poniendo así fin a la fase de pago voluntario de la deuda), pudiera pensarse que resulta necesario dictar la oportuna providencia de embargo al objeto de proceder a la ejecución de la garantía constituida.

Tal y como ha señalado DAGO ELORZA (10): *«configurada la providencia de embargo como un trámite intermedio entre el despacho de ejecución dispuesto por la providencia de apremio y los mandamientos y diligencias de efectiva vinculación de sus bienes, su significado no ha sido plenamente entendido por las normas y la práctica administrativa, que parecían considerarla como un acto de trámite interno, habilitante de la acción de los órganos administrativos y notificación innecesaria»*.

Debe precisarse, no obstante, que sí que persiste en el actual marco normativo (arts. 170.1 de la LGT y 76 del RGR), conservando además su significado tradicional, la llamada diligencia de embargo, entendida como el reflejo

(10) DAGO ELORZA, I., «Artículo 169», en la cobra colectiva (Dir.: HUESCA BOADILLA, R.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria,* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 1132.

documental de cada actuación de embargo de obligada notificación al obligado al pago.

Pues bien teniendo presente, como punto de partida, que los bienes garantizados no precisan, dada su previa afección, de su embargo, ¿se requiere la emisión de la diligencia de embargo en aquellos casos en los que se procede a la ejecución de bienes sujetos a garantía? A nuestro juicio en la ejecución de garantías cabe prescindir del requerimiento efectuado al deudor, al estimarse que se ha producido el mismo mediante la providencia de apremio. Y, al amparo de la anterior consideración, cabría estimar igualmente que, dada la existencia de dicha providencia, en caso de impago se procedería a ejecutar la garantía, no siendo necesaria en consecuencia la diligencia al objeto de facilitar al interesado el conocimiento de dicha ejecución, tal y como precisan los artículos 170.1 de la LGT y 76.3 del RGR.

Téngase presente que, tal y como establece el artículo 167 de la LGT, a través de la providencia de apremio se inicia el despacho de ejecución contra el patrimonio del deudor, sin que ello implique la inmediata ejecución, ni tampoco la traba de ningún concreto bien (11). Ahora bien, no debe confundirse la anterior situación con aquellos otros supuestos en los que lo que se pretende es la ejecución de bien frente a un tercero no deudor, máxime si tenemos en cuenta que la diligencia ha de comunicarse, no ya solo al deudor, sino también a cualquier interesado en las actuaciones de embargo y ejecución, como puedan ser el garante o poseedor de un bien ofrecido en garantía [art. 81.*b)* del RGR] o el arrendador en el supuesto de que el inmueble estuviese arrendado (art. 90.4 del RGR).

En definitiva, la sujeción que sobre el inmueble supone la constitución de una hipoteca, ya sea esta legal o voluntaria, implica su afección al pago, resultando la misma suficiente para proceder a su ejecución. Así las cosas, podría afirmarse que en aquellos supuestos en los que la Hacienda persiga ejecutar su derecho de hipoteca legal tácita en garantía del crédito tributario no será necesaria la emisión de la diligencia de embargo, al no constituir tampoco este último un trámite indispensable.

De hecho, una de las principales ventajas que comporta la interposición de un derecho real de garantía entendida como medida de aseguramiento del crédito tributario se concreta en la posibilidad de acudir directamente contra el bien objeto de la garantía. Cuestión distinta será que se prevea la insuficiencia del bien para la íntegra satisfacción de la deuda pendiente ya que, en este último caso, la necesidad de proceder ejecutivamente contra otros bienes del deudor otorga a la emisión de la diligencia la consideración de trámite de inexcusable cumplimiento, tal y como establece el artículo 75.1 del RGR.

---

(11) Véase, a este respecto, PÉREZ DE VEGA, L. M.ª, *La iniciación del procedimiento de apremio de las deudas tributarias*, Lex Nova-Marcial Pons, Valladolid, 1998, págs. 223 y sigs.

## III. ¿DEBE PROCEDERSE A LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO?

Dispone el artículo 170.2 de la Ley 58/2003, siguiendo la línea iniciada por el artículo 134.2 de la antigua Ley de 1963, que en aquellos supuestos en los que los bienes embargados resulten ser inscribibles en un Registro Público, la Administración tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el correspondiente Registro.

La práctica de dicha anotación preventiva no alterará, sin embargo, la prelación dispuesta en el artículo 77 de la Ley para el cobro de los créditos tributarios, siempre y cuando se ejercite la tercería de mejor derecho. Así las cosas, si bien la práctica de la referida anotación podrá llegar a determinar que la Hacienda Pública disfrute de un mejor derecho para el cobro, el disfrute de la citada prerrogativa quedará condicionado al ejercicio de la oportuna tercería de mejor derecho frente a aquel sujeto que, por aplicación de lo establecido en los artículos 1923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, pudiera adquirir la consideración de acreedor preferente (12).

Ahora bien, tratándose de la ejecución de un bien afecto al pago de la deuda tributaria en virtud de la hipoteca legal tácita establecida en el artículo 78 de la LGT, ¿se hace necesaria la práctica de anotación preventiva de embargo? A nuestro juicio la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa.

De entrada, piénsese que nos hallamos ante una figura que, como su propio nombre indica, presenta un carácter tácito, pudiendo desplegarse sus efectos sin necesidad de constancia registral alguna. Pero es que, además, el desarrollo de la propia actividad del embargo resulta innecesaria tratándose de bienes ya afectos al pago de la deuda tributaria.

Lo cierto es, sin embargo que, al amparo de lo establecido en el artículo 35 del antiguo RGR de 1990, la hipoteca legal tácita podía hacerse constar en los Registros Públicos mediante anotación preventiva de embargo, sin que la eventual omisión de este trámite contribuyera a modificar la preferencia de la que goza dicha garantía. De este modo resultaba factible la oponibilidad de la referida garantía frente a terceros sin necesidad de constancia registral alguna, circunstancia ciertamente criticable que trató de paliarse mediante la posibilidad de conversión en anotación preventiva de embargo (13).

---

(12) Téngase presente, a este respecto, que cuando a la Administración tributaria se le ha anticipado otro acreedor en la ejecución procede el planteamiento de la tercería, entrando en juego el orden de prelación de créditos en ejecuciones singulares, regulado en preceptos tales como los citados artículos 1923 del Código Civil o 44 de la Ley Hipotecaria.

(13) Véase, a este respecto, ZABALA RODRÍGUEZ-FORNÓS, A., LLOPIS GINER, F., y DAGO ELORZA, I., *Recaudación, aspectos sustantivos y procedimentales*, 2.ª ed., CISS, Valencia, 1993, pág. 243, quienes comparaban esta regulación contenida en el antiguo RGR de 1990 con la recogida en la antigua Instrucción General de Recaudación y Contabilidad aprobada

¿Cuál es la regulación contenida en el vigente Reglamento General de Recaudación? Con carácter general, el artículo 65 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, omite la referencia contenida en el antiguo Reglamento, al estimarla superflua e innecesaria. Se estima así que, constituyendo el embargo la fase del procedimiento consistente en la retención, selección y traba de aquellos elementos patrimoniales que efectivamente pertenezcan al ejecutado en cantidad suficiente para, en su caso, satisfacer al acreedor, la anotación representa únicamente un mecanismo destinado a la consecución de dicha finalidad y a través del cual queda reforzada la garantía derivada del principio de responsabilidad patrimonial universal, objeto de regulación en el artículo 1911 del Código Civil (14).

En efecto, a través de la práctica de la anotación preventiva se persigue asegurar que, en el instante de la realización del bien embargado, este se halle en la misma situación en la que se encontraba al tiempo de producirse aquella, pudiendo, en consecuencia, el rematante adquirir el bien anotado sin más gravámenes que los existentes en ese preciso instante. Ello determina que los bienes hipotecados, ya sea legal o convencionalmente, no requieran de su embargo, al encontrarse ya sujetos al pago de la deuda. Y, por ende, carece igualmente de toda relevancia a estos efectos la práctica de la anotación de embargo sobre un bien ya hipotecado.

En esta línea, como seguramente se recordará, disponía el artículo 111.6 del antiguo RGR de 1990 que en la ejecución de las hipotecas y de otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la Hacienda Pública no se plantea la necesidad de proceder a la práctica, con carácter previo, de la anotación preventiva de embargo. Lo cierto es, sin embargo, que dicha previsión no ha sido recogida por el artículo 74 del vigente RGR de 2005.

Así las cosas, podríamos afirmar que, en cierta medida, la función procesal desarrollada por el embargo y por la hipoteca ofrece un carácter coincidente. Y es que, si bien es cierto que la aplicación de los principios hipotecarios no resulta coincidente en ambas figuras, a través de la práctica de la anotación preventiva de embargo se logra la afección que atribuye al órgano ejecutor la potestad de realización del bien trabado. De este modo la hipoteca quedaría configurada como una especie de embargo anticipado.

---

mediante Decreto 2260/1969, de 24 de julio, constatando que en la Regla 19.ª de esta última norma se señalaba que en los procedimientos de apremio, de mediar hipoteca legal tácita, la constancia en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva de embargo resultaba obligatoria.

(14) Refiriéndose a la inscripción de esta hipoteca, señaló la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de julio de 1998, que: *«(...) Se trata de una obligación legal inmune a las omisiones del Registro, con la publicidad que le otorga el artículo 9.3 de la Constitución (...) En muchas ocasiones se la ha calificado de superprivilegio, de superhipoteca que desborda a las hipotecas pues va más allá en la protección del crédito que las hipotecas propiamente dichas».*

Sin lugar a dudas, una de las principales características de la anotación preventiva de embargo es la relativa a su función de garantía de eficacia frente a terceros. A pesar de que en determinados supuestos el embargo pueda quedar sin anotar resultará perfectamente válido y eficaz, con independencia de que no pueda oponerse a los terceros adquirentes de buena fe posteriores a la traba (15).

Ahora bien, ¿significa lo anterior que el derecho de hipoteca legal tácita ha de ser objeto de anotación preventiva de embargo? Desde nuestro punto de vista la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa, máxime si tenemos en cuenta que el citado derecho resulta oponible a cualquier acreedor o adquirente sin necesidad de su constancia registral. En consecuencia, el tercero que adquiera un bien afecto por dicho concepto habrá de asumir la imposición del referido gravamen, a pesar de que su adquisición se hubiera producido de buena fe por concurrir los requisitos exigidos al efecto por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a saber, la adquisición por título oneroso de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitir el bien, procediendo el adquirente a la inscripción de su derecho (16).

Así las cosas, ni es preceptiva la diligencia de embargo ni se ordena que se anote este en el Registro ni se prevé que antes de ejecutar la hipoteca se expurgue el patrimonio del deudor o, en su caso, del responsable solidario hasta la declaración de fallido. De hecho, para ejecutar hipotecas y afecciones no hace falta diligencia de embargo ni anotación de la misma en el Registro, dado que el bien se encuentra ya trabado *ex lege* o *ex contractu* por la acción de la garantía, que sujeta un bien al cumplimiento de una obligación. Ello no obsta, sin embargo, para que pueda anotarse el embargo en el Registro a través de nota marginal, al objeto de proceder a su publicación y a darle publicidad, evitándose así la aparición de terceros que aleguen hallarse protegidos por la fe pública registral, haciéndose además efectiva la preferencia contenida en el artículo 77 de la LGT 2003 ante un tercerista (17).

Como es sobradamente conocido, la inscripción constituye un asiento de duración indefinida cuya razón de ser reside en publicar derechos reales inmobiliarios. Por el contrario las anotaciones preventivas, dada su condición de asientos provisionales precursores de otro posterior, presentan una duración

---

(15) Téngase presente que dicho embargo únicamente producirá plenos efectos frente a los adquirentes posteriores de la finca o del derecho real embargado cuando tenga lugar la anotación de la traba en el Registro de la Propiedad.

(16) Véase, en este sentido, SIMÓN ACOSTA, E., «La hipoteca legal tácita en garantía de deudas tributarias», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a F. Sáinz de Bujanda,* vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, págs. 1088 y 1089.

(17) Debe precisarse no obstante que, para la ejecución de la garantía consistente en afección de bienes al pago de tributos la nota marginal resulta obligatoria *ex* artículo 67.1 del RGR, pudiendo practicarse antes o después.

limitada, con independencia de que, tal y como establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, puedan ser prorrogadas. Y mientras la inscripción, una vez practicada, despliega su eficacia frente a cualquier situación que no hubiera tenido acceso al Registro, las anotaciones preventivas únicamente adquieren eficacia frente a aquellas situaciones que hubiesen surgido con posterioridad a la fecha de acceso registral, al margen de la fecha en la que las mismas hubiesen quedado investidas de eficacia registral (18).

Por otra parte, conviene tener presente que, una vez declarado el concurso, la ejecución de las garantías reales requiere únicamente, como regla general, esperar hasta el transcurso del plazo de un año para que se firme el convenio o, en su caso, se abra la oportuna fase de liquidación, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal. De este modo, ya sea dentro o fuera del concurso, la ejecución de la hipoteca legal tácita no requeriría de la anotación de embargo. Y ello con independencia de que dicha anotación pueda llegar a ser conveniente por razones de publicidad y de seguridad jurídica (19).

---

(18) Téngase presente no obstante que, tratándose del orden de preferencias que establece el artículo 1927.2 del Código Civil, y por lo que respecta a los créditos anotados, ha de atenderse al orden de antigüedad de las distintas inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad. Surge así la necesidad de diferenciar entre el contenido del citado precepto y el previsto en el artículo 1923.4 del citado Código. Y es que, como bien ha señalado ARRANZ DE ANDRÉS, C., «Sobre la naturaleza del derecho de prelación general de la Hacienda Pública y su anotación en el Registro. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 21 de julio de 1997», en *Jurisprudencia Tributaria,* núm. 15, 1998, pág. 28, mientras en el segundo de los preceptos citados se contienen un conjunto de normas sustantivas relativas a la prelación de créditos aplicables directamente por el juez, el artículo 1927.2 del Código Civil se encarga de regular el principio hipotecario de legitimación y prioridad procesal, que ha de ser aplicado por el Registrador.

(19) Véase, en este sentido, GÓMEZ CABRERA, C., *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales,* Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 92, quien estima que *«El bien está trabado* ex lege *y con eficacia* erga omnes, *luego no hace falta trabarlo de nuevo registralmente. Ello no obstante puede asegurarse el embargo anunciándolo mediante nota marginal, más acorde a la naturaleza de la situación que la llamada anotación preventiva de embargo».* Ciertamente en la actualidad el artículo 67.1 del vigente RGR, a pesar de haber sido diseñado pensando en aquellos impuestos que gravan transmisiones, podría utilizarse para respaldar la constancia de la totalidad de las afecciones mediante nota marginal en el Registro. Y ello debido a que, tal y como precisa su párrafo segundo: *«La nota marginal de afección será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro; en tal caso la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto».* Dicho precepto reglamentario ordena, además, ejecutar la afección de bienes como una responsabilidad subsidiaria, señalando al efecto que: *«Para el ejercicio del derecho de afección se requerirá la declaración de responsabilidad subsidiaria en los términos establecidos en los artículos 174 y 176 de la LGT».*

De cualquier manera, una vez practicada la oportuna anotación preventiva, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de la LGT, el crédito de la Hacienda gozará de preferencia frente a cualquier acreedor que no hubiera procedido a la práctica de la inscripción con anterioridad, con independencia de cual resulte ser la fecha de los créditos.

Nótese por tanto que, de una parte, las anotaciones preventivas de embargo no originarán preferencia alguna sobre aquellos derechos que recaigan sobre las cosas embargadas y que hubiesen nacido con anterioridad, a pesar de que los mismos no hubiesen tenido acceso al Registro. Sin embargo, de otra, aquellos créditos tributarios que resulten favorecidos por el derecho de hipoteca legal tácita adquieren preferencia frente a cualquier tercer acreedor o adquirente, incluso en el supuesto de que los mismos hubieran inscrito su derecho en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 78 de la LGT.

La Hacienda Pública goza de preferencia sobre cualquier acreedor, aunque este haya inscrito sus derechos. Adquiere así aquella preferencia sobre el acreedor hipotecario e inscrito y sobre el tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Téngase presente que, como ya hemos indicado, nos hallamos ante una hipoteca legal (constituida directamente por la ley) y tácita (no necesita de inscripción alguna). Y en el supuesto de que se hubiese querido dejar a salvo al tercero protegido por la fe pública registral se hubiera señalado expresamente, tal y como sucede en el artículo 79 de la LGT de 2003.

Así las cosas, habrá que tomar en consideración, de una parte, la preferencia registral; y, de otra, la preferencia sustantiva del crédito favorecido por el derecho de hipoteca legal tácita. Y, *a priori*, el modo de acceder al Registro no deberá afectar a la preferencia que el citado artículo 78 de la Ley 58/2003 otorga a dicha forma de garantía. Una vez practicada la anotación en estos casos, la misma habría de gozar de la preferencia registral prevista en relación con la anotación preventiva, lo que no significa que resulte despojada de la preferencia sustantiva derivada de su carácter de hipoteca legal tácita. Y es que la virtualidad de esta garantía no se halla subordinada a su constancia registral, al margen de que pueda ser anotada en el Registro a través de la correspondiente anotación preventiva de embargo, de distinta operatividad a las restantes (20).

---

(20) Así lo han considerado, entre otros autores, FALCÓN Y TELLA, R., «Las garantías del crédito tributario: perspectivas de reforma», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública,* núm. 215, 1991, pág. 632; RIVAS TORRALBA, R., *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución, Centro de Estudios Registrales,* Madrid, 2001, pág. 196, y GÓMEZ CABRERA, C., *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales,* Aranzadi, Pamplona, pág. 92, y «Las garantías inmobiliarias del crédito tributario local», en la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Inmobiliaria y Doble Imposición Interna,* Dodeca-Comares, Granada, 2000, págs. 411 y sigs.

Con carácter general la omisión del trámite de anotación no ha de alterar la preferencia reconocida a este derecho. E igualmente dicha preferencia tampoco habría de verse alterada con motivo de la práctica de la anotación. Quiere decirse con ello que el mejor derecho que adquiere la Hacienda Pública en virtud de la hipoteca legal tácita no debe verse menoscabado por el hecho de haberse anotado. Y en el hipotético caso de que se pretendiera la práctica de la ejecución en virtud de un derecho no preferente al derecho anotado de la Hacienda, la Administración habría de hacer valer su preferencia instando la oportuna tercería de mejor derecho o, en su caso, oponiendo la subsistencia del crédito tributario como carga preferente si se procediese a la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad a la misma.

Ninguna duda plantea el hecho de que la inscripción propiamente dicha viene determinada por la práctica del asiento. Ahora bien, no parece que su práctica evite la consabida discordancia existente entre la preferencia sustantiva y la registral. De este modo, en el hipotético caso de que se procediera a la inscripción de dicha garantía, y al amparo de lo establecido en el artículo 78 de la LGT, la Hacienda Pública gozaría de preferencia, no ya solo sobre el derecho anterior de un tercero no inscrito, sino también sobre cualquier derecho perteneciente a un tercer acreedor o adquirente aun inscrito con anterioridad en el Registro, debiendo interponer al efecto, de cara a poder defender su mejor derecho, la correspondiente tercería, en el supuesto de que alguno de estos acreedores de peor derecho pretendieran la ejecución del bien.

En consecuencia, la constancia registral de la hipoteca legal tácita, ya sea a través de la práctica de la oportuna inscripción o, en su caso, de la correspondiente anotación, no alteraría en ningún caso la preferencia sustantiva de la que tal derecho goza por atribución legal, careciendo de toda relevancia la práctica de dichos asientos registrales. No quiere decirse con ello, sin embargo, que la constancia registral de la hipoteca legal tácita carezca de toda utilidad. Así, por ejemplo, dicha constancia podría llegar a favorecer a la Hacienda, dada su condición de titular de una carga posterior a aquella que resultase ser objeto de ejecución, en el supuesto de que fuese notificada, a efectos de poder interponer la correspondiente tercería. En efecto, partiendo de que también la Hacienda Pública, como titular que es de un derecho de hipoteca legal tácita, tiene derecho a ser notificada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 131.5 de la Ley Hipotecaria, de la ejecución llevada a cabo por el acreedor titular de una hipoteca ordinaria, la constancia registral de dicha hipoteca legal tácita facilitaría el conocimiento de su existencia a estos efectos. Debido a ello podría resultar conveniente la práctica de la anotación de la garantía prevista en el artículo 78 de la LGT (21).

---

(21) Ahora bien, otra posibilidad, quizá más conveniente, podría ser la de la constancia de la hipoteca legal tácita a través, no de la práctica de la anotación preventiva de embargo,

De cualquier manera el privilegio recogido en el citado artículo 78 de la Ley 58/2003 constituye una ruptura con los tradicionales principios hipotecarios lo que, a nuestro juicio, exige su constancia registral en aras de garantizar los derechos de los terceros, que adquieren así un mejor conocimiento de la existencia de dicha garantía.

## IV. PRINCIPALES ASPECTOS DERIVADOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Sabemos ya que, al amparo de lo establecido en el artículo 78 de la LGT, cabe la posibilidad de acudir a la hipoteca legal tácita al objeto de asegurar aquellos créditos tributarios derivados de impuestos que sometan a gravamen cualquier bien o derecho susceptible de inscribirse en un determinado Registro Público.

Dada la consideración de la hipoteca como una figura estrechamente conectada con los bienes de naturaleza inmobiliaria y siendo, como ya hemos indicado, en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles donde suele producirse su aplicación, a lo largo de nuestra exposición de la ejecución de la garantía contenida en el citado precepto nos referiremos a dichos bienes, teniendo presente su relación con el Registro de la Propiedad.

Tradicionalmente ha sido el artículo 131 de la Ley Hipotecaria el precepto encargado de regular este procedimiento de ejecución hipotecaria (22). Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, su Disposición Final novena procedió a la derogación del citado precepto. A pesar de ello, los artículos 681 y siguientes de esta LEC contienen la regulación de un procedimiento específico destinado a la ejecución de hipotecas, el cual se configura sobre la base de que la carga que las mismas suponen respecto del bien sobre el que recaen determina la existencia de una especialidad que necesariamente ha de ser tomada en consideración de cara a poder hacer efectivo el crédito al que garantizan.

Con carácter general, la hipoteca legal tácita ha de ejecutarse a través del procedimiento específicamente previsto para esta clase de derechos. Ahora bien,

---

sino de la nota marginal a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), o incluso a través de la oportuna nota marginal de afección, no afectando ello a la preferencia sustantiva de esta garantía.

(22) Tal y como apunta CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1628, inicialmente el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria fue objeto de regulación por la Ley de 16 de diciembre de 1909 ya que, si bien la Ley Hipotecaria de 1861 garantizaba la seguridad del acreedor hipotecario, no contemplaba la adopción de un procedimiento sencillo que permitiese la ejecución de la hipoteca diferenciado del juicio ejecutivo ordinario.

de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 74.6 del RGR la ejecución de hipotecas y de otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la Hacienda Pública habrá de realizarse, en todo caso, por los órganos de recaudación que resulten competentes y por el procedimiento administrativo de apremio. Lo previsto en el citado precepto ha de aplicarse, no ya solo a aquellas garantías voluntariamente constituidas a favor de la Hacienda, sino también respecto de aquellas otras que deriven directamente de la ley.

Por otra parte, el artículo 65.3 del Real Decreto 939/2005 prevé la aplicación de lo dispuesto por el artículo 74.4 de dicha norma (relativo al ejercicio de la garantía constituida sobre bienes o derechos de persona o entidad distinta del obligado al pago) de cara a la ejecución de la hipoteca legal tácita. Todo ello con la finalidad de salvaguardar el poder de autotutela de que goza la Administración para el cumplimiento eficaz de sus fines.

Así las cosas, una vez producido el impago de la deuda por el poseedor del bien distinto del sujeto pasivo, habrán de darse a este último los plazos para efectuar el pago propios del procedimiento de apremio que establece el artículo 62.5 LGT transcurridos los cuales, si no paga ni pone el bien en cuestión a disposición de la Administración tributaria, se procedería a su enajenación de acuerdo con las disposiciones generales del procedimiento ejecutivo y sin necesidad de tener que acudir a la declaración de fallido (23).

En aras de salvaguardar la naturaleza real de la garantía y la protección del interés público debe evitarse acudir a procedimientos de persecución y ejecución de deudores anteriores al poseedor del bien afecto. Piénsese que el garante real no es en ningún caso deudor de la obligación tributaria principal en apremio. Únicamente es deudor de una obligación de garantía que se devenga *ex novo* para él de manera que, aunque pueda llegar a responder teóricamente del recargo de apremio, cabe también la posibilidad de eludir esta última situación llamándole al cumplimiento, en periodo voluntario, sin apremio alguno.

Ahora bien, ello no obsta para que deba concederse un periodo voluntario de pago al poseedor del bien, cualquiera que sea este, antes de proceder a notificarle la providencia de apremio. Y es que, a pesar del tenor literal que ofrece el artículo 74.4 del RGR de 2005 al garante real, poseedor de los bienes afectos hipotecados o pignorados, es preciso requerirle el pago en periodo voluntario, concediéndole el plazo previsto al efecto en el artículo 62.2 de la LGT antes de darle traslado de la providencia de apremio. En otras palabras, no parece

(23) No parece por tanto que, para poder perseguir bienes afectos al pago de tributos, sea necesario agotar primero el procedimiento de apremio con el deudor principal llegando a la correspondiente declaración de fallido. Tal y como ha precisado LAGO MONTERO, J. M.ª, «La eficacia de las garantías reales tras la LGT 2003 y el RGR 2005. Coordinación en la ejecución (I)», *ob. cit.,* pág. 72, dicha declaración *«ni la exige la naturaleza real y no personal de las garantías reales como esta ni se justifica por razones de interés público que hayamos podido detectar».*

lógico que deba apremiarse a quien no se le ha ofrecido la posibilidad de pagar la deuda en periodo voluntario.

Piénsese además que, hallándose la deuda en apremio, ello no es debido a la conducta del garante real, al que no le ha sido requerido nunca el pago en periodo voluntario. En este sentido, quizá el RGR debería introducir una modificación destinada a evitar que se ejecute a quien no se le ha conferido plazo alguno para pagar en periodo voluntario, sin recargo alguno (24).

En todo caso, la Administración adquiere la facultad de ejecutar administrativamente las garantías hipotecarias establecidas a su favor, pudiendo llevar a cabo dicho procedimiento sin necesidad de tener que acudir al juez. Ciertamente tanto la legislación hipotecaria como la propia LEC contienen una normativa destinada a que el crédito hipotecario pueda realizarse a través de la vía judicial. Ahora bien no creemos que ello determine la imposibilidad de acudir a cualquier otro medio ejecutivo. En otras palabras, no será preciso interponer la oportuna demanda ante el juez con la finalidad de instar el inicio del proceso de ejecución de la hipoteca. Habrá de ser el mismo acreedor quien, una vez efectuado el oportuno requerimiento al deudor, proceda a la ejecución del bien garantizado de cara a lograr la satisfacción de su deuda.

Desde determinados sectores de la doctrina se ha venido afirmando que la ejecución de garantías reales únicamente exige el correspondiente requerimiento de pago en aquellos supuestos en los que los bienes se encuentran en poder de una persona distinta del deudor (25). No obstante ello será así tratándose de un requerimiento practicado en el marco del proceso mismo de ejecución y no en relación con la exigencia de pago que, como es lógico, debe haberse producido con anterioridad. Por otra parte, al objeto de poder iniciarse la ejecución propiamente dicha sobre el patrimonio y, más precisamente, sobre los bienes garantizados, la deuda de que se trate debe haber resultado insatisfecha tanto en periodo voluntario como en vía de apremio (26).

Dada esta situación, y dentro del ámbito civil, sería el juez competente el que, una vez examinada la demanda, habría de proceder a reclamar al Registrador de la Propiedad la expedición de una certificación comprensiva de la inserción de la última inscripción de dominio o de posesión practicada que estuviese vigente, así

---

(24) Recuérdese además que el garante real que adquiera esta condición no tiene la consideración de sujeto pasivo de la obligación tributaria material apremiada. Es sujeto pasivo de una relación jurídico-real de garantía, motivo por el cual ha de satisfacer una prestación de cuantía idéntica a la de la deuda garantizada o bien, en su caso, soportar la ejecución del bien.

(25) En este sentido se pronuncian, entre otros, ZABALA RODRÍGUEZ FORNÓS, A.; LLOPIS GINER, F. y DAGO ELORZA, I., *Recaudación, aspectos sustantivos y procedimentales*, 2.ª ed., CISS, Valencia, 1993, pág. 534.

(26) A este respecto exige el artículo 686 LEC que se acompañe a la demanda el acta notarial justificativa de haberse requerido el pago al deudor con, al menos, diez días de anticipación, debiendo proceder el juez a efectuar dicho requerimiento en el hipotético caso de que no existiese constancia del mismo.

como una relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes, derechos reales y anotaciones a los que estuviesen afectos dichos bienes, haciéndose constar de manera expresa que se halla subsistente y pendiente de cancelación la hipoteca a favor del actor. Nos estamos refiriendo a la tradicionalmente denominada «certificación de cargas», cuya expedición ha de quedar reflejada mediante nota marginal en el Registro (27).

¿Cuál es la finalidad perseguida a través de este trámite? En nuestra opinión lo que se pretende es, en primer lugar, advertir a los participantes en la subasta del bien de la subsistencia de todas aquellas cargas anteriores a aquella que se ejecuta. Y, en segundo término, garantizar el conocimiento por parte de los terceros interesados en el bien hipotecado de la existencia del propio procedimiento, concediéndoles la posibilidad de intervenir en la subasta que se lleve a cabo o de satisfacer el crédito. Téngase presente que todos aquellos acreedores inscritos o anotados con posterioridad a la anotación de embargo a favor del ejecutante podrán intervenir en el avalúo así como en las restantes actuaciones del procedimiento que les afecten, hallándose asimismo facultados para presentar alegaciones a la tasación del perito, impugnar la diligencia de ordenación en virtud de la cual el secretario determina el valor para la subasta, etc.

De conformidad con lo establecido en los artículos 659 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el registrador asume la obligación de comunicar la existencia de la ejecución a aquellos titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al que se ejecuta. En cambio, a aquellos titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la referida certificación no se les practicará notificación alguna, si bien al amparo de la constancia registral de dicha certificación podrán conocer de la existencia del proceso de ejecución iniciado, concediéndoseles la posibilidad de participar en el desarrollo de las actuaciones de avalúo y de subasta de los bienes, una vez resulte acreditada su condición.

Tratándose de una hipoteca ejecutada por vía de apremio administrativo, ¿resultaría igualmente necesaria la notificación del procedimiento a los acreedores posteriores? A nuestro juicio así es. De hecho el propio artículo 74.6 del RGR señala a este respecto que, una vez iniciada la ejecución administrativa de hipotecas u otros derechos reales, el órgano de recaudación habrá de comunicar mediante mandamiento por duplicado la orden de ejecución al Registrador de la Propiedad con la finalidad de que este libre y remita la oportuna certificación de dominio y cargas con el contenido y efectos que establece el artículo 688 de la LEC. De este modo dichos acreedores podrán conocer el procedimiento de ejecución y quedarán legitimados para actuar

(27) Este procedimiento ha de ser igualmente observado tratándose de la ejecución de un embargo que hubiese sido previamente anotado en el Registro.

en el mismo en defensa de su derecho (28). No se discrimina además entre hipotecas y otros derechos reales de garantía, comprendiendo afecciones expresas y tácitas, anotadas o pendientes de anotación.

La práctica de dicha notificación parece pues clara, tratándose de hipotecas ordinarias, cuya existencia se halla plenamente reflejada en el Registro. Ahora bien, ¿habría de efectuarse la misma tratándose de una hipoteca legal tácita? La respuesta a la citada cuestión ha de ser necesariamente afirmativa. Piénsese que, en caso contrario, se vería considerablemente dificultado el conocimiento por los terceros de la ejecución llevada a cabo por la Administración, impidiéndose así que aquellos puedan hacer valer, en su caso, su mejor derecho, pudiendo participar en la subasta o, en su caso, dejando de inscribir su derecho sobre un bien cuya ejecución ya ha sido iniciada.

Una vez expedida la certificación de cargas, el Registrador deberá dejar constancia de la misma al margen de la inscripción de la hipoteca que se ejecuta o bien de la anotación preventiva de embargo realizada. Así se encarga de precisarlo el artículo 143 del Reglamento Hipotecario. No obstante, tratándose de una hipoteca legal tácita, y dada su no inscripción en el Registro así como la innecesariedad de proceder a la práctica de la anotación preventiva de embargo (recuérdese que se trata de una figura que lleva implícita la afección del bien), ¿resultará posible la anotación de la expedición de la certificación de cargas? En nuestra opinión la referida situación no debe representar un obstáculo de cara a la práctica de dicha anotación. Porque si a través de la misma lo que se persigue no es sino evitar el perjuicio que para un tercero puede llegar a representar el desconocimiento (debido a la falta de publicidad) tanto de la garantía como de la ejecución derivada de la misma, carecería de razón de ser que, con motivo de dicha falta de publicidad, no se permitiera la práctica de su inscripción.

Parece lógico estimar, en consecuencia, la conveniencia de la constancia registral de la hipoteca legal tácita, entendida como forma de garantizar los derechos de los terceros que, de este modo, adquirirían un conocimiento más sencillo de la existencia de dicha afección.

El siguiente paso a tomar en consideración sería el relativo a la subasta del bien hipotecado con la consiguiente distribución del precio de su venta. A tal efecto ha de procederse a la determinación de las cargas que, dada su condición de preferentes, deban subsistir, debiéndose subrogar en ellas el adjudicatario del bien.

---

(28) Añade además el citado artículo 74.6 del RGR que: *«El órgano de recaudación competente notificará el inicio del procedimiento de ejecución a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio si no ha sido requerida para el pago y a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que aparezcan en la certificación. En su caso, el tipo para la subasta o concurso podrá fijarse de acuerdo con las reglas del artículo 97 y con independencia del valor en que se haya tasado el bien al tiempo de constituir la hipoteca».*

¿Cuáles son estos derechos y cargas subsistentes a la ejecución? ¿Qué cargas o gravámenes, dada su condición de preferentes al crédito tributario objeto de ejecución, habrán de subsistir, atendiendo a su influencia de cara a la fijación del precio del avalúo y de la subasta? Con carácter general la ejecución de un determinado crédito ha de suponer la extinción del asiento registral practicado en garantía del mismo, debiendo procederse asimismo a la extinción de aquellos asientos que resulten representativos de otras cargas o gravámenes no preferentes existentes sobre el bien objeto de la ejecución.

En este sentido conviene diferenciar desde un primer momento entre lo que constituye la prioridad registral y la denominada prioridad sustantiva. Téngase presente que mientras la primera de ellas, esto es, la prioridad registral, habrá de ser decidida por el Registrador de la Propiedad, el establecimiento de la prioridad sustantiva corresponderá al juez a través del oportuno juicio declarativo.

Pues bien, a la hora de determinar las cargas y gravámenes que, al estimarse preferentes al crédito tributario objeto de ejecución, han de subsistir al desarrollo de esta última (cuestión, sin lugar a dudas, de gran trascendencia en aquellos supuestos en los que el valor del bien no resulte suficiente al objeto de cubrir el de la totalidad de las cargas o gravámenes existentes sobre el mismo), son varias las posibilidades que pueden llegar a plantearse, a saber: sistema de extinción y liquidación de las cargas, tanto anteriores como posteriores; sistema de subsistencia de las cargas anteriores y preferentes al asiento ejecutado; sistema de subsistencia de los gravámenes posteriores; y sistema de liquidación y extinción, con o sin garantía, de los asientos posteriores.

Como seguramente se recordará, inicialmente nuestro ordenamiento hipotecario adoptó el denominado «sistema de purga o liquidación» de la totalidad de las hipotecas o cargas, adquiriendo así el adjudicatario el inmueble libre de todo gravamen, a excepción de los considerados «perpetuos». Por su parte los denominados «temporales», es decir, las cargas anteriores a la práctica de la anotación de embargo del acreedor ejecutante, quedaban canceladas, debiendo procederse a la consignación de su importe en la Caja General de Depósitos. E igualmente las cargas posteriores resultaban canceladas, pudiendo sus titulares proceder a su cobro con el sobrante restante tras el pago realizado al acreedor ejecutante.

Este sistema de «purga o liquidación» estuvo vigente hasta la reforma de la Ley Hipotecaria acometida en 1909, a raíz de la cual se adoptó el llamado «sistema de subsistencia». Al amparo de este segundo sistema las cargas o gravámenes posteriores o no preferentes al crédito del ejecutante resultaban purgadas o liberadas, subsistiendo en cambio todas aquellas que no tuviesen tal carácter.

Con posterioridad, a partir de la reforma del artículo 133 de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley de 30 de diciembre de 1944, se proyectó la extensión de este sistema de «subsistencia», no ya solo a los procesos de ejecución hipotecaria, sino también a cualquier otro en el que tuviera lugar la

venta ejecutiva de inmuebles. No fue sin embargo hasta la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes en Materia Procesal, cuando quedó fijada de manera definitiva en este ámbito la procedencia de la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor, subrogándose en las mismas el adjudicatario y no destinándose a su extinción el precio de remate.

¿Cómo hemos de interpretar esta subrogación del adjudicatario del bien en las cargas o gravámenes anteriores o preferentes subsistentes como consecuencia de la ejecución? ¿Nos hallamos ante una subrogación en la deuda garantizada por dichas anotaciones? En nuestra opinión la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa. Lo que se origina es una subrogación en la responsabilidad real que de ellas se desprende. En efecto, no cabe aludir en estos casos a la existencia de novación en el sujeto pasivo de la obligación, dado que el adjudicatario no queda subrogado en la totalidad de los derechos y obligaciones correspondientes al anterior dueño del inmueble. Por el contrario, dicha subrogación se produce únicamente en la responsabilidad real derivada de las cargas y gravámenes subsistentes a la ejecución de la que deriva su adquisición (29).

En definitiva, lo que se persigue no es sino la protección del crédito territorial y de los intereses concurrentes de los acreedores preferentes, acreedor ejecutante y rematante en la subasta. La situación de los titulares preferentes a la hipoteca continúa subsistente con idéntica eficacia en virtud de su propia preferencia, no pudiendo afectarles aquello que pueda realizarse a instancia de un acreedor de inferior rango. Por su parte este último, que ha de conocer la preferencia de los demás a través de la oportuna publicidad, no podrá cobrar más que con aquello que quede tras la ejecución del inmueble hipotecado, una vez descontado el importe de dichas cargas (30).

¿Qué regulación contiene, a este respecto, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil? Señala a este respecto su artículo 666.1 que los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor resultante de deducir de su avalúo el importe de la totalidad de las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado la ejecución, y cuya preferencia derivase de la oportuna certificación registral de dominio y cargas. Añade, asimismo, el artículo 691 de la citada Ley que:

---

(29) Véanse, a este respecto, SANMARTÍN FERRER, R., «La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado», en *Tribuna Fiscal,* núm. 37, 1993, págs. 78 y sigs., y MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 3, 1999, págs. 27 y sigs.

(30) Adicionalmente, con la finalidad de favorecer el desarrollo de la venta en pública subasta y el interés de los licitadores, el rematante adquirirá el inmueble de que se trate libre de cargas posteriores, arrastrando la realización de la hipoteca la extinción de las cargas no preferentes. Téngase presente además que los titulares de estas últimas conocen ya el riesgo de desaparición existente, derivado de su propia situación.

*«La subasta de bienes hipotecados, sean muebles o inmuebles, se realizará con arreglo a lo dispuesto en esta Ley para la subasta de bienes inmuebles»*. Así las cosas habrá que estar a lo dispuesto en sus artículos 655 a 675.

Una vez satisfecho el acreedor ejecutante, el importe sobrante de lo obtenido por la subasta del bien habrá de consignarse a disposición de los acreedores posteriores o de quien, en su caso, corresponda, constituyéndose mientras tanto en depósito en el establecimiento público destinado al efecto. Y, tal y como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), entre otras, en su Resolución de 2 de marzo de 2000: *«Del precio de remate de la finca enajenada en caso de ejecución hipotecaria no podrán detraerse para el pago del actor cantidades superiores a las fijadas al definir la respectiva cobertura hipotecaria, incumbiendo al Registrador el deber de suspender la cancelación de los derechos y cargas posteriores que recaigan sobre el bien hipotecado en tanto no conste el depósito en el establecimiento previsto al efecto y a disposición de los respectivos titulares del exceso resultante del precio del remate»*.

¿Qué hemos de entender por «créditos anteriores y preferentes»? ¿Se trata de dos términos de signo equivalente, de manera que la totalidad de los créditos anteriores, y solo estos, resultan preferentes o, por el contrario, nos hallamos ante dos conceptos diferentes, pudiendo existir créditos anteriores no preferentes que, aun siendo posteriormente inscritos en el Registro, adquieran un carácter preferente?

*A priori* el artículo 666 de la LEC establece en su apartado primero que: *«El importe de las cargas y derechos anteriores (…) cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas se deducirá del valor por el que salgan los bienes a subasta»*. Por su parte el artículo 670.5 de la citada Ley se limita a aludir a *la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores*. En nuestra opinión, una vez que tenga lugar la ejecución de la hipoteca se cancelarán las inscripciones hipotecarias posteriores, así como las anotaciones de embargo anteriores relativas a créditos no preferentes y aquellas otras anotaciones de embargo posteriores aunque preferentes (31).

A este respecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario se considerarán preferentes las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.

Ciertamente la cuestión relativa a la cancelación, como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, de las anotaciones de embargo anteriores referidas a créditos no preferentes, no ha resultado del todo pacífica. Ya en su día la DGRN, a través de su Resolución de 28 de septiembre de 1968, consideró que,

---

(31) En este sentido se ha pronunciado MONSERRAT VALERO, A., *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria (art. 131 LH),* Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 270 y sigs., y «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por estas», en *La Ley,* tomo 7, 2000, pág. 1504.

con motivo del desarrollo de un proceso de ejecución hipotecaria, no procede la cancelación de los asientos anteriores relativos a créditos no preferentes. Nótese que, de aceptarse este criterio, y de cara a lograr la cancelación de dichas anotaciones, habría que iniciar al efecto un nuevo proceso declarativo (32). Debido a ello el TS, en su sentencia de 23 de marzo de 1998, se mostró partidario de traspasar la preferencia del crédito a la carga que le sirve de garantía, permitiéndose así que, con motivo de la ejecución del crédito preferente, este pueda satisfacerse en su totalidad.

Tratándose de cargas anteriores pospuestas a la hipoteca creemos que habrá de exigirse su cancelación expresa. Por lo que respecta a la cancelación de las cargas posteriores aunque preferentes, de acuerdo con lo declarado por la DGRN en sus Resoluciones de 8 y 14 de noviembre de 1990, la única excepción se produciría en relación con la anotación preventiva de quiebra con retroacción de efectos a la fecha de constitución de la hipoteca, respecto de los cuales se ha apuntado que habrían de subsistir sin purga (33).

Así las cosas quedarían exceptuados de dicha cancelación aquellas anotaciones que, aun siendo posteriores, hubieran sido antepuestas a la hipoteca, así como los asientos posteriores derivados de otros asientos anteriores a la hipoteca y los posteriores que pongan en entredicho esta última.

Señala además a este respecto el artículo 97.6 del RGR que, si sobre los bienes embargados existiesen cargas o gravámenes de carácter real anteriores y cuyo valor no excediera del valor del bien, serviría como tipo para la subasta la diferencia resultante entre el valor del bien y el de dichas cargas o gravámenes anteriores al derecho anotado del Estado. Y, produciéndose dicho exceso, el tipo quedaría concretado en el importe de los débitos y costas, siempre y cuando no superase el valor fijado al bien o, en su caso, la valoración de este último si lo superase, resultando en ambos casos las cargas y gravámenes anteriores subsistentes y no aplicándose a su extinción el precio del remate. Téngase pre-

---

(32) Hemos de precisar no obstante que desde determinados sectores de la doctrina trató de matizarse el alcance de la citada Resolución de la DGRN. En este sentido pueden consultarse los trabajos de AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 28 de septiembre de 1968», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 1, 1969, págs. 165 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH (procedimiento judicial sumario)», en *Práctica Hipotecaria,* núm. 2, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1994, págs. 108 y 109, y MONSERRAT VALERO, A., «La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por estas», *ob. cit.,* pág. 1504; en opinión de este último autor: *«La DGRN, más que mostrarse contraria a la cancelación de cargas anteriores en el proceso de ejecución, exige que para su cancelación los titulares de esas cargas sean notificados para poder presentar las alegaciones pertinentes».*

(33) Así lo estima, entre otros, VIDAL FRANCÉS, P., «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», en la obra colectiva *Hipotecas y seguridad jurídica,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 294.

sente asimismo que, de conformidad con lo establecido por el artículo 666 de la LEC en su apartado segundo, si el valor de las cargas o gravámenes fuese igual o superior al determinado para el bien de que se trate, el órgano judicial habría de proceder al alzamiento del embargo (34).

Nótese que el citado artículo 97.6 del Real Decreto 939/2005 se está refiriendo únicamente a «las cargas o gravámenes anteriores» (35). ¿Y qué hemos de entender por «cargas o gravámenes anteriores»? En nuestra opinión dicha referencia debe entenderse realizada a las cargas anteriores de las que se derive preferencia para el cobro. Téngase presente que carece de toda razón de ser el hecho de que, de cara a la fijación del tipo para la subasta, haya que deducir del valor del bien la cuantía correspondiente a aquellas cargas que hubiera que satisfacer con posterioridad al crédito tributario objeto de ejecución, disponiéndose además (siendo también de peor derecho) la subsistencia de las mismas.

Ciertamente ha de reconocerse que, tratándose de la hipoteca legal tácita, la determinación del concepto de «carga anterior» plantea el problema derivado de la falta de publicidad registral que caracteriza a dicha garantía. En este sentido desde determinados sectores de la doctrina se ha apuntado la posibilidad de adoptar como criterio de referencia el instante en el que la hipoteca legal tácita deba estimarse nacida, estimándose así que una determinada carga o gravamen será anterior a la hipoteca legal tácita cuando su acceso al Registro haya tenido lugar con anterioridad al nacimiento de esta última (36).

Otra posibilidad podría ser la de dejar constancia registral de la hipoteca legal tácita, atendiéndose entonces al instante en el que dicha garantía haya sido llevada al Registro, si bien ello no afectaría en ningún caso a la preferencia sustantiva del crédito de que se trate (37).

De cualquier manera quedarán excluidas dentro de las llamadas cargas anteriores, en primer lugar, las hipotecas y anotaciones posteriores, incluso en el supuesto de que las mismas estuviesen referidas a un crédito de carácter

---

(34) Ahora bien, en tanto en cuanto las cargas preferentes habrán sido valoradas por aquel importe que conste en la certificación registral de cargas, y pudiendo llegar a suceder que los datos registrales no coincidan con la realidad, lo más conveniente será no alzar el embargo mientras no exista certeza absoluta de que el importe de las cargas o gravámenes y derechos anteriores supere al valor del bien.

(35) Esta referencia contrasta con aquella que incluía el artículo 139.6.º y 7.º del antiguo RGR de 1990. En dicho precepto se disponía que, con motivo de la fijación del tipo para la subasta, debía deducirse del valor del bien el de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes al derecho de la Hacienda Pública, debiendo quedar las mismas subsistentes en el supuesto de que su valor excediera del fijado para el bien.

(36) Véase, en este sentido, ARRANZ DE ANDRÉS, C., «Las garantías reales del crédito tributario. Aspectos sustantivos y procedimentales», *ob. cit.,* pág. 346.

(37) La adopción de esta alternativa no habría de verse, además, condicionada por el hecho de que pueda resultar innecesario proceder a la práctica de anotación preventiva de embargo en garantía de los créditos asistidos por el derecho de hipoteca legal tácita.

preferente a aquel que se ejecuta (38). Y, en segundo término, las anteriores anotaciones relativas a créditos no preferentes ya que, de otro modo, carecería de sentido la preferencia del crédito hipotecario, habiendo de procederse a su cancelación (39).

En consecuencia, únicamente cumplirían el requisito anteriormente indicado las anotaciones anteriores a la del crédito que se ejecuta en virtud de la hipoteca legal tácita, dada su condición de relativas a créditos preferentes al mismo (40). Y, no excediendo el valor de las cargas o gravámenes existentes del valor del bien, el tipo de la subasta resultaría de la diferencia existente entre dicha valoración y el de las cargas o gravámenes anteriores al derecho anotado, esto es, al derecho derivado de la hipoteca legal tácita. Por el contrario, si el valor de las cargas o gravámenes fuera superior al valor del bien, habría de tomarse a estos efectos el importe de los débitos y costas, siempre y cuando dicho importe no supere el valor fijado al bien, o bien el valor de este último si lo superase, quedando entonces dichas cargas y gravámenes subsistentes, y no aplicándose a su extinción el precio del remate.

Así habría de procederse, además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 97 del RGR, cuyo apartado quinto precisa que habrá de investigarse si las cargas anteriores subsisten o si, por el contrario, han sido modificadas por pagos posteriores a su inscripción o por otras causas, pudiendo a este respecto el órgano de recaudación dirigirse a los titulares de los créditos inscritos con anterioridad.

¿Y qué sucede con aquellas hipotecas anteriores a la hipoteca legal tácita? *A priori*, en la medida en que esta última goza de preferencia frente a aquellas, una vez operada la satisfacción del crédito tributario ejecutado habría de consignarse el sobrante para el pago de dichas hipotecas. Y, en el hipotético caso de que el montante obtenido por la enajenación forzosa del bien no permitiera cubrir la totalidad de las cargas existentes, una vez satisfecho el crédito tributario con carácter preferente se procedería a aplicar el sobrante al pago de los créditos

---

(38) De hecho, únicamente los créditos salariales del artículo 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores adquieren un carácter preferente al crédito tributario protegido por la hipoteca legal tácita si bien sus titulares, de cara a gozar del referido privilegio, habrán de hacerlo valer mediante la interposición de la correspondiente tercería en el seno del proceso de ejecución en marcha por el crédito tributario. En otro caso, esto es, no habiéndose procedido de la manera indicada, la anotación representativa del mismo habría de cancelarse.

(39) En este sentido dispone el artículo 233 del Reglamento Hipotecario que en el auto de adjudicación de bienes se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores, así como las anteriores que hubiesen quedado pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse.

(40) Dentro de esta referencia quedarían comprendidas, únicamente, las derivadas de los créditos salariales recogidos en los dos primeros párrafos del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores a los que anteriormente se ha hecho referencia los cuales, en la mayoría de los casos, habrán sido asegurados a través de la oportuna anotación preventiva de embargo.

garantizados por dichas hipotecas, siguiendo al efecto el orden que corresponda entre las mismas y cancelándose las inscripciones correspondientes dada su condición de cargas representativas de derechos no preferentes.

Lo cierto es que el artículo 218 de la Ley Hipotecaria se limita únicamente a consignar la preferencia que adquiere el Estado sobre cualquier otro acreedor para el cobro de la anualidad de los impuestos que someten a gravamen los inmuebles, no declarando extinguidas de derecho las hipotecas inscritas. A la luz de esta situación en ocasiones se ha llegado a señalar que dichas hipotecas subsisten, debiendo ser respetadas por los adquirentes del inmueble (41).

En este sentido podría estimarse que, si en virtud del derecho de hipoteca legal tácita la Administración adquiere preferencia frente a cualquier otro acreedor con independencia de que este hubiera inscrito su derecho, la hipoteca legal tácita del Estado detenta siempre el carácter de primera hipoteca, de manera que si la misma va a la ejecución la enajenación forzosa realizada en virtud de dicha ejecución originaría la purga de todas aquellas otras hipotecas que pesasen sobre la finca, cualquiera que resultase ser su fecha de inscripción. Y es que todas ellas pasarían a ser segundas o posteriores hipotecas frente a la preferente a favor del Estado.

Por otra parte, conviene tener presente que, de conformidad con lo establecido por el artículo 97.6 del RGR, cuando sobre el bien embargado existan cargas o gravámenes de carácter real anteriores, el tipo para la subasta habrá de fijarse por el importe de los débitos y de las costas, siempre y cuando no supere el valor fijado al bien, o por la valoración de este último si lo superase, quedando entonces dichas cargas subsistentes y no aplicándose a su extinción el precio del remate.

Nos hallamos, en este último caso, ante una previsión de alcance general diseñada para el mantenimiento de aquellas cargas que deban considerarse preferentes a la que sea objeto de ejecución en los términos anteriormente indicados. Y, a este respecto, conviene tener presente que, por aplicación del privilegio contenido en el artículo 78 de la LGT las hipotecas, aun cuando se hallen inscritas con anterioridad en el Registro, no gozan de preferencia frente a la establecida en dicho precepto.

Tratándose del privilegio contenido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, al que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, la DGRN se mostró, en su Resolución de 3 de abril de 1998, contraria a la cancelación de cargas hipotecarias anteriores a la anotación de embargo por crédito salarial, señalando a este respecto que: *«(…) La eventual preferencia de este último crédito sobre cualquier otra deuda del ejecutado no puede llevar —ni aun*

(41) Lógicamente de cara a ello habría que precisar el procedimiento que deba seguirse para cancelar esas hipotecas en caso de venderse la finca por débitos del Estado y no alcanzar su precio para el pago de la totalidad de los créditos.

*cuando fuera tan absoluta como la del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores— a la extinción de esa garantía real, porque el crédito del actor está haciendo valer exclusivamente la responsabilidad patrimonial universal del deudor (…) y, en consecuencia, solo puede ejecutar el derecho embargado con la extensión y contenido con que se integraba en el patrimonio del deudor (…) Ha de reconocerse la improcedencia de la cancelación pretendida al amparo del mandamiento dictado en una ejecución singular, aunque lo fuere por créditos salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues estableciendo este artículo una mera preferencia creditual en caso de concurrencia con cualquier otro crédito del ejecutado, en ningún caso puede verse en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores una hipoteca legal tácita, general y absolutamente prioritaria»* (42).

Más recientemente este mismo criterio ha sido mantenido por la DGRN en su Resolución de 2 de diciembre de 2004, al afirmar que: *«(…) No puede verse el supuesto previsto en el artículo 32 ET como un supuesto de hipoteca legal tácita, figura que, por contradecir los principios básicos del sistema de especialidad y publicidad, requiere de un establecimiento legal indubitado»*.

A la luz de estas reflexiones cabe plantearse si, tratándose de una hipoteca legal tácita, podría procederse, en todo caso, a la cancelación de las hipotecas anteriores a aquella que estuviesen inscritas, una vez hubiese tenido lugar su satisfacción con el sobrante resultante de la enajenación del bien, habiéndose producido además el pago al acreedor tributario. En nuestra opinión así es, dado el superprivilegio con el que el legislador ha querido dotar a esta garantía contenida en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, si bien debe reconocerse que dichos acreedores quedarían considerablemente perjudicados (43).

¿Y en qué condiciones tendrá lugar la cancelación de los asientos de mejor rango registral? Sin lugar a dudas, dicha cancelación no se producirá de manera automática. Será necesaria la adopción de un mandamiento cancelatorio que traiga su causa de la resolución jurídica con la que finalice el procedimiento en virtud del cual el titular del asiento susceptible de ser cancelado hubiese sido vencido o, cuanto menos, citado y notificado en forma. Por otra parte en estos supuestos los titulares de dichas cargas habrán de ser notificados dentro del oportuno procedimiento de apremio administrativo, otorgándoseles un plazo con la finalidad de que puedan intervenir de la manera que tengan por

(42) Acerca del alcance de esta Resolución de la DGRN pueden consultarse, entre otros, los trabajos de CARRAMOLINO, C., «Hipoteca legal tácita y crédito singularmente privilegiado (Una breve reflexión a propósito de la Resolución de 3 de abril de 1998)», en *Revista General de Derecho,* núm. 649-650, 1998, págs. 12.729 y sigs., y DESDENTADO DAROCA, E., «El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia», en *Relaciones Laborales,* tomo I, 1999, págs. 347 y sigs.

(43) De cualquier manera ha de reconocerse que se trata de una situación que difícilmente podrá llegar a plantearse en la práctica.

conveniente (44), y no pudiendo operar el citado privilegio sin la existencia de un previo reconocimiento judicial a través del correspondiente proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria y con intervención del acreedor hipotecario (45).

## V. SUPUESTOS DE ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LA HACIENDA PÚBLICA

Como es sabido, el procedimiento de apremio puede finalizar, entre otros supuestos, mediante la adjudicación de bienes a la Hacienda Pública, siempre y cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles cuya adjudicación pueda interesar a aquella y los mismos no hubiesen sido adjudicados durante el procedimiento de enajenación, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 172.2 de la LGT y 109 del RGR (46).

Con carácter general dicha adjudicación se realizará por un valor igual al importe del débito perseguido, sin que pueda exceder del 75 por 100 del valor que hubiese servido de tipo inicial durante el proceso de enajenación. De este modo se producirá la transmisión del dominio de los bienes en favor del adjudicatario (la Hacienda Pública).

Ciertamente la previsión de que el valor por el que se realice la adjudicación no pueda exceder del 75 por 100 de aquel otro que hubiese servido de tipo inicial en el proceso de enajenación resulta criticable, ya que el valor del bien en cuestión podría ser superior al importe del débito tributario cuya efectividad se persigue. La aplicación del referido criterio supone, además, atribuir una innegable posición de supremacía a la Administración en detrimento, no ya solo de los intereses del deudor, sino incluso de los de posibles terceros acreedores del mismo. En este sentido, quizás sería más conveniente fijar un importe mínimo por el que pudiera llevarse a cabo la adjudicación, en aras de garantizar el respeto a los principios de adecuación y de proporcionalidad (47).

---

(44) Así lo declaró la DGRN, entre otras, en su Resolución de 27 de julio de 1988.

(45) Incluso de cara a la cancelación de las cargas posteriores, se exigirá a los titulares de dichas cargas la previa constancia del efectivo depósito del sobrante de la ejecución que corresponda, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGRN en su Resolución de 8 de febrero de 1999.

(46) Véanse, a este respecto, entre otros, MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S., «La adjudicación de bienes inmuebles a la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras,* tomo II, Edersa, Madrid, 1983, págs. 318 y sigs., CAAMAÑO ANIDO, M. A., «La adjudicación al Estado de bienes embargados y los derechos de terceros», en *Impuestos,* núm. 14, 1994, págs. 16 y sigs., y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., «Adjudicación de bienes», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Homenaje a F. Sáinz de Bufanda,* vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, págs. 1647 y sigs.

(47) De esta opinión se ha mostrado partidario LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 357.

¿Qué naturaleza jurídica adquiere esta operación, dada su condición de forma de terminación del procedimiento de apremio? Tradicionalmente, y al amparo de aquello que establecía el artículo 137.2 de la antigua LGT de 1963, se ha venido defendiendo que nos hallamos ante un claro supuesto de adjudicación en pago de deudas. Y ello debido a que, a pesar de que nada señalaba a este respecto la Ley de 1963, el artículo 158.1 del antiguo RGR de 1990 hablaba de la existencia de una «adjudicación para el pago de las deudas no cubiertas». Lo cierto es, sin embargo, que el artículo 172.2 de la Ley 58/2003 nada declara en relación con esta cuestión, a diferencia de lo que sucede con el artículo 109.1 del vigente Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que vuelve a referirse a la «adjudicación en pago de las deudas no cubiertas».

Por nuestra parte consideramos que habría que diferenciar a este respecto entre lo que constituye la llamada «dación en pago» y el denominado «pago por cesión de bienes» (dación para pago). Mientras la primera (la «dación en pago») representa aquel acto de cumplimiento de una obligación llevado a cabo, con el consentimiento del acreedor, mediante la realización de una prestación distinta de la que inicialmente se hubiera establecido, consistente en la cesión de un bien (48), el pago por cesión de bienes (es decir, la «dación para pago») determina la simple entrega de bienes a los acreedores y la atribución a los mismos de la facultad de someter los bienes cedidos a una liquidación, al objeto de realizar el pago con su importe.

Y, dada la anterior diferenciación, carecería de razón de ser que, procediendo como procede la adjudicación de bienes por la Hacienda Pública ante el fracaso de la subasta, se entreguen a la Administración dichos bienes con la finalidad de que esta proceda nuevamente a su enajenación. Piénsese, por otra parte, que la adjudicación solo se acordará en el supuesto de que los bienes de que se trate resulten de utilidad para la Administración.

En consecuencia, estimamos que lo que se produce es, sencillamente, la transmisión del bien a la Administración adjudicataria y, más precisamente, una adjudicación forzosa de bienes a la misma. Dicho de otro modo, no creemos que quepa identificar la referida adjudicación con el supuesto de dación en pago de bienes, máxime teniendo en cuenta que no existe en el presente caso manifestación alguna de la voluntad contractual de las partes de cara a proceder en este sentido (49).

Por otra parte, y de conformidad con lo establecido en el artículo 109.2 del vigente RGR, en el supuesto de que la adjudicación tuviese por objeto

(48) Así las cosas se originaría una transmisión de bienes con efecto solutorio de una deuda anterior.

(49) En este sentido, como bien puso de manifiesto Dago Elorza, I., «La adjudicación de bienes al Estado», en *Tribuna Fiscal,* núm. 18, pág. 42, no se trataría propiamente de un supuesto de dación sino de adjudicación en pago.

bienes inmuebles que no presentasen cargas o gravámenes o que, aún teniéndolos, fuesen de importe inferior al valor por el que aquellos hubieran de ser adjudicados, se acordará la adjudicación por el órgano competente. Y si dichas cargas o gravámenes fuesen superiores, el órgano competente de que se trate habrá de consultar a la Dirección General del Patrimonio del Estado acerca de la conveniencia de dicha adjudicación.

En aquellas resoluciones en las que se acuerde la adjudicación de los bienes al Estado habrá de hacerse constar que los titulares de cargas reales van a ver disminuido el importe de sus créditos con los débitos, en el hipotético caso en que, de cara a la efectividad de los mismos, el Estado tuviera un derecho de hipoteca legal tácita. Esta disminución a la que nos referimos se articularía comenzando por el último de ellos que figurase en la certificación del Registro, respetándose las preferencias legalmente establecidas y debiendo procederse a su inscripción en el mismo y a su notificación a los interesados.

Ahora bien, ha de quedar claro que únicamente resultará posible esta disminución a la que alude el artículo 109.2 del RGR cuando el valor del bien en cuestión, una vez deducidas las cargas anteriores, no alcance para cubrir el crédito a la Hacienda. En caso contrario terminaría produciéndose un supuesto de enriquecimiento injusto. Por tanto, solo procederá la práctica de la referida operación en el supuesto de que las cargas existentes hubiesen agotado el valor total del bien, habiéndose fijado para la subasta el importe de la deuda tributaria (50).

De cualquier manera, una vez practicada la adjudicación la disminución de la cuantía de las cargas que sobre el mismo existan adquirirá carta de naturaleza con motivo de la futura enajenación del bien. Significa ello que cualquier titular de cualquiera de las cargas subsistentes podrá instar la ejecución del bien en el ejercicio de su derecho.

Así las cosas, cualquier titular de cualquiera de las cargas subsistentes podrá instar la ejecución del bien en ejercicio de su derecho. Y, si bien su crédito seguirá siendo el mismo, la ejecución de la garantía solo podrá hacerse valer por el importe restante, una vez practicada la reducción correspondiente, poniéndose entonces de manifiesto el mejor derecho de la Hacienda en virtud de la hipoteca legal tácita. En cierta medida podría estimarse que la rebaja del valor de dichas cargas habrá servido, no ya solo para propiciar el cobro del crédito tributario frente a los demás sujetos, sino también para incrementar el valor del mismo de cara a su futura enajenación. Dicha rebaja representaría, en definitiva, una forma de extinción parcial de las hipotecas sobre las que se aplica.

---

(50) Véase, a este respecto, FALCÓN Y TELLA, R., «Adjudicación de bienes a la Hacienda Pública», en la obra colectiva *Enciclopedia Jurídica Básica,* vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 247.

En este sentido, admitiendo la subsistencia de las hipotecas anteriores a la hipoteca legal tácita cabría estimar que sería precisamente del montante de estas últimas del que se deduciría el importe representado por el crédito garantizado por dicha hipoteca legal, ya que aquellas cargas que hubieran podido constituirse con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas quedarían extinguidas íntegramente. Y cabe precisar a este respecto que si la ejecución de un determinado bien destinada a la satisfacción de un crédito determina la extinción de las cargas o gravámenes que, existiendo sobre dicho bien, reflejen derechos carentes de preferencia frente al crédito objeto de ejecución, parece lógico pensar que, tratándose de un crédito protegido por hipoteca legal tácita, debería haberse procedido a la cancelación de todas las cargas existentes a excepción, únicamente, de aquellas anotaciones anteriores que pudieran ostentar prioridad para el cobro frente al crédito tributario protegido por la garantía a que nos estamos refiriendo (51).

Por otra parte cabe plantearse la posibilidad de proceder a la aplicación de este mismo régimen (que constituye, como ya sabemos, la regla general) en los supuestos de adjudicación del bien por parte de la Hacienda Pública. De hecho así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 110.2 del RGR, en virtud del cual se dispone la cancelación de las cargas posteriores en relación a los créditos ejecutados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario.

A este respecto, es decir, tratándose de una hipoteca legal tácita, por «cargas posteriores» habría que entender aquellas cargas representativas de derechos frente a las que primase la hipoteca legal tácita (hipoteca y anotaciones posteriores al crédito que se ejecuta, así como anotaciones anteriores por créditos no preferentes e hipotecas anteriores. Piénsese además que como consecuencia de la adjudicación no se obtiene, a diferencia de lo que sucede en los casos de ejecución propiamente dicha, un líquido que permita satisfacer otras cargas de peor derecho y con cuyo remanente pueda darse cumplimiento, además, a otras cargas de peor derecho, en los términos anteriormente señalados, al objeto de su posterior cancelación, procediendo de este modo su cancelación total sin más. Hemos de reconocer, sin embargo, que las consecuencias derivadas de lo anterior podrían resultar especialmente perjudiciales para el resto de los acreedores, si bien las mismas podrían evitarse reconduciendo la hipoteca legal tácita al ámbito de aplicación de los principios y reglas hipotecarios.

En nuestra opinión si estimamos que deben cancelarse las cargas posteriores o de carácter no preferente, habría que proceder a hacer efectiva la reducción sobre las cargas preferentes. En otras palabras, a la hora de aplicar lo dispuesto en el artículo 109.2 del RGR, se estaría concediendo a la Hacienda Pública prioridad

(51) Así sucedería, por ejemplo, tratándose de los créditos protegidos por el superprivilegio salarial de los artículos 32.1 y 32.2 del Estatuto de los Trabajadores.

frente a quien, en realidad, resulta preferente a ella. En todo caso conviene tener presente que, tal y como establece el citado precepto reglamentario, la reducción habría de practicarse respecto de las preferencias legalmente establecidas, lo cual resulta ciertamente significativo de que los créditos preferentes al garantizado por hipoteca legal tácita no deberían verse reducidos en virtud de dicha previsión ya que, en otro caso, las consecuencias que se derivarían no resultarían conformes con el orden de prelación de los créditos establecido por la Ley.

Y dado que, como consecuencia de lo anterior, no podría practicarse la reducción sobre las cargas no preferentes, las cuales deben entenderse canceladas (ni tampoco sobre las representativas de derechos preferentes al derivado de la hipoteca legal tácita, cuya subsistencia derivaría de su propia preferencia), cabría preguntarse cuál es el verdadero sentido o la auténtica razón de ser de esta previsión. Piénsese que la preferencia que a la Administración le concede la hipoteca legal tácita es precisamente la que le permite llegar a la ejecución y, en su caso, a la adjudicación del bien, con la consiguiente cancelación de las cargas representativas de derechos de carácter no preferentes al suyo propio. En este sentido, la reducción prevista en el artículo 109 del RGR resultaría innecesaria respecto de las cargas posteriores o no preferentes, e improcedente por lo que respecta a aquellas otras cargas y derechos preferentes al derivado del artículo 78 de la LGT.

*RESUMEN*

*CRÉDITO TRIBUTARIO. EJECUCIÓN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO*

*El presente artículo tiene por objeto analizar las principales cuestiones que suscita el desarrollo del procedimiento de ejecución de la llamada hipoteca legal tácita, objeto de regulación en el artículo 78 de la LGT, de conformidad con el cual en relación con aquellos tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales adquieren preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspon-*

*ABSTRACT*

*TAX CREDIT. FORECLOSURE CAVEAT OF ATTACHMENT*

*This article looks at the main questions raised by the implementation of the foreclosure procedure for what is called a tacit statutory mortgage, which is regulated in article 78 of the National Tax Act. Article 78 concerns taxes levied periodically on property or rights eligible for registration or the direct, whole or alleged products thereof, and it declares that the state, autonomous communities and local government corporations take precedence over any other lender or purchaser (even those whose rights have been registered) in the collection of mature outstanding debts for the calendar year in which payment is demanded and the immediately preced-*

*dientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior. Se trata, con carácter general, de una preferencia que tiene su origen en la ley y que no necesita de su inscripción en el Registro público correspondiente, al margen de que pueda hacerse constar mediante anotación preventiva de embargo, prevaleciendo frente a cualquier otro acreedor o adquirente, a pesar de que tuviera inscrito anteriormente su derecho. En definitiva, constituye una excepción al principio de fe pública registral.*

*ing calendar year. Generally, this taking of precedence is something whose origin lies in the law, and it does not need to be registered. Even so, some warning of it may be put in the registry records, in the form of a caveat of attachment. The holder of the tacit statutory mortgage would prevail over any other lender or purchaser, even those whose rights were registered first. In short, this is an exception to the rule of conclusive title.*

*(Trabajo recibido el 27-9-2010 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# El automatismo en la accesión inmobiliaria

por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
*Profesor Titular de Derecho Civil*
*Universidad de Sevilla*

*SUMARIO*

I. *QUAESTIO IURIS:* EL MOMENTO OPERATIVO DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LO ACCEDIDO. Y SU INNEGABLE REPERCUSIÓN PRÁCTICA:

1. La disparidad de criterio en nuestra jurisprudencia y doctrina comunes en atención al tipo de accesión inmobiliaria: según la construcción se haga en suelo propio o ajeno, o extralimitadamente, y según la buena o mala fe de los que en ella intervienen.
2. Fundamento de la tesis mayoritaria que entiende la accesión diferida a la decisión del *dominus soli* y condicionada al pago, en el caso de construcción hecha de buena fe en suelo ajeno, frente a la automaticidad de los demás casos de accesión: en síntesis, la letra del artículo 361 del Código Civil, en sí y comparada con la de otras normas que la circundan.

II. NUESTRA TESIS EN DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESION INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL, Y DE TODA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN GENERAL:

1. Objeciones a la teoría mayoritaria sobre la accesión del artículo 361 del Código Civil:

A) *Primera objeción: la necesidad de una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio* superficies solo cedit *que determina su principal efecto jurídico-real).*

B) *Segunda objeción: la necesidad de una interpretación histórica de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, desde su gestación interna*

*y sus propios precedentes más remotos, para justificar, respectivamente, las expresiones en tales normas empleadas y su respeto a la tradicional automaticidad de la accesión inmobiliaria.*

C) *Imprescindible aclaración acerca de la verdadera* ratio *del inciso final del artículo 361 del Código Civil (que introduce la opción a favor del* dominus soli), *en contraste con el artículo 360 del Código Civil (carente de tal opción).*

D) *A modo conclusivo: sentido de la opción contenida en los artículos 361 a 363 del Código Civil desde una interpretación conjunta y radicada en el artículo 358 del Código Civil.*

2. Repercusión práctica —más ventajosa— de la operatividad *ex lege* y automática de la accesión inmobiliaria frente a la tesis de la accesión diferida o condicionada:

A) *La sencillez y certeza de la tesis de la automaticidad en cuanto a la titularidad jurídico-real y la tenencia posesoria —incluso* ad usucapionem*— del edificio y del suelo en lid, frente a la complejidad e incertidumbre que al respecto provoca la teoría de la accesión condicionada y diferida.*

B) *Las opciones que el Código Civil concede a favor del* dominus soli *según la tesis de la automaticidad: naturaleza jurídica, titularidad* ob rem, *capacidad, plazos y posible eficacia* erga omnes *en su ejercicio.*

C) *Amplia legitimación en la solicitud de cualquier accesión, normal o invertida, y su declarabilidad casi* ex officio judicis, *según nuestra actual jurisprudencia.*

3. Otros efectos jurídico-reales de la accesión inmobiliaria: adquisitivos colaterales, extintivos y también registrales. Una última defensa de la automaticidad de la accesión inmobiliaria a propósito de los artículos 109 y siguientes LH.

4. Efectos jurídico-obligacionales de la accesión: una última repercusión práctica de la teoría de la accesión automática frente a la diferida:

A) *Naturaleza, fundamento y exigibilidad de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de posible resarcimiento— nacidas de la accesión inmobiliaria.*

B) *Eficacia de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de indemnización— derivadas de la accesión: ¿obligaciones personales* ratione rei *o estrictos deberes* propter rem?

CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

## I. *QUAESTIO IURIS:* EL MOMENTO OPERATIVO DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LO ACCEDIDO. Y SU INNEGABLE REPERCUSIÓN PRÁCTICA

*¿Quid* si quien construyendo en suelo propio emplea materiales ajenos sin saberlo, o incluso sabiendo que no son suyos?; o ¿qué sucede si quien, aun

construyendo con materiales propios, edifica en suelo ajeno, creyéndolo como propio o con derecho para hacerlo?; ¿a quién en tales u otros casos pertenece la obra construida, cuando esta ya está unida, incorporada al suelo: a quien la hizo, al dueño del suelo, o al de los materiales? En parte, recuerda tal disputa a la salomónica. Y como en ella, injusto, y antieconómico también, resultaría solucionar el problema como si se tratara de un nudo gordiano que, según el dicho quijotesco, solo la Parca podría desatar, o más bien cortar de tajo. Porque: o bien la separación es materialmente imposible, o bien, aun siendo posible, resulta económicamente inviable.

Aunque pudiera resultar justa, antieconómica para el tráfico jurídico también sería pensar en la copropiedad, siempre sometida en su gestión a la decisión mayoritaria o unánime de los copropietarios. *Communio est mater discordiarum*.

No queda, pues, otra solución, más justa y económica, que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale: lo accesorio sigue a lo principal*; de este modo, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o se incorpora una a la otra, la accesoria seguirá a la principal; *accessorium cedit principali:* lo accesorio cede a lo principal; el dueño de la cosa principal se convertirá en dueño de la cosa accesoria.

Para cuando se trate de la unión o de la incorporación de cosas inmuebles (o de mueble a inmueble), dejando al margen las accesiones naturales, la decisión es tomada por el artículo 358 del Código Civil. A su vista queda que el suelo es el bien principal y la obra o la plantación en él hecha lo accesorio. Desde el Derecho romano este ha sido siempre el criterio: *quidquid inaedificatur solo cedit, superficies solo cedit,* se decía en multitud de textos romanos, especialmente gayanos. *La superficie cede al suelo*.

Siendo tal la solución al problema jurídico-real, de atribución de la propiedad, solo restaría fijar las consecuencias jurídico-obligacionales, de compensación del valor del bien accesorio accedido y, en su caso, de reparación del daño ocasionado. Es ahí donde nuestro Derecho, aunque no todo Derecho, atiende a la buena o mala fe del dueño del suelo y a la del constructor. Al respecto, nuestro Código Civil, conforme a la tradición romana y a las Partidas, distingue entre varios supuestos: uno es el de construcción o plantación con materiales ajenos en suelo propio (el del art. 360 CC); otro, el de construcción o plantación con materiales propios en suelo ajeno (el de los arts. 361 a 363 CC); y el último, yuxtaposición de los dos anteriores, el de construcción o plantación con materiales ajenos en suelo también ajeno (el del art. 365 CC).

No obstante su arraigada tradición, son muchos los problemas que aún hoy suscita la accesión inmobiliaria fundada en tal principio de solución. Uno de ellos, el que aquí se va a tratar, se refiere al momento en que la accesión opera. En efecto, ¿cuándo se produce la adquisición de la propiedad por acce-

sión: inmediatamente con la incorporación de la obra al suelo, o una vez haya tomado la decisión el dueño del suelo de hacerla efectiva pagando el valor de la obra accedida?

## 1. La disparidad de criterio en nuestra jurisprudencia y doctrina comunes en atención al tipo de accesión inmobiliaria: según la construcción se haga en suelo propio o ajeno, o extralimitadamente, y según la buena o mala fe de los que en ella intervienen

Práctica unanimidad hay en jurisprudencia y en doctrina, con alguna voz disonante (1), al afirmar que la accesión en la hipótesis del artículo 361 del Código Civil, la más frecuente en la realidad, no opera automáticamente tras la incorporación de la obra al suelo; entiende esta tesis mayoritaria que la accesión del 361 del Código Civil es diferida, que está «doblemente condicionada» (2): primero, a la opción contenida en dicha norma que sea elegida por el *dominus soli* invadido, y, segundo, al pago de lo finalmente accedido, sea el pago de la obra, si se ha elegido la primera opción del 361, sea el del terreno invadido, si finalmente se elige su segunda y última opción; siendo entonces constitutiva la sentencia que la concede (3).

---

(1) Que son las de don Jerónimo González y Martínez, J. («El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil,* T. II, Madrid, 1948, págs. 258 y 259); Roca Sastre, R. M. («Ensayo sobre el derecho real de superficie», en *RCDI,* 1961, págs. 25 a 28); Sanz Fernández, A. («Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilustre Colegio de Notarios de Valencia,* Valencia, 1947, págs. 139 a 150); y las del propio Alonso Pérez, M. (en *Comentarios al CC,* T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. Albaladejo García, Madrid, 2.ª ed., 1990, pág. 377 y sigs.), corrigiendo su inicial adscripción a la tesis mayoritaria, a quien siguen De Ángel Yagüez, R. («La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del CC», en *La Ley,* 1985-4, págs. 489 y 490); y Núñez Boluda, M. D. (*La accesión en las edificaciones,* con Prólogo de M. Albaladejo García, Barcelona, 1994, pág. 120 y sigs.). Acerca del Derecho catalán, sobre el artículo 278 Comp. Catalana, Cusi Escofet, W. («Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC,* 1970, págs. 332 y 333); también Alonso Pérez, M. (págs. 382 y 383); y Puig Ferriol, L. (pág. 14), quien así también opina acerca del vigente Código Civil catalán (en *Institucions del Dret Civil de Catalunya, IV: Drets reals,* Valencia, 2007, págs. 219, 228, 230, 231, 234 y 235). A todos ellos nos unimos hoy nosotros.

(2) En expresión de Carrasco Perera, A. (Ius aedificandi *y accesión [La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos]),* con Prólogo de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1986, pág. 223), uno de tantos defensores de esta tesis.

(3) Amén de la jurisprudencia que será oportunamente referida a lo largo del presente estudio, que por entero se dedica a tal cuestión, en la doctrina propugnan esta posición mayoritaria, Garrido Palma, V. M. («*¿Superficies solo cedit?* El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN,* 1969, págs. 132 a 134); Soto Nieto, F. («La construcción extralimitada», en *Estudios Jurídicos varios,* vol. I, Madrid, 1983, págs. 138,

En cambio, para la hipótesis del artículo 360 del Código Civil, o incluso para la de los propios artículos 362 y 363, que regulan igual hipótesis a la del artículo 361, aunque referidos al caso en que el constructor actúe de mala fe, entiende esa misma doctrina común, salvo alguna opinión aislada (4), que la accesión sí opera automáticamente, pues en ninguna de ellas se habla de opción alguna, ni se exige el previo pago de indemnización ninguna, que la pueda condicionar (5).

¿Por qué en el fondo este diferente modo de proceder de la accesión inmobiliaria según se construya en suelo propio o ajeno, y según el constructor invasor en este segundo caso actúe de buena o de mala fe?

El interrogante se agudiza aún más si se atiende a la aplicación del artículo 361 del Código Civil al caso de la llamada accesión invertida (que resuelve el caso de extralimitación: de construcción en suelo en parte propio y en parte ajeno): en tal caso, la jurisprudencia, seguida del común de la doctrina, aunque no exenta tampoco de alguna voz disonante, estima que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del artículo 361 del Código Civil *in fine*, a modo de venta forzosa *ex officio judicis:* puesto que la accesión invertida ha supuesto la inversión del principio *superficies solo*

---

139 y 142 a 145); PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (en *Wolf,* III-1.º, págs. 483 y 484); SANTOS BRIZ, J. (II, págs. 220 y 221); ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (III, pág. 180 y sigs.); y por sí solo, DÍEZ-PICAZO en su artículo («La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI,* 1966, pág. 851), y en sus *Estudios Jurisprudenciales* (págs. 268 y 269); en cambio, por sí solo GULLÓN («Accesiones inmobiliarias», en *Protección del derecho de propiedad,* en *Cuadernos del CGPJ,* Madrid, 1994, págs. 224 y sigs.), solo muestra los pros y los contras de esta teoría, sin pronunciarse del todo; LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135); DORAL GARCÍA, J. A. y TORRES LANA, J. A. («El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *RGLJ,* 1981, pág. 43); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 367), aunque después de comprobar los inconvenientes de esta tesis mayoritaria, cambia de opinión y acoge la minoritaria; CARRASCO PERERA, A. (pág. 220 y sigs.), a quien sigue LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M. («Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante», en *La Ley,* 1994-1.º, págs. 967 y 968); NAVAS NAVARRO, S. («La accesión industrial [Especial atención al Derecho catalán]», en *ADC,* 1995, pág. 118 y sigs.); MOLL DE ALBA, C. *(La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria,* Barcelona, 2004, págs. 115 y 1163).

(4) ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); CARRASCO PERERA, A. (pág. 224); MOLL DE ALBA, C. (cit.), para quienes tales hipótesis deben interpretarse también en la línea de la accesión condicionada y postergada.

(5) Lo dirá, en la jurisprudencia, la STS de 27 de diciembre de 1980, comparando en concreto el 361 con el siguiente, el 362 del Código Civil, *«cuyo mandato* —dice con la STS de 27 marzo 1950—, *en relación con la norma directa y obligatoria del artículo 358 del mismo ordenamiento no precisa de opción ni declaración previa alguna para atribuir al propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo, con tal de que, la presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida».*

*cedit* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, lógica y necesariamente hay que aplicar el inciso final del 361 del Código Civil (6). Operando, automáticamente desde la incorporación, la sentencia que la reconozca solo puede ser declarativa (7).

La sola disparidad de opinión habida dentro de nuestra jurisprudencia según se trate de accesión normal o de accesión invertida, o según se trate de aplicar el artículo 360 o el 361 del Código Civil, justifica, por sí misma, la conveniencia de abordar la cuestión, más aún cuando —como se verá en los siguientes epígrafes— no es cuestión estéril, sino de gran repercusión práctica:

Así, por ejemplo, de admitirse la explicación más común del artículo 361 del Código Civil, ¿a quién corresponde la propiedad del edificio mientras el dueño del suelo decide y después se paga lo debido: al que lo construyó, a ninguno de ellos…?; ¿y a quién su posesión? ¿Cabe retener la obra como garantía del pago de lo accedido? ¿Cabría usucapir la propiedad de la obra levantada, o incluso la del suelo invadido, mientras transcurra el tiempo sin que el dueño del suelo reaccione de algún modo ante la invasión? Y, una vez

---

(6) Lo decía rotundamente la STS de 11 de diciembre de 1978, en su Fundamento de Derecho 1.º: que la accesión invertida *«no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado artículo 361 del Código Civil»*. Idéntica frase contiene la STS de 22 de noviembre de 1989, con la única salvedad de hablar de *mera* ejecución forzosa del 361 *in fine;* e igual idea se contiene en la STS de 10 de diciembre de 1980, al decir que la accesión invertida supone *«obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción —refiriéndose a la segunda, o última— del artículo 361 del Código Civil»*. Por ello, la STS de 17 de febrero de 1992 definirá la accesión invertida como una especie de venta forzosa del *dominus soli* invadido al edificante invasor, añadiendo, como síntesis, la STS de 6 de noviembre de 1992, que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*. Así opinan también, en la doctrina, Herrera Oviedo, M. («Operatividad de la accesión invertida», en *AC,* 2006, pág. 747); De Solas Rafecas, J. M. («La construcción extralimitada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AC,* 1989-1.º, pág. 861); Orosa Roldán, M. A. («Accesión invertida», en *La Ley,* 1985-2, pág. 1274); Álvarez Olalla, P. («La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil,* 1996-III, págs. 15 y 16); Gullón Ballesteros, A. (pág. 233), quien, como Orosa, dirá que «en realidad, la doctrina jurisprudencial no viene a ser más que una adaptación del artículo 361, invirtiendo al titular de la opción y eliminando uno de los términos de esta, para acoger el de la venta forzosa»; «lo que —dice Torres Lana, J. A. (pág. 192)— no deja de ser curioso porque supone retornar al precepto cuya aplicación, en principio, se rechaza». En posición particular, Hernández Crespo, C. («La accesión invertida», en *RCDI,* 1972, pág. 744), aunque acorde con el resultado, más que aplicar el 361 del Código Civil *in fine* por inversión e imposición, dice, es por lógica exclusión de las otras opciones (la demolición por ser el constructor de buena fe, y la inicial del 361 por ser indivisible la obra, dice).

(7) En doctrina, así opinan De la Plaza, M. («Construcciones sobre suelo ajeno [Contribución al estudio de la accesión en Derecho español]», en *RDP,* 1947, pág. 447); y, siguiéndole, Latour Brotons, J. («La construcción extralimitada», en *RDP,* 1966, págs. 264 y 265). En contra, Díez-Picazo, L. (en sus *Estudios Jurisprudenciales,* cit., pág. 269), estima que la sentencia es constitutiva, acorde a la teoría mayoritaria de que la accesión en general no opera automáticamente, según se habrá de ver a continuación.

tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago?

Otra cuestión, solo en apariencia teórica, pero de indudable repercusión práctica, es la relativa a la naturaleza jurídica de la opción contenida a favor del *dominus soli* en el artículo 361 del Código Civil, y también en los artículos 362 y 363 del Código Civil. Porque fijada la *natura iuris* podrá entonces determinarse la capacidad y legitimación necesarias para el ejercicio de tal opción, el plazo —de haberlo— en que puede ejercitarse, y si es solo ejercitable frente al edificante o puede hacerse efectiva frente a posibles terceros adquirentes del edificio. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el suelo invadido fuese de varios copropietarios y que el edificio para viviendas en él levantado por una empresa constructora es vendida a muchos compradores; en tal caso: ¿habrán de actuar los copropietarios en mayoría o en unanimidad?; ¿habrán de actuar contra la empresa constructora o dirigirse contra todos los vecinos compradores de las diversas viviendas construidas sobre su suelo?; y, ¿de qué plazo dispondrán para actuar contra unos u otros?...

La relevancia práctica del problema no se limita al efecto jurídico-real de la accesión, atributivo de la propiedad de lo accedido. También alcanza a sus efectos jurídico-obligacionales. Tal vez el problema fundamental al respecto se refiera a la naturaleza jurídica de las obligaciones pecuniarias que establecen los artículos 360 y 361 del Código Civil: ¿son auténticas deudas de dinero, regidas por el principio nominalista, o son deudas de valor, sometidas, por tanto, al sistema valorista? Es una cuestión directamente conectada con la del momento en que habrán de valorarse los elementos a abonar (sea el suelo edificado, la obra sobre él levantada, o sean los propios materiales empleados para la construcción): ¿será ese momento el de la incorporación o el del efectivo pago?

Asimismo, ¿qué sucede, por ejemplo, si el suelo invadido o el edificio invasor son transmitidos a un tercero sin haberse aún saldado las deudas pecuniarias de la accesión? ¿Quiénes son acreedores y deudores en tales casos: los originarios dueños y constructor o los posteriores adquirentes? Los deberes pecuniarios nacidos de la accesión: ¿tienen eficacia personal o trascendencia real; son obligaciones estrictamente personales o son deberes *ob rem*?

## 2. Fundamento de la tesis mayoritaria que entiende la accesión diferida a la decisión del *dominus soli* y condicionada al pago, en el caso de construcción hecha de buena fe en suelo ajeno, frente a la automaticidad de los demás casos de accesión: en síntesis, la letra del artículo 361 del Código Civil, en sí y comparada con la de otras normas que la circundan

La letra de la ley, desde luego, puede hacer creer que, en el caso de construcción realizada de buena fe en suelo ajeno, la accesión es diferida, que está condicionada a la decisión del *dominus soli* invadido y al pago de lo accedido (8). El artículo 361 del Código Civil, en efecto, presupuesta ya la incorpora-

(8) No es, por supuesto, el único argumento para de este modo entender la accesión, pero sí el principal. Otro argumento, probablemente el más débil y, tal vez por ello, el menos alegado por la posición mayoritaria, sea el de creer que el artículo 361 no regula una accesión que opere automáticamente, por no incluirse la accesión en la enumeración del artículo 609 del Código Civil sobre los diversos modos de adquirir la propiedad (y los derechos reales en general). Sin entrar en disquisiciones que aquí no importan (como la diferencia que hay entre accesión discreta y la continua, y que la una sea expresión de la facultad de goce y auténtico modo de adquirir el dominio la otra), en sí que el artículo 609 del Código Civil no mencione la accesión no es significativo en este punto que ahora se trata, como tampoco lo sería que la mencionara del modo en que lo hacen otros Códigos (como el art. 712 francés, el 922 italiano vigente, el 1316 portugués…). Ni lo uno niega ni lo otro afirma que la accesión sea modo de adquirir el dominio. Al respecto, nuestro 609 es neutro, incluso indiferente, cuando se trata de una norma que, con sus defectos y excesos conocidos por todos, so pretexto de una enumeración ejemplificativa y propedéutica, pretende sobre todo dejar claro desde un principio la permanencia en nuestro sistema de la teoría del título y del modo en la adquisición de los derechos reales frente al intento del artículo 981 del Proyecto CC-1851 de introducir como novedad, por influencia francesa, el sistema consensualista. Para mayor insistencia estaba también el artículo 1095 del Código Civil. Precisamente, por esa influencia francesa se puede explicar el vacío del artículo 609 del Código Civil español; no porque, como han pretendido algunos, este se plegase a la nueva tendencia coetánea al Código —antes referida— de negar a la accesión su naturaleza adquisitiva dominical. García Goyena, aun manteniendo en sus comentarios a aquel proyecto CC-1851 la distinción entre la accesión continua y la discreta, es consciente de que se trata de un modo de adquirir el dominio, justificando tanto su no mención en aquel elenco, como su ubicación. Sin necesidad de reproducir íntegra su opinión (que puede verse en sus *Comentarios…,* I, pág. 356, y II, pág. 3]), por lo que aquí importa, permítase reproducir la reseña ya hecha por Núñez Boluda, M. D. (pág. 64): «En ese Proyecto —del CC-1851—, la accesión figura en el libro segundo, como un derecho de la propiedad (arts. 396 y sigs.), como en el Código vigente; y también como el vigente Código, al enumerar en el libro tercero los modos de adquirir el dominio (art. 548), se omite la accesión. Pues bien, García Goyena comenta el artículo 396 diciendo de modo explícito que *"la accesión es uno de los modos de adquirir la propiedad, bien sea continua, o por incorporación de una cosa ajena a la nuestra, bien sea discreta, por ser la cosa producto de otra nuestra, aunque existan separadas";* y al comentar el artículo 548 justifica el que ese artículo, con que se inicia el Libro tercero del proyecto, no nombre la accesión, porque su regulación está ya hecha y agotada en el libro segundo (al tratar de la propiedad); nombrarla sería repetir, *"y yo no sé si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias",* concluye» Goyena. Pudiendo ser de interés todo lo que dijo para llegar a esa frase final sobre el artículo 548 Proyecto CC-1851 en este

ción de la obra al suelo, dispone que el *dominus soli* invadido *«tendrá derecho a hacer suya la obra* —dice—, *previa la indemnización* —sigue diciendo—, *o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle* —termina diciendo— *el valor del terreno»*. Se habla del derecho *«a»* como si nada se hubiere aún adquirido, y de la exigencia del pago, que ha de ser *«previo»*, según se dice, quedando todo ello pendiente de la voluntad del *dominus soli* (9).

---

punto, tras advertir García Goyena (II, pág. 3), que «711 y 712 franceses —dice— mencionan también la accesión o incorporación», añadía más detenidamente: «De estos Códigos, el mas consecuente a mi entender es el holandés, pues pone su mencionado artículo —639, que también menciona la incorporación— al tratar de la propiedad en el libro 2, y habla en seguida de los medios de adquirirla por ocupación, accesión, etc.: los otros en su respectivo libro 2 no tratan de los medios o modos de adquirirla, y sin embargo, apuran toda la materia de accesión (…) Así es, que al encabezar el libro 3, como lo está el nuestro, tienen que enumerar entre los modos de adquirir la *accesión o incorporación,* que está ya agotada en el libro 2; y yo no sé —acaba ya diciendo— si esto es conforme a la claridad de las ideas y a la exacta división de las materias». Así de sencillo. Hasta tal punto la accesión es modo de adquirir el dominio, que bien pudiera considerarse no obviada en el artículo 609 del Código Civil, sino solo contenida en su más genérica referencia a *«la ley»* como modo de adquirir la propiedad. Como efecto natural del *accessorium sequitur principale* bien pudiera considerarse que la accesión es un modo de adquirir el dominio *ex lege*. Podría, entonces, pensarse en su automaticidad al operar por obra inmediata de la ley, *ex lege* u *ope legis*. Mas tal argumento, aisladamente considerado y solo apoyado en el artículo 609 del Código Civil, no dejaría de ser insuficiente. Porque modos de adquirir el dominio hay que no operan automáticamente y que expresamente se citan en el artículo 609 del Código Civil: a.e., la sucesión, que tratándose de herencia, para ser adquirida ha de ser aceptada por el heredero. ¿O acaso la accesión es una especie de título legal que habilita para adquirir por una especie de compraventa, en cierto modo forzosa? Así, en parte, lo entiende Quintus Mucius Scaevola (cit.), quien prefería hablar del derecho de accesión, no de accesión a secas, dada la expresión al respecto del propio artículo 353 del Código Civil (en su *«da derecho por accesión»);* abundando en ello, recientemente, Carrasco Perera, A. (cit.), quien también se apoya en otras expresiones legales (como *«hacer suyo», «derecho de»…,* que emplea el CC), y que Carrasco emplea, no solo para defender la no automaticidad de la accesión, sino también para ver en ella un derecho, un título, no un modo de adquirir, que a veces cede para resolver el caso frente a otros títulos, v.gr., el de venta *ex* 361 del Código Civil, el de prescripción abreviada, o el de ocupación previo ficticio abandono (el caso del 369 CC)… Se incluiría entonces más bien la accesión en la teoría del título y del modo. Fantasioso, sin embargo, parece creerlo, pero a ello podría llevar aquella interpretación.

(9) En nuestro TS así lo creyó por primera vez, siendo precursora en esta línea jurisprudencial hoy casi unánime, la STS de 2 de enero de 1928, al decir: *«Considerando que con relación a estos últimos casos, cuando ha intervenido la buena fe, si bien en el artículo 361 se establece el derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, dispone que ha de ser previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, lo cual, interpretado, no solo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, y está en el caso de optar por adquirirlo mediante esa indemnización, o por obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado, según dicho artículo».* La seguirán, calcándola en su afirmación, las SSTS de 18 de marzo de 1948, de 17 de diciembre de 1957, y de 2 de diciembre de 1960, añadiendo esta *«que la edificación en terreno ajeno no provoca, en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado*

Se entenderá, entonces, que tras la incorporación de la obra al suelo el *dominus soli* solo ostenta un derecho de opción, la opción contenida en el artículo 361, que para él supone un derecho potestativo o de configuración jurídica entre comprar la obra —aún— ajena a su edificante o venderle el terreno propio, en ambos casos sin que este pueda oponerse, pues así lo impone la ley, siendo su actitud la de mera sujeción a la elección que haga el *dominus soli* (10). Demuestra esa mera opción el por dos veces citado derecho *a* del 361, en consonancia, además, con el también *da derecho…* del artículo 353 del Código Civil, que, no en vano, es la norma que, a modo de preámbulo, define la accesión y abre su régimen legal en general.

La interpretación sistemática, en que se apoya esta tesis mayoritaria, no se limita a confrontar el 361 con aquella norma introductoria (el 353 CC); también compara su letra con la de otras normas (como son los arts. 366 y 370 CC, sobre accesión mobiliaria, el 360 CC sobre accesión por incorporación de material ajeno en suelo propio, o los propios artículos 362 y 363, que regulan igual hipótesis a la del artículo 361, aunque referidos al caso en que el constructor actúe de mala fe). En todas estas otras normas, se dice, la accesión sí opera automáticamente, pues en ninguna de ellas se habla de opción alguna, ni se exige el previo pago de indemnización ninguna, que la pueda condicionar (11).

---

*un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción previa determinada en el artículo 361».* Siguiendo, y reproduciendo, a estas tres últimas, la STS de 17 de diciembre de 1987, y a esta última secundarán las SSTS de 22 de julio de 1993 y, más recientemente, la de 9 de febrero de 2006, concluyendo aquella como algo bastante consolidado en que *«ha de mantenerse la doctrina uniforme sobre la materia con relación al artículo 361 del Código Civil y por ende ha de proclamarse que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno».* En la misma línea, presuponiendo la no automaticidad de la accesión del artículo 361 del Código Civil y extrayendo de ello las oportunas consecuencias —que luego se verán—, pueden citarse las SSTS de 23 de marzo de 1943 —emblemática en esta sede, tanto como la primera de 1928—, o las de 18 de marzo de 1948, de 27 de diciembre de 1980, de 31 de diciembre de 1987, de 15 de febrero de 1999, o el Auto de 22 de julio de 1997. Hasta en Italia, hace tiempo Berliri, L. V. («Obbiezioni al dogma *superficies solo cedit* nel diritto odierno», en *Temi Emiliana,* 1932-II, pág. 26, nota 41), se apoyaba en la redacción de nuestro 361, para apoyar su tesis —minoritaria allí— de la no automaticidad de la accesión en el artículo 450 *Codice*-1865.

(10) Tal calificación del derecho de opción del 361 como derecho potestativo es hecha, entre otras, en las SSTS de 15 de junio de 1981, de 24 de enero de 1986, de 31 de diciembre de 1987, de 17 de febrero de 1992, de 22 de julio de 1993, de 15 de febrero de 1999, y, recientemente, en la de 6 de febrero de 2006; y en la doctrina, Díez-Picazo, L. (en su artículo, pág. 850 y en sus *Estudios jurisprudenciales,* págs. 271 y 280); Santos Briz, J. (II, pág. 221); Serrano Alonso, E. («La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil», en *RDP,* 1981, pág. 681); Soto Nieto, F. (pág. 138); Hernández Crespo, C. (pág. 732 y sigs.); Alonso Pérez, M. (pág. 369).

(11) Lo dirá, en la jurisprudencia, la STS de 27 de diciembre de 1980, comparando en concreto el 361 con el siguiente, el 362 del Código Civil, *«cuyo mandato* —dice con la STS de 27 de marzo de 1950—, *en relación con la norma directa y obligatoria del artículo 358 del mismo ordenamiento no precisa de opción ni declaración previa alguna para atribuir al*

Esta es la tesis de la accesión diferida, condicionada o aplazada, como quiera llamársela, del artículo 361 del Código Civil, de la que, aun siendo la mayoritaria, hay que discrepar, pues frente a la interpretación extremadamente literal y solo en parte sistemática en que se apoya se oponen otras muchas razones. Veámoslas.

## II. NUESTRA TESIS EN DEFENSA DE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL Y DE TODA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN GENERAL

### 1. Objeciones a la teoría mayoritaria sobre la accesión del artículo 361 del Código Civil

#### A) *Primera objeción: la necesidad de una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio* superficies solo cedit *que determina su principal efecto jurídico-real)*

Para empezar, el artículo 353 del Código Civil estaba ya de idéntica forma redactado desde el Proyecto de CC-1836, cuando entonces, también por su redacción, la automaticidad del actual 361 era evidente (según luego se verá). Y amén de su valor meramente introductor, rectamente interpretado solo quiere dejar claro, a la vista de sus anteriores artículos 348 y 350 del Código Civil —este referido a la propiedad inmobiliaria—, que la propiedad es la causa, la fuente principal de la accesión, tanto por producción (la discreta, que no es verdadera accesión), como por incorporación. Nada más dice en lo cual pudiera apoyarse la teoría de la no automaticidad del artículo 361, ¿o acaso la accesión por producción de frutos es también diferida, no automática, por el *da derecho* del artículo 353 del Código Civil? Si condicionada está, lo será al solo hecho natural de la manifestación del fruto (art. 357 CC), como la accesión inmobiliaria artificial lo está a la incorporación indivisible de la obra al suelo.

En cualquier caso, siendo el artículo 353 del Código Civil una norma tan genérica, no parece prudente fundar en ella ninguna interpretación del artículo 361 del Código Civil.

Tampoco parece convincente la confrontación entre el artículo 361 del Código Civil y prácticamente todos los demás sobre accesión inmobiliaria artificial, que son los que aquí importan (arts. 360, 362 y 363 CC), para creer que

---

*propietario del terreno el dominio de lo construido sobre el mismo, con tal de que, la presunción legal de buena fe del constructor quede inequívocamente desvanecida».*

solo y nada más que el 361 contiene una accesión no automática, no derivada inmediatamente y *ex lege* de la unión inseparable de la obra al suelo. ¿Qué razón, amén de la literal, conduce a tal interpretación aislada y opuesta a la del resto del sistema legal? No parece que sea esa suficiente razón como para interpretar de contraria forma un mismo fenómeno adquisitivo —el de la accesión— cuando el fundamento elemental es idéntico —el del art. 358 CC con su máxima *superficies solo cedit*— y simplemente varían las hipótesis, según se construya en suelo propio con materiales ajenos, o al revés, y según ello se haga con buena o mala fe. Tales variantes tienen su repercusión en materia compensatoria e indemnizatoria, pero en cuanto al efecto adquisitivo en sí, la base, única y común, es aquella del artículo 358 del Código Civil. Esta es, en verdad, la única que resuelve la cuestión jurídico-real en materia de accesión; el resto de normas se dedica a precisar sus efectos obligacionales tendentes a evitar el enriquecimiento injusto o a resarcir al dueño en caso de mala fe. Conviene, al respecto, no olvidar lo que el artículo 358 del Código Civil dice: *«Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos* —dice, terminantemente; para acabar diciendo— *con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes»*; no *«salvo lo que…»*, sino *«con sujeción a lo que…»* (12).

Siendo indiscutible —al menos nadie lo discute— que la regla de que la superficie cede al suelo es manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un fundamento lógico, meta-jurídico; y tratándose de cosas reales, como son el suelo y las construcciones, dicho fundamento lógico se explica sin duda por la naturaleza de las cosas (13). Aunque GAYO no incluía la accesión al enumerar los modos de adquirir el dominio (14), al consagrar la famosa máxima de que la superficie cede al suelo, dirá: *Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est,*

(12) Como advierte y destaca NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 123).

(13) Como «Ley de la creación» estimaba PROUDHON el principio *accessorium sequitur principale* (según se toma aquí de GORLA, G. («L'accessione nel Diritto Civile Italiano [Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà]», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche,* 1931, pág. 105).

(14) Así lo advierte PACIFICI-MAZZONI, E. (*Il Codice Civile Italiano commentato,* vol. I: *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione [artt. 406-530]*, Turín, 1927, pág. 174). Pero claramente lo será ya en el Derecho medieval, donde por obra de romanistas y glosadores la accesión será calificada como modo natural, originario y *secundum quid* de adquirir la propiedad. Entre los nuestros, SALA, J. (*Ilustración del Derecho Real de España,* T. I, 2.ª ed., Madrid, 1820, págs. 102 y 103); ÁLVAREZ, J. M. (*Instituciones de Derecho Real de España,* T. I, Madrid, 1829, págs. 154 y 155); DE ASSO, I. y DE MANUEL, M. (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.ª ed., 1792, reimpresión de Valladolid, 1975, pág. 98 y sigs.). Para todo esto, vid. GORLA, G. (págs. 93 a 99).

*quamuis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum* —decía (15)— *fit, quia superficies solo cedit (Instituciones* de GAYO, 2, 73) (16). A diferencia de otros mecanismos adquisitivos (como la usucapión, la tradición…), la accesión, igual que sucede con otros (como la ocupación…), siempre se ha estimado como un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, de la Naturaleza; de ahí que siempre y en todo lugar haya existido, aunque justificada en diferentes razones y prevista con diversos matices. Y esa universalidad, derivada de su naturalidad, se explica por la regla, también lógica y natural, de la accesoriedad —del *accessorium sequitur principale*— en que se funda; y que *ex natura rerum* se explica porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la que no puede subsistir independientemente. Es pura ley natural, o física; es casi la ley del más fuerte. La cosa que puede existir independientemente es la más fuerte, es la cosa principal, siéndolo precisamente porque es la que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva, atrayente, o centrípeta (una *vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella (17). Esa fuerza atractiva, que puede serlo teleológica o funcional (v.gr,, en el art. 377.II CC), en la mayoría de los casos es real, física

(15) Por eso no puede ser más que una errata la afirmación de TRAVIESAS, M. («Ocupación, accesión y especificación», en *RDP,* 1919, pág. 294, nota 1), cuando dice que tan arraigado principio en Roma estaba fundado *et civile et naturali iure;* como la posterior de ALONSO PÉREZ, M. (pág. 328), en el mismo sentido.

(16) Luego ya en las Instituciones de Justiniano, en § 29: *«Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit»* (que sería el caso del actual art. 360 CC); y en § 30 de las Instituciones de Justiniano, se dirá: *«Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus cujus et solum est»* (que sería el caso del actual 361 CC). Y así en Digesto 41, 1.7, §§ 10 y 12. Y en tantos otros lugares, para otras cuestiones, al tratarse de una regla lógica y natural; v.gr.: *«Solo cedere solent ea qua aedificantur aut seruntur»* (Gayo, D. 41.1.9.1); *«Superficies solo cedit»* (Ulpiano, D. 43.17.3.7); *«Ius soli sequetur aedificium»* (Paulo, D. 13.7.21)…

(17) Es la forma en que siempre se ha definido en primer lugar la distinción entre cosa principal y accesoria; así, entre los nuestros, ÁLVAREZ, J. M. (I, pág. 138); BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 20); OYUELOS, R. *(Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al del Código Civil español,* T. II [arts. 333-608], Madrid, pág. 82). En particular, refiriéndose a la accesión industrial, decían GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J. *(Febrero…,* T. I, Madrid, 1841, pág. 171): «Las leyes en este modo de adquirir no han hecho mas que seguir los preceptos del derecho natural, estableciendo algunos principios, que como emanados de la equidad natural habrán siempre de consultarse», añadiendo que «la primera regla que debe tenerse presente es que lo *accesorio sigue a lo principal».* Probablemente mucha influencia en entender de aquel modo qué es lo principal y qué es lo accesorio, se deba a POTHIER, J. (VIII, pág. 123), quien «para conocer cuál es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo», establecía como «regla primera: Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesoria; *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest».*

o estructural (18). Es, precisamente, ese el fundamento del *superficies solo cedit*, en cuya virtud el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, no tanto porque generalmente sea de valor económico mayor, sino sobre todo porque comparados ambos elementos —suelo y edificación— el suelo es cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse (19). Es la propia fuerza de la gravedad, si se apura, la que explica tal regla (20); por supuesto, los romanos desconocían la ley gravitatoria, como tal formulada, pero ya sabían, por ser de sentido común, o natural, que el suelo es la savia o fuente nutriente de las plantaciones y el sostén o apoyo de los pilares y cimientos de cualquier edificación. Tal es el poder de atracción, que por dicha incorporación al suelo, el edificio, que separado de él no es más que un conjunto de materiales, o bienes muebles, se «inmobiliza» —permítasenos la barbarie lingüística—, se convierte en inmueble por incorporación al suelo (cfr., art. 334.1.º CC).

Difícil, pues, parece admitir que en nuestro artículo 361, y solo en él, se vaya a excepcionar la norma general del 358 del Código Civil. ¿Por qué no, entonces, en lugar de aquella interpretación literal y solitaria del 361, aislada en su redacción, se opta mejor por una interpretación sistemática, y, por tan-

---

(18) En esta distinción se sigue aquí a NUTI, G. (*Accessio, datio, translatio materiae*, en *Riv. Dir. Priv*., 1940, págs. 301 y 302), no ya en su crítica por apriorística a la regla *superficies solo cedit*. Y luego (en págs. 309 y 310), hablará del doble poder, de expansión (o producción) y de atracción, del suelo; idea que también aquí se sigue. En cambio, para ALONSO PÉREZ, M. (nota 17, pág. 280), en general para la determinación de lo principal y lo accesorio en materia de accesión el criterio es más estructural (y económico, hay que decirlo) que funcional. En verdad, rigen ambas dimensiones siendo aplicable una u otra según cada caso.

(19) Y más detenidamente lo decía POTHIER (cit.), dando buena explicación de lo que luego serían los artículos 555 y 554 del Código Civil francés (nuestros 361 y 360, respectivamente); tras indicar POTHIER la primera regla, antes reproducida, añade: «Puede citarse, como primer ejemplo de esta regla, el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, vi ac potestate rei meae, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice GAIUS: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cujus et solum est* (…) Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae,* el de todos los materiales empleados, como cosas que son necesarias: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus inteligitur aedificii.* Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado: *Omne quod inaedificatur solo cedit».* Entre los nuestros, también lo destacaba sintéticamente, ESCRICHE (en su voz «Accesión industrial», pág. 44): «En la edificación, el suelo es lo principal y el edificio lo accesorio; y como el edificio no puede separarse del suelo sin su destrucción, es regla constante que el dueño del suelo adquiere el dominio del edificio, cualquiera que sea el que lo hubiere construido, y así en el caso de buena como en el de mala fe».

(20) Como dice OYUELOS, R. (pág. 89), se funda la regla romana en «una especie de ley de gravedad jurídica que atrae hacia la tierra».

to, homogénea y coherente de todo el sistema desde su raíz contenida en el artículo 358 del Código Civil?

No puede, por supuesto, pretenderse en ese sentido, como algunos hacen (21), una interpretación sistemática desde el artículo 361 del Código Civil, como si esta fuera la norma eje, para entender que también los demás preceptos regulan una accesión inmobiliaria no automática. Se llegaría a un resultado homogéneo, desde luego, pero desde una interpretación sistemática tiránica, que por ello no sería realmente sistemática, ni comparativa.

De mantenerse, en cambio, la tesis mayoritaria, ¿qué justifica la no automaticidad en el artículo 361 y la automaticidad en los artículos 362 y 363? ¿O acaso es la buena o mala fe del constructor la que marca la operatividad efectiva de la accesión en lugar de regir, desde el artículo 358 del Código Civil, el principio *superficies solo cedit*?

La más acertada interpretación sistemática de las normas del Código Civil que regulan la accesión artificial inmobiliaria debe hacerse, al contrario, desde la mayoría de las normas, porque en esa mayoría se refleja el verdadero espíritu de la ley.

Desde esa visión global y ordenada, de sistema, el espíritu, la *ratio legis*, es la de una accesión automática derivada, por una razón lógica y natural, de la unión indivisible de dos cosas (en el caso de la accesión que aquí se trata, por la incorporación inseparable de la obra al suelo) (22). Es la propia Ley la que aquí funciona como fuente directa en la adquisición de la propiedad (*ex* art. 609 CC) y como fuente directa también de sus efectos obligacionales (*ex* art. 1089 CC); ambos efectos se encuentran íntimamente relacionados (23)

---

(21) Es el caso, sobre todo, de CARRASCO PERERA, A. (cit.), y de otros que se verán luego.

(22) En la letra del Código Civil, pareciéndose partir de que todo es separable, jurídicamente solo admite la separación (no habiendo, por tanto, inseparabilidad), cuando la misma no implique deterioro, detrimento o menoscabo, bien de la propia cosa principal (cfr., art. 378.II CC), de la accesoria (cfr., art. 360 *in fine* —introducido en el Proyecto CC-1882—), o bien —como es más lógico— de las dos cosas unidas, estimándose en tal caso su posible deterioro, no en la unión o conjunción que ambas conforman, sino en cada una de ellas separada e individualmente (cfr., arts. 378.I y 381 CC). Y para apreciar tal separabilidad, o inseparabilidad (esa posible separación con o sin merma), no solo valen criterios físicos o materiales, sino también económicos y funcionales. Y es aquí donde tiene acomodo en materia de accesión inmobiliaria la idea de indivisibilidad que para otras materias contempla el Código Civil (cfr., sus arts. 401.I, 1062, 1139, 1151…). Lo ha dicho, recientemente, la STS de 27 de enero de 2000, que habla de indivisibilidad física (o arquitectónica, dice) y funcional. De este modo, la unión será inseparable bien cuando la separación —la división— sea física o materialmente imposible, o bien cuando aún siendo posible, desde esa perspectiva física, la separación —o llámese división— sea antieconómica, que podrá serlo: por la inutilidad o inservibilidad de las cosas tras su desunión o su demolición, o por el gran coste —o la excesiva onerosidad— que supondría realizar tal división. Por eso, no es imprescindible —casi nunca lo es— para que opere la incorporación (la «inmobilización» inseparable), que la obra esté del todo finalizada.

(23) Siendo ahí únicamente donde hay disociación según GOUBEAUX, G. (*La régle de l'accessoire en Droit Privé,* París, 1969, pág. 300), entre la adquisición de la propiedad y

y ambos son por igual renunciables (*ex* arts. 361 *in fine* y 363 CC). Como la hipoteca que no sigue a la finca no merece llamarse hipoteca, según decía la LH-1861, la accesión que no actúa inmediatamente desde la unión indivisible no es verdadera accesión, no merece llamarse accesión. Pretender lo contrario, sea por obra de la doctrina, de la jurisprudencia o de la propia ley, sería desnaturalizar la accesión.

B) *Segunda objeción: la necesidad de una interpretación histórica de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, desde su gestación interna y sus propios precedentes más remotos, para justificar, respectivamente, las expresiones en tales normas empleadas y su respeto a la tradicional automaticidad de la accesión inmobiliaria*

La letra de nuestro Código Civil en materia de accesión probablemente también obedezca a uno de los idearios formales al que todo Código civil aspiraba en su redacción decimonónica: al de la sencillez y la concisión (24):

El artículo 361 del Código Civil, prácticamente así redactado desde el artículo 404 del Proyecto CC-1851, y con algún retoque hecho en el artículo 364 del Proyecto CC-1882 (cuya redacción es casi la actual), supuso la refundición de cuatro normas, nada menos, que al respecto contenía su modelo del Proyecto CC-1836 (25), en sus artículos 676, 677, 680 y 681, cuya redacción resultaba ser reiterativa y muy afrancesada. Y el artículo 360, por su parte, que para algunos debe interpretarse también en la línea de la accesión condicionada y postergada (26), experimentó en su redacción una progresiva simplificación desde su originaria redacción en el Proyecto de CC-1836 hasta el vigente; precisamente de él se eliminaría una parte de vital importancia en esta cuestión:

---

los efectos obligacionales, poniendo como ejemplo (en págs. 302 y 303), el caso en que la obra haya sido hecha por el inquilino, en cuyo caso las cuentas serán saldadas a la extinción del arriendo con la salida de dicho inquilino. En la misma línea la SCCassazione italiana de 20-8-86: «L'accertamento della proprietà dell'immobile acquistato per accessione non presuppone l'avvenuto pagamento ovvero l'offerta dell'indennità di cui all'artículo 936 c.c. da parte dal proprietario del suolo, costituendo la relativa prestazione oggetto di una obbligazione autonoma rispetto all'acquisto del bene, che si attua *ipso iure* per effetto della costruzione eseguita dal terzo».

(24) En lo que a continuación, en el siguiente párrafo se diga, se sigue a NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 98).

(25) Téngase, además, en cuenta que la gestación en el Proyecto CC-1851 de toda la materia relativa a la accesión fue encargada a VIZMANOS, quien precisamente se había ya encargado de ella en la elaboración del Proyecto de CC-1836.

(26) ALBALADEJO GARCÍA, M. (pág. 314); CARRASCO PERERA, A. (pág. 224); MOLL DE ALBA, C. (cit.).

> En su primera redacción, en la del artículo 679 del Proyecto CC-1836, se decía que *«si alguno plantase o edificase en terreno propio con semillas o materiales ajenos, aquellos y estos le pertenecerán por accesión* —decía, añadiendo—*, pero habrá de pagar el valor de ellos y además podrá ser condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiere causado»*. Con redacción similar se mantiene en el artículo 403 del Proyecto CC-1851, cuyo primer párrafo disponía: *«El que sembrare, plantare o edificare en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unas y otras* —decía, tal vez más marcadamente en lo relativo al efecto adquisitivo de la accesión; añadiendo también como la anterior—*; pero estará obligado a pagar su valor, y además será condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, si hubiere procedido de mala fe»*. Y vendrá, por fin, el artículo 363 del Proyecto CC-1882 a simplificar definitivamente la redacción, mas con ello eliminando aquella referencia a la fuerza adquisitiva de la accesión: *«El propietario del suelo que hiciere en él plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios»*.

¿Acaso en tal eliminación, o simplificación, tenía el codificador la intención de establecer una accesión no automática también para el actual 360 del Código Civil? Aunque algunos lo crean, en el fondo, ¿qué sentido tendría aquí diferir la accesión si quien supuestamente tiene que decidir es el propio *dominus soli* que, por sí o por otro, construye? Y —lo más importante ahora— en la forma, de haber sido aquella la intención del codificador, ¿no debería esta haber quedado más claramente reflejada en la norma? ¿No será que solo se trataba de abreviar su redacción omitiendo la repetición de lo ya dicho en el 358 (actual)?

Por eso mismo, tampoco hay que conceder excesiva importancia, menos aún para desvirtuar la naturaleza de la accesión, a ciertas expresiones que emplea el artículo 361 del Código Civil, tales como el *derecho a hacer suya la obra* siempre *previa la indemnización* correspondiente. En efecto, en nada condiciona la accesión la exigencia de pagar *previa la indemnización,* como dice el artículo 361. Con la común opinión hay que convenir —aquí sí— en que tal norma, a diferencia del artículo 360 del Código Civil, menciona la indemnización en sentido lato, como equivalente a compensación, o a contraprestación —o a precio, según algunos como, en efecto, dice el 361 en su inciso final—. Aun admitiendo tal calificación, y viendo en el artículo 361 del Código Civil una especie de compraventa forzosa, el obstáculo a la tesis de la accesión no automática brota por sí solo; lo advierte GULLÓN (27): ¿cuándo el precio es condición de adquisición de la propiedad, salvo que haya pacto de reserva de dominio?; ¿o acaso la hay *ex lege?;* ¿o acaso, al modo tradicional de venta con aplazamiento del precio, aquí también el pago del precio equivale a la *traditio* de la cosa cuya propiedad se adquiere?

(27) GULLÓN BALLESTEROS, A. (pág. 227).

Ni siquiera se trata de verdadero precio, sino más bien de reintegración (28). ¿No es consabido que los efectos pecuniarios compensatorios contenidos en el artículo 361 del Código Civil se justifican por evitar el enriquecimiento injusto? Esa idea de compensación la demuestra la remisión que el propio artículo 361 del Código Civil hace a los artículos 453 y 454 del Código Civil, que, precisamente, regulan en general la liquidación de cualquier estado posesorio, como así, conforme a la tesis de la automaticidad, acontece en la accesión, ya que tras el pago es cuando se restituye la posesión que ostentaba el edificante de la obra que ya era del dominio del dueño del suelo. He ahí la razón del *hacer suya* del artículo 361 del Código Civil.

Ni siquiera, en fin, es relevante que el pago deba ser *previo,* según reza el 361 del Código Civil. Para entender tal exigencia hay que situarla en su contexto histórico, cuando entonces aquella exigencia del artículo 361 del Código Civil coincidía con la que contenía, y aún contiene, el artículo 349 del Código Civil, sobre expropiación forzosa, acorde al artículo 10 de nuestra Constitución de entonces, la de 1876 (no ya así a la actual que, no casualmente, ha eliminado aquello de que la indemnización haya de ser *previa;* vid. STC de 19 de diciembre de 1986). Eran por aquel entonces tiempos de desamortizaciones, de confiscaciones… Mas ni antes ni ahora la adquisición de la propiedad expropiada por razón de interés público ha estado condicionada al pago. Estando aún hoy vigente la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, es doctrina pacífica en Derecho Administrativo la de que aunque se requiera por regla general del previo pago del justiprecio (o de su consignación), la efectiva adquisición de lo expropiado se condiciona a su entrega, conforme a las reglas del Derecho Común (el civil), esto es, conforme a la teoría del título y del modo (29); y si bien

---

(28) Lo reconoce LIVIE, P. (*Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, pág. 148), con apoyo en la STCass. Francés de 14-12-1921, uno de los pocos franceses defensores de la no automaticidad de la accesión.

(29) En efecto, aunque genéricamente, dice la STC de 19 de diciembre de 1986: *«El artículo 33.3 CE no exige el previo pago de la indemnización, y esto, unido a la garantía de que la expropiación se realice de conformidad con lo dispuesto por las leyes, hace que dicho precepto consienta tanto las expropiaciones en que la ley impone el previo pago de la indemnización como las que no lo exigen, no siendo por tanto inconstitucional la ley que relega el pago de la indemnización a la última fase del procedimiento expropiatorio; en esta clase de expropiaciones, de las que son prototipo las urgentes, el momento en que se produzca el efecto traslativo de la propiedad no depende del previo pago de la indemnización, careciendo por tanto de relevancia constitucional el momento en que se opere dicha transmisión y, en consecuencia, que esta se produzca de manera inmediata, en el mismo momento en que se acuerda la transmisión».* Más en particular, dirá la STS de 19 de julio de 1997 que *«el sistema fijado por la Ley de Expropiación para la adquisición forzosa de la propiedad se corresponde con el civil, exigiendo inexcusablemente para ello la toma de posesión sus artículos 51 y 52.6.º, que no consideran esta… como un acto meramente formal, sino como requisito imprescindible para la transmisión del dominio, según los artículos 53 de dicha Ley y 52.2 y 55 de su Reglamento, de manera que, si no se ocupa el bien objeto de expropiación no cabe considerar consumada esta».*

por ley el pago debe ser previo a la ocupación, la práctica se ha encargado de constatar lo contrario (30), mostrando como habitual que sea primero ocupada la finca expropiada y luego pagado el justiprecio (como permite el artículo 33.3 CE, al no exigir la *previa* indemnización, y ratifica la STC antes citada). En el fondo, la expropiación forzosa no es más que una venta forzosa.

Lo mismo puede decirse del artículo 361 en donde el previo pago de la restitución debida solo condiciona la entrega de la posesión de lo accedido, no la de su propiedad que ya ostentaba el *dominus soli* desde la incorporación de la obra al suelo (31).

Sin salir de esa interpretación histórica, aunque remontando el precedente a tiempos pretéritos, una reforma de tal índole, difiriendo y condicionando la accesión, hubiera sido más advertida dada su gran trascendencia; porque hubiese supuesto una fractura histórica en la institución de la accesión, que a lo largo de toda su historia siempre ha operado automáticamente (32). No cabe,

---

(30) Me refiero a lo que en la Ley es expropiación excepcional, pero en la práctica lo más usual (v.gr., requisas, ocupaciones temporales, expropiaciones legislativas, y expropiaciones urgentes).

(31) De este modo lo ha dicho la STS de 6 de diciembre de 1985, en su Fundamento Jurídico 7.º: *«en cuanto a la segunda* —alegación del recurrente— *referente a la necesidad de haber "pagado" la indemnización para declarar la accesión, carece de consistencia habida cuenta de que la declaración de la procedencia de la accesión es condición previa para que nazca la obligación del dueño de la cosa principal a indemnizar al poseedor que de buena fe constituyó sobre la misma una industria»,* en el caso; habiendo dicho, en el anterior fundamento, que está *«asistido el que construyó de buena fe sobre cosa ajena del derecho de retención a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 453 del Código Civil y conservando —dice en lo que ahora importa— la posesión de la cosa que no adquiere el propietario de la cosa principal hasta que se consuma el derecho que ejercitó mediante la entrega material de la misma».* Y ya hace tiempo lo dijo Sanz Fernández, A. (pág. 148): «el dueño del suelo no puede tomar la posesión de lo edificado en tanto no indemnice, pues el edificante puede ejercitar el derecho de retención». Critica tal consideración Navas Navarro, S. (pág. 121), pues si el constructor es de mala fe, entonces perdería la posesión de la obra *ab initio,* cuando en el artículo 460 del Código Civil, que contiene un listado de *numerus clausus,* no se contiene tal causa de pérdida de la posesión. Sin más confunde esta autora propiedad y posesión, y que la accesión es un modo de adquirir la propiedad, no necesariamente con ella la posesión. Una vez adquirida la propiedad por accesión, vendrá ya el mecanismo más oportuno para tomar la posesión (interdicto), o incluso para derruir la obra.

(32) No obstante, Navas Navarro, S. (pág. 120), crítica el apoyo histórico a favor de la automaticidad de la accesión: por un lado, porque si el constructor era de mala fe se presumía donación de la edificación y de sus materiales, de modo que antes no cabía entender que hubiese accesión; y, por otro lado, como también advierte en Francia con igual intención Livie, P. (págs. 132 a 135), si en el caso de buena fe adquiría la obra el *dominus soli* pero luego recobraba su anterior dueño los materiales con que se hizo si la obra se destruía, era porque la propiedad adquirida hasta entonces por el dueño del suelo era latente. Ambas razones, en realidad, no contradicen la automaticidad de la accesión en la Historia del Derecho. En cuanto al supuesto *animus donandi* del constructor de mala fe, fue una idea sobre todo admitida en Derecho romano, no para condicionar la operatividad de la accesión (de lo contrario, se estaría ante una donación, con su régimen propio, no ante la accesión, con el suyo propio), sino para justificar que en tal caso el edificante no tuviera derecho a indemnización

por tanto, deducir tan trascendente cambio de una mera simplificación en la redacción del artículo 360, ni tampoco, a pesar del contenido y de las palabras en él empleadas, en la del artículo 361 del Código Civil, cuando en general, en su elaboración y en la de todas las demás del Código Civil sobre accesión, la Base 10.ª de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888 no contemplaba ningún cambio de especial relevancia. Al contrario, en ella se decía: *«Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio»*. Y nadie puede dudar, aunque los critique por anacrónicos, de que fundamentos capitales del Derecho histórico en sede de accesión inmobiliaria eran el principio *superficies solo cedit* y que la accesión operaba inmediatamente, con la incorporación del edificio al suelo.

Descendiendo ya, por fin, a la entraña del artículo 361 del Código Civil, la opción, innegable desde luego, que en él se contiene a favor del *dominus soli* tampoco es argumento definitivo para negar la automaticidad de la accesión inmobiliaria. Tampoco para afirmarla. Es, en esta cuestión, un dato absolutamente irrelevante. Veámoslo.

C) *Imprescindible aclaración acerca de la verdadera* ratio *del inciso final del artículo 361 del Código Civil (que introduce la opción a favor del* dominus soli), *en contraste con el artículo 360 del Código Civil (carente de tal opción)*

En efecto, nuestro artículo 361 contiene una opción de la que muchos otros Códigos carecen, residiendo su novedad en la alternativa que contiene en su inciso final. ¿Tal vez radique ahí el *quid* de la cuestión?

---

alguna y, sobre todo, tampoco lo tuviera para poder retirar los materiales con que había sido hecha la obra si esta era demolida o se destruía. Tal derecho de retirada de materiales solo lo tenía el constructor de buena fe. Y, precisamente, por lo que concierne a tal derecho de retirada que ostentaba el de buena fe, aun admitiendo la explicación que de ello dan NAVAS y antes LIVIE, solo cabe extraer de ello el carácter revocable, o resoluble si se quiere, de la accesión, pero no que no operase automáticamente desde la incorporación. Tanto era así, que desaparecida tal unión inseparable con su destrucción la propiedad retornaba a su originario dueño, también automáticamente. No con esto quiere decirse, ni mucho menos, que subsista hoy tal derecho a la vista del inciso final del artículo 360 del Código Civil. Es cuestión que excede con mucho de la que aquí importa. Aunque tal vez al respecto convenga no olvidar que la justificación de este régimen, y con ello la imposibilidad de su traslado al actual, no obedece a una determinada concepción de la accesión, diversa de la actual, sino a la del propio edificio, estimado en Roma más como cosa compuesta (frente al suelo, que era cosa simple), y, por tanto, no como un estricto inmueble (que *natura sua* y estrictamente solo lo era la tierra —el *fundus*—), distinguiéndose, por tanto, tras la accesión entre la propiedad del edificio y la propiedad de sus materiales, permaneciendo esta latente, como «durmiente» *(dominium dormiens)* en manos de su originario dueño a la espera de la posible demolición del edificio.

Sorprendentemente, un autor proclive a la tesis de la automaticidad, DE ÁNGEL YAGÜEZ, ve en la *ratio legis* de tal inciso final, en su gestación histórica, un dato que tal vez apoye la tesis mayoritaria del no automatismo de la accesión:

> «Se trata del hecho —dice tal autor (33)— de que el artículo 361 tiene su antecedente inmediato (aparte del art. 364 del Proyecto de 1882) en el artículo 404 del de GARCÍA GOYENA —ya antes, en parte, en el art. 677 del Proyecto de CC-1836, habría que precisar (34)—, que en sus *Concordancias* —cit.—, después de decir que el precepto "coincide en el fondo" con las Instituciones y las Partidas (lo que abonaría la tesis minoritaria de la accesión automática), añade, sin embargo, algo que creemos sustancioso. Dice el comentarista que "la eleccion que en él (el artículo) se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401"». Siendo estos correlativos a los actuales 353 y 359 del Código Civil, respectivamente, dirá entonces DE ÁNGEL que «las citadas palabras de GARCÍA GOYENA permiten sostener que, en su opinión, el precepto antecedente del artículo 361 se considera *una excepción a la regla general de la accesión* (que como tal, en principio, es automática)». Pero a renglón seguido titubea DE ÁNGEL diciendo: «Aunque desde luego también hay lugar a pensar que la excepción consiste en que el dueño del suelo, si bien dueño automático, de lo edificado, puede hacer lo que en otros casos no cabe, es decir, obligar al que edificó a comprarle el terreno».

Con esta idea vacilante ha quedado extrapolada y sesgada la explicación completa de GARCÍA GOYENA, que, por ello, merece ser reproducida. Decía GOYENA de su precedente el artículo 404 Proyecto CC-1851 (35):

> «Es diferente del 555 francés, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó ó plantó de mala fe en suelo ageno y la conceden al que lo hizo de buena (…). El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembrazándola de las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es o no muy pobre, si el que edificó ó plantó está o no en posesión, si han de abonarse los frutos percibidos entretanto; disposiciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal… El accidente de poseer ó no el edificante ó plantante, de ser rico ó pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo? (…) El artículo descansa en la regla de derecho civil ó principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fé; y la elección que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401».

---

(33) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (págs. 489 y 490).

(34) Que decía: *«El propietario del terreno en donde se hubiere edificado o plantado con buena fe, tendrá opción a reintegrar al plantador o constructor, en la forma expresada en el artículo anterior, o a exigir que le pague el valor del terreno a justa tasación de peritos».*

(35) GARCÍA GOYENA, F. (I, págs. 361 y 362).

Así queda claro: se parte de que la accesión siempre opera *pro domino soli*, por el principio *superficies solo cedit*, *ex* artículos 396 y 401 del Proyecto (actuales 353 y 358 CC), pero se considera que puede resultar dañina o indeseable para él una obra que no hizo por su propia voluntad, pudiendo ser que no quiera, o peor aún, que no pueda pagarle al constructor —siempre de buena fe— el valor de tal obra. Para eso está entonces el inciso final del 361, que si bien protege al dueño del solar, en nada perjudica al constructor que al ser de buena fe creía poder hacer la obra, que deseaba hacerla para sí por creer estar legitimado para ello, no pudiéndose admitir, entonces, como algunos en cambio pretenden (36), su rechazo a tal venta impuesta. Por su buena fe hay que presumir que esa es su voluntad (37). En cambio, para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió *ex voluntate*. Justo, o proporcional, es que pueda deshacerse de tal obra vendiéndola (u ordenando su demolición en el caso del 363) de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquel impuso la ley.

Por eso, el artículo 361 del Código Civil contrasta con la falta de opción contenida en el artículo 360, norma esta que casi por unanimidad se estima reguladora de una accesión automática, porque en este caso la accesión opera a favor del propio *dominus soli* que ya demostró su voluntad de querer los materiales —en verdad, ajenos— que empleó en la realización de la obra en su propio suelo, bien por creer que eran suyos, o bien por lo contrario, porque sabiendo que no lo eran, sin embargo los empleó para su obra, siendo presumible, entonces, su voluntad de apoderamiento.

Nada hay, pues, que justifique introducir *ex novo*, frente a la historia, una accesión condicionada.

---

(36) FALCÓN, M. (II, pág. 143): «Esta solución es nueva, no estaba en las leyes antiguas; y su justicia no resplandece tanto, que pueda ser fácilmente distinguida por todos. No se ve claro el porqué de esa especie de pena que la ley impone al que obró de buena fe, obligándole a quedarse con el edificio o la plantación, y a que pague el valor del terreno que ocupó, porque si bien es verdad que cuanto edificó o plantó, demostró que quería para sí un edificio o un plantío, también es verdad que el que edificó o plantó lo hizo en la errónea inteligencia de creerse dueño del terreno. Posible es que a saber lo contrario, y a tener noticia de que había de comprar y pagar el terreno, no se habría decidido a plantar ni edificar. La ley, obligándole a hacerlo, fuerza su voluntad; y le fuerza por un hecho inocente, de que no debe ser responsable».

(37) Así, entre los clásicos, SÁNCHEZ ROMÁN, F. (III, págs. 158 y 159); siguiéndole, SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 147); y entre los actuales, NÚÑEZ BOLUDA (pág. 120); y BASOZÁBAL ARRUE, X. *(Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno,* Madrid, 1998, págs. 304 y 306). Afirma sintéticamente NÚÑEZ BOLUDA (cit.), que «la discutida frase del artículo 361 sirve, no para que el dueño del suelo pueda adquirir, sino más bien para que pueda no aceptar la adquisición de lo construido y librarse así del pago de la indemnización por lo edificado, que puede alcanzar cuotas muy elevadas».

D) *A modo conclusivo: sentido de la opción contenida en los artículos 361 a 363 del Código Civil desde una interpretación conjunta y radicada en el artículo 358 del Código Civil*

Hay, en efecto, como novedad una opción en el 361, que juega a favor del dueño del suelo a modo de derecho potestativo, al cual el edificante está sometido. Mas en verdad la opción no es solo entre pagar la obra o vender el terreno. Esto sería limitar las miras interpretativas al artículo 361, que no es el único que se refiere al caso de construcción en suelo ajeno. Ahí están los artículos 362 y 363 del Código Civil, donde en cambio mayoritariamente se estima como automática su accesión, salvo alguna opinión (como la de CARRASCO), que también ve en ellos espera para la accesión al ser necesaria una previa decisión acerca de si aceptar el edificio sin pagar nada, haciendo así efectiva la accesión, o la de demolerlo, en cuyo caso no habrá accesión ninguna. Tampoco es esta la opción. Aislada y separadamente vistas ambas opciones, ni explican en general la operatividad de la accesión, ni mucho menos sirven para apoyar la tesis de la no automaticidad:

Atendiendo al artículo 361 del Código Civil, si la accesión se hace depender, según la tesis mayoritaria, de la voluntad del dueño del terreno, y este se inclina finalmente por la segunda opción (la de vender el terreno), operando entonces la accesión, ¿acaso nadie ha visto que ahí estaba desde hace mucho tiempo la accesión invertida (38)? Por supuesto, no es así (39), pues la accesión invertida, según es doctrina de nuestra jurisprudencia, opera automáticamente, como la ordinaria en nuestra opinión.

Si, en cambio, se atiende aisladamente a los artículos 362 y 363 del Código Civil, tampoco cabe concluir a favor de una accesión diferida. Obsérvese, sobre

(38) Alguno hay, como MOLL DE ALBA, C. (pág. 169 y sigs. 236 y sigs.), que, en efecto, lo ha visto ahí.

(39) En efecto, rotundamente ha negado, con razón, tal interpretación la STS de 24 de enero de 1986, en su Fundamento 2.º: *«A tenor de este precepto* —el 361 CC— *el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad la situación final del fundo, optando bien por aplicar el principio de accesión, haciendo suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454, o decidirse por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor, en el bien entendido que esta segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina* —con toda seguridad, se refiere a ALONSO PÉREZ, M. (págs. 372, 373, 382 y 383—, *no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al vuelo, no se produce por la vis atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición».*

todo, que el 363, en su línea sancionadora iniciada con el 362, impone que los gastos de destrucción de la obra y de reposición del suelo a su estado originario, previo a la construcción, son de cargo del constructor de mala fe. ¿Para qué exige tal cosa la ley si según la tesis mayoritaria el edificante es el propietario o, cuando menos, el poseedor de la obra que, al menos en su posesión, se ha de liquidar? Tal exigencia es congruente con una accesión que opere directamente con la unión inseparable de la obra al suelo, esto es, con la idea de que aun siendo la obra ya del dueño del terreno, este renuncie a ella imponiéndose al constructor de mala fe la sanción de costear tal demolición. No cabe, en cambio, decir en contra de esta última interpretación que se estaría presumiendo en dicho constructor el *animus donandi* de algo que ya no se tiene. Tal presunción solo tuvo sentido en el pasado para negarle la reivindicación de los materiales al constructor de mala fe, salvo en determinados casos, y que hoy, en cambio, se justifica el artículo 363 del Código Civil, como la norma que le precede, en la idea de sanción. Mas incluso prescindiendo de que este sea su fundamento, o admitiendo que lo sea aquel supuesto *animus donandi*, ¿no se ve que el castigo o la donación no va referido a la propiedad de la obra, que ya es del dueño del terreno, sino al derecho a ser reintegrado?

En cambio, CARRASCO PERERA, desde su singular idea de que toda obra en sede de accesión es estimada por el Código como mejora del suelo y como inmisión de la propiedad ajena, en defensa de la tesis de la accesión no automática, que él refiere a todos los casos (no solo al del 361), ofrece otra explicación del artículo 363 del Código Civil (40):

> «La acción del artículo 363 —dice— no es nunca una acción que esté legitimada en una previa adquisición de lo construido; no es un derecho resultante del *derecho de accesión,* ni tampoco es contenido de tal derecho. Es la pura acción de reintegración *in natura* que trae causa de que el dueño es el propietario del suelo invadido, no el propietario de lo edificado. Su derecho a hacer demoler a costa del constructor no es un derecho de *uso y abuso* que le concede la propiedad de lo edificado, sino el derecho de eliminación de toda inmisión en su terreno. Para el propietario, en sede del artículo 363, el ordenamiento le reconoce la posibilidad de liquidar una situación posesoria, como si la mejora fuese una *Eingriff*. Puesto que en el artículo 363 nunca adquirió, la propiedad de los materiales derribados pertenece al constructor, no al propietario del suelo».

Si se admite que la *ratio* del artículo 363 del Código Civil, y la de las otras normas, como cree Carrasco, es la idea de mejora, ¿por qué admite la ley la demolición de una mejora? Y si la *ratio* es la protección de la propiedad inmobiliaria ante las inmisiones sufridas, ¿por qué no es el artículo 363 del Código Civil la solución general en sede de accesión —como alguno ha

(40) CARRASCO PERERA, A. (pág. 238).

deseado, precisamente por mostrarse crítico con el verdadero fundamento de todos los Códigos (41)—? Sencillamente, porque aunque algunos la estimen desfasada, la *ratio legis* en materia de accesión inmobiliaria no reside en el artículo 363 del Código Civil, sino en la que no en vano es la primera norma sistemática: el artículo 358 del Código Civil, con su principio *superficies solo cedit*.

Desechada, así pues, una visión sesgada de las tres normas que regulan el mismo caso de construcción en suelo ajeno, es necesaria —como se advirtió arriba— una interpretación sistemática, de conjunto, de la opción en tales preceptos contenida. Y, para ello, el punto de partida sigue siendo —como se dijo al principio— el artículo 358 del Código Civil, que consagra el consabido principio de que la superficie cede al suelo. En su aplicación, conforme a la tradición histórica y comparada de influencia latina, es de mantener la automaticidad de la accesión, que esta opera desde la incorporación inseparable de la obra al suelo tratándose de la accesión inmobiliaria.

Por eso, la opción que en general para la construcción en suelo ajeno disponen esos artículos 361 a 363 del Código Civil es la siguiente: o bien aceptar la accesión ya ganada, ya operada desde la incorporación, pagando la obra ajena solo si el obrante fue de buena fe (art. 361 CC), o gratuitamente si lo fue de mala fe (art. 362 CC); o bien renunciar a la acción ganada, ya producida, pudiendo hacerlo vendiendo el suelo y entregando la obra —naturalmente sin cobrar nada por ella— (42), solo si el edificante obró de buena fe (art. 361 *in fine*), o bien ordenando la demolición de la obra a costa del propio constructor, si este actuó de mala fe (art. 363 CC).

---

(41) Por ejemplo, LIVIE, P. (págs. 25 y 26).

(42) En contra de la automaticidad opone NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 148), como hace tiempo oponía ya en Italia STOLFI, G. («In tema di acquisto delle costruzioni elevate sul suolo altrui», en *FI,* 1936, I, pág. 235), que «el *dominus soli* solo vende al edificante el suelo; sobre lo construido no llegó a aceptar la adquisición de propiedad operada a su favor, porque renunció a tal adquisición (…) Si aceptáramos la teoría de la adquisición automática, el dueño del terreno vendería no solamente el suelo, sino también la construcción, si bien solo podría cobrar el valor del suelo, lo que no deja de ser un tanto extraño». Ciertamente, extraño es si no se cae en la cuenta de que se trata de simple compensación. ¿Cómo cobrar una obra que él no costeó a quien precisamente sí la costeó? Ni siquiera habría que liquidar el estado posesorio de la obra, pues seguramente hasta tal momento de renuncia fuese el constructor quien poseyese la obra. Del suelo, pues, es renuncia onerosa, pero del edificio (cuyo valor no ha pagado), la renuncia es abdicativa, pues de ser onerosa entonces habría enriquecimiento injusto a favor del *dominus soli.* El único problema práctico es que por el artículo 359 del Código Civil se presume que la realización de la obra ha sido costeada por el dueño del suelo, mas no se olvide que tal presunción es *iuris tantum.*

## 2. Repercusión práctica —más ventajosa— de la operatividad *ex lege* y automática de la accesión inmobiliaria frente a la tesis de la accesión diferida o condicionada

No solo razones dogmáticas y meramente hermenéuticas aconsejan concebir una accesión automática en su operatividad. También lo hacen razones puramente pragmáticas. De aceptarse la tesis opuesta, que condiciona la accesión a la voluntad del dueño de lo principal y al efectivo pago del valor de lo accedido, se origina un problema fundamental, germen de muchos otros que derivan en cadena, y que, precisamente, con la tesis que aquí se defiende ni siquiera se plantea (43): ¿qué sucede, según la teoría que aquí se combate, mientras el dueño de lo principal toma una decisión y luego, una vez esta tomada, finalmente se paga lo accedido? ¿*Quid* en el ínterin que transcurre entre la incorporación y el pago: a quién corresponde la propiedad de la obra? Y, una vez tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago? Probablemente, en la lógica interna de la tesis mayoritaria será esta última la respuesta a un interrogante que con la tesis minoritaria de la automaticidad tampoco se plantea.

### A) *La sencillez y certeza de la tesis de la automaticidad en cuanto a la titularidad jurídico-real y la tenencia posesoria —incluso* ad usucapionem*— del edificio y del suelo en lid, frente a la complejidad e incertidumbre que al respecto provoca la teoría de la accesión condicionada y diferida*

Al principal enigma que plantea la tesis de la accesión condicionada (expuesto en la introducción al presente epígrafe), la jurisprudencia, y con ella buena parte de la doctrina (44), responde diciendo que desde la incorporación hasta que el dueño del suelo decide y se paga lo debido, nadie ostenta la propiedad del edificio, ni nadie, por tanto, puede reivindicarla: por una parte, el edificante únicamente ostenta la posesión de la obra que ha ejecutado, con derecho a retenerla en garantía del cobro del gasto hecho para su realización; y, por su parte,

---

(43) Suele ser afirmación común entre quienes combaten la tesis mayoritaria aducir como una de las razones en contra la de la propia inseguridad jurídica que la misma genera.

(44) Así, Santos Briz, J. (II, pág. 222); Puig Peña, F. (III-1.º, págs. 169 y 170); Albaladejo García, M. (III, págs. 301 y 302); Doral y García, J. A. y Torres Lana, J. A. (pág. 43); Hernández Crespo, C. (pág. 732 y sigs.), aunque también plantea (en pág. 735 y sigs.), la posibilidad de inscribir actos dispositivos de cada dueño sobre lo que puede ser suyo, aunque haciéndose mención registral, *ex* artículo 29 LH, de lo construido sobre el suelo y de la ajeneidad del suelo y de que la opción del artículo 361 del Código Civil está latente, expectante.

el dueño del suelo tan solo ostenta, mientras decide, una expectativa jurídico-real de adquisición del edificio levantado sobre su propiedad (45).

Con esta explicación se huye de unos fantasmas (el de la propiedad separada, o el de la superficie, el de la copropiedad…) (46) que solo existen en la mente de quien al amparo de la sola letra del artículo 361 del Código Civil cree que la accesión no opera automáticamente desde la incorporación de la obra al suelo.

Siendo tal interpretación un elemento canceroso, por extraño, a la naturaleza propia de la accesión, aceptada aquella la metástasis es inevitable:

---

(45) Así lo dijo por primera vez nuestro más alto Tribunal en la STS de 23 de marzo de 1943, en coherencia con lo que ya había dicho antes la STS de 1928, pionera en esta tesis: *«el juego de la accesión denominada industrial* —decía aquella—, *mientras subsiste la opción que al dueño del terreno se concede, que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo ni de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, que es lo que indirectamente dijo la jurisprudencia de este tribunal al resolver los casos contemplados por sus sentencias de 2 de enero y 21 de mayo de 1928* —arriba reproducida al exponer en general esta tesis—, *y el modo sagaz como se acudió a su protección mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de accesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente, además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu de nuestro ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y de lo edificado y aun rehuye la hipótesis de un condominio; y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos, mantiene el rigor del principio de accesión, pero mitiga sus consecuencias económicas, sin atribuir entre tanto al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fondo que es sustentáculo del edificio construido, sin el cual este tampoco puede concebirse».* La apoyan las SSTS de 18 de marzo de 1948 y de 17 de diciembre de 1957, en cuyo Considerando 3.º se asevera que *«en este precepto* —el 361 del CC— *se reconoce al dueño del terreno un derecho de elección…, pero hasta que no la haga efectiva, dada la referencia que el citado artículo hace a los artículos 453 y 454 de él se desprende el derecho de retención que asiste al que edificó, plantó y sembró de buena fe, mientras no se le indemnice del valor correspondiente, según doctrina de la sentencia de 21 de mayo de 1928; sin que hasta que no se haga efectiva la indemnización, el dueño del predio ostente el dominio de lo edificado o plantado y sí solo el derecho de opción conforme al artículo 361 —sentencia de 2 de enero de 1928— y como dice la sentencia de 23 de marzo de 1943»,* terminando así reproduciéndola en un leve fragmento. Así también la STS de 2 de diciembre de 1960, que tras decir aquello —arriba trascrito— de *«que la edificación en terreno ajeno no provoca, en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción previa determinada en el artículo 361»,* añade que *«por ello, ni el que realizó la edificación, ni el dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que el dueño del terreno sobre el que se edificó».* Niegan igualmente la reivindicación, las SSTS de 31 de diciembre de 1987, de 22 de julio de 1993, y de 9 de febrero de 2006. Y apostillará por todo ello el Auto del TS de 22 de julio de 1997 que el 361 *«no atribuye el dominio por sí sino solamente una expectativa de dominio».*

(46) Reléase, si no, el Considerando 2.º de la STS de 23 de marzo de 1943, en la nota anterior trascrito.

Si durante aquel intervalo —que transcurre entre la unión y el pago— nadie es dueño del edificio, siendo solo su poseedor quien lo construyó, ¿cómo es posible poseer y retener algo de nadie sin ocuparlo? Entiéndase en tal pregunta la ocupación en sentido técnico. Mas aquí surge también *ipso facto* otra duda: si no hay dueño actual, a lo más solo potencialmente, ¿es el edificio *res nullius* (47) o al ser inmueble vacante no cabe adquirirlo por ocupación debiéndose, en cambio, entender que automáticamente —¡quién iba a decirlo!— es del Estado por aplicación del artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado? ¿Cabría, entonces, su usucapión por el constructor-no dueño al amparo del artículo 25.2 de dicha ley? En general, la tesis mayoritaria niega la posibilidad de usucapión, al negar la propiedad misma (48), pues hay un vacío —que podrá estimarse— existencial.

Innecesario es responder a estas cuestiones (salvo a la última, aunque se hará en su momento); su formulación se hace aquí con la intención de llevar a la *reductio ad absurdum* aquella tesis mayoritaria y demostrar la inseguridad, e incluso la iniquidad, que la misma contiene, pues antes que resolver problemas los provoca.

Hay, no obstante, quien responde, evitando —o intentando evitar— algunos de tales inconvenientes, diciendo que el edificio es de propiedad de su autor, del edificante (a modo de propiedad intelectual, parece, aunque con objeto material). Quien así responde, en realidad se separa de la jurisprudencia, hasta contrariarla, pues en contra de ella se defiende que, tras la incorporación de la obra al suelo, hay concurrencia y división física de dos propiedades separadas: una del suelo, que sigue siéndolo de quien lo era, y otra del edificio a favor del constructor (49).

Tal tesis de la propiedad separada prácticamente supone un retorno —aunque anacrónico— al Derecho Romano, cuando en la *inaedificatio* la adquisición del edificio por el *dominus soli*, aun operando automáticamente, no implicaba sin embargo la adquisición de los materiales, separadamente estimados, con que se había levantado la construcción. Se entendía que su propiedad seguía perteneciendo a su dueño anterior a que fuera realizada la obra, de modo que podía reivindicarlos ora a través de *la actio ad exhibendum* (cuando la separación de los materiales fuera posible y no afectara a la estructura del edificio), ora tras la destrucción de la obra o tras la renuncia por el *dominus soli* a la accesión

(47) Así lo dijo la SCCassazione italiana de 18-2-87, mas porque, en efecto, se trataba de bienes muebles amontonados y abandonados en parte de la finca vecina, sin que, por tanto, hubiera habido aún incorporación, cuando ni siquiera se habían comenzado las obras.

(48) Así, CARRASCO PERERA, A. (págs. 232 y 233).

(49) Así, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (III, pág. 183); siguiéndoles LACRUZ, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135); GARRIDO PALMA, V. M. (págs. 133 y 134), quien habla de «propiedad superficiaria sujeta a condición resolutoria»; en parte HERNÁNDEZ CRESPO, C. (cit.); ALONSO PÉREZ, M. (antes, pág. 373 y sigs.); MOLL DE ALBA, C. (pág. 163).

ganada. Se distinguía, pues, tras la accesión entre la propiedad del edificio y la propiedad de sus materiales, permaneciendo esta latente, como «durmiente» (*dominium dormiens*), en manos de su originario dueño quien quedaba a su espera (50).

Tal vez algún vestigio de todo ello pueda verse, apurando la raigambre histórica, en el actual 360 *in fine*, donde, realmente, al haber separabilidad no hay accesión; y podría, entonces, discutirse si queda, aún hoy, la posibilidad de recuperación de los materiales en caso de que el *dominus soli* renuncie a su accesión o que la obra sea destruida (probablemente, sí *ex* 363 del Código Civil, y menos claro *ex* art. 360 CC) (51). En cualquier caso, la justificación del régimen romano, y con ello la imposibilidad de su traslado al actual, no obedece a una determinada concepción de la accesión, diversa de la actual, sino a la del propio edificio, estimado en Roma más como cosa compuesta (frente al suelo, que era cosa simple), y, por tanto, no como un estricto inmueble (que *natura sua* y estrictamente solo lo era la tierra —el *fundus*—) (52). En todo caso, además, aquella separación de propiedades se hacía efectiva *ex post*, una vez demolida la obra o renunciada su propiedad por quien la obtuvo por accesión; no se producía, pues, *ex ante*, o *ab initio*, con el mero hecho de la incorporación, como hoy pretende esa vertiente de la tesis mayoritaria contraria a la tradicional accesión automática.

También como dato —hoy— histórico a favor de la tesis de la no automaticidad y de la propiedad separada se ha querido aportar el artículo 107.1.º LH de 1861 (53), que, en efecto, decía:

---

(50) Es la justificación que al hecho de no adquirirse por accesión los materiales en sí durante el Derecho Romano da el común de la doctrina romanista (siendo, por ello, innecesario citarla). En cambio, para el *Codice*-1865, pensaba GORLA, G. (págs. 146 y 147), que lo que realmente se adquiere hoy con la accesión no es el edificio en sí, sino sus materiales, al ser la obra simple *pars fundi*. Refiriéndose al Derecho Romano, VOCI, P. (*Modi di acquisto della proprietà [Corso di Diritto Romano],* Milán, 1952, págs. 256 y 257), critica tal duplicidad cuyo germen se encuentra en las XII Tablas, cuando ni siquiera existía un régimen sobre la accesión (que, en verdad, nunca existió), porque tal duplicidad, en su opinión, demostraba que no había accesión.

(51) De hecho, aunque no se comparta aquí su opinión, dentro de la tesis minoritaria, SANZ FERNÁNDEZ, A. (págs. 148 a 150), considera que el pago de la indemnización hace definitiva y total la adquisición por accesión de la obra por el dueño del suelo, pues ya el edificante deja de ser dueño separado de los materiales para el caso de destrucción de dicha obra.

(52) El edificio era puesto como ejemplo de cosa compuesta *(«unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus»)* en la clasificación tripartita (de cosas simples, compuestas y universalidades) de POMPONIO, y que puede verse explicada en ORTOLÁN, M. *(Explicación histórica del Emperador Justiniano,* T. I, trad. 3.ª ed., F. Pérez de Anaya, Madrid, 1847, págs. 84 y 85); en BIONDI, B. *(Los bienes,* trad. 2.ª ed., Barcelona, 2003, págs. 137 a 142); en BONFANTE, P. (págs. 242 y 243), indicando, además, las dudas acerca de si en las XII Tablas los edificios eran cosas inmuebles similares al *fundus* a los efectos de usucapión por dos años, y no por uno, que era el plazo para *ceterae res.*

(53) Lo mencionaba LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, págs. 134 y 135).

> *«Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuación se espresan* —sic—*: (…) 1.º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado».*

El hecho de que tal norma no exista ya hoy, por haber sido derogada con la LH de 1944, podría excusar de cualquier análisis; pero es que ni siquiera pudo ser aplicada durante su vigencia, desde su redacción en 1861 hasta su desaparición en 1944, lo que en el fondo prueba que nunca pudo ser fundamento de aquella tesis:

En un principio, a pesar del contenido del artículo 107.1.º LH-1861, su espíritu pretendía ser conciliador, en nada perturbador (54). Tal vez por ello ninguna sorpresa hubo entre los comentaristas de la época, que vieron con normalidad aquella hipoteca; se partía del hecho pacífico de que había previo acuerdo ya inscrito entre el edificante y el dueño del suelo, esto es, de que cada uno tendría una titularidad jurídico-real separada: uno sobre el suelo y el otro sobre el edificio (55). Mas, ¿qué derecho real en particular tenía el constructor sobre el edificio? No podía ser un derecho de superficie, cuya hipoteca refería expresamente el propio artículo 107, en su número 5.º ¿Acaso se trataba de una propiedad, diversa de la del suelo, reveladora, por tanto, de que el principio *superficies solo cedit* no operaba en general automáticamente? En absoluto; como vino a aclarar sobre su derogación en 1944 Roca Sastre (56), se trataba

---

(54) En su justificación decía la Exposición de Motivos de la LH-1861: *«La primera restricción que el proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante, o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas a una ley especial de Hipotecas, no podría la comisión entrar en tales apreciaciones; pero no debía dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquel tiene, como lo exigen la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí seria autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene la presunción de serlo también del edificio».*

(55) Así puede verse en Díaz Moreno, E. (*Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1907, pág. 479), quien hablaba del artículo 107.1.º como norma elemental; Galindo y de Vera, L. y De la Escosura, R. (*Comentarios a la legislación hipotecaria,* III, 2.ª ed., Madrid, 1891, págs. 162 y 163); Morell y Terry, J. (*Comentarios a la legislación hipotecaria,* III, Madrid, 1928, pág. 660); Campuzano y Horma, F. (*Legislación hipotecaria*, 2.ª ed., Madrid, 1926, pág. 455), quien la refería como norma inútil.

(56) Roca Sastre, R. M. (*Derecho Hipotecario, IV: Hipotecas*, Barcelona, 1948, pág. 215 y sigs.), quien habla del acierto de tal derogación por las razones que a continuación en texto se indicarán. En todo ello, le sigue hoy también, Núñez Boluda, MD (págs. 121 y 122).

de un caso imposible, inviable, porque no había en él propiedad inscribible; previamente no había título de propiedad sobre el edificio —acaso se pretendía una especia de hipoteca de cosa ajena, según don Jerónimo GONZÁLEZ (57)—, porque según el artículo 358 del Código Civil (58) la propiedad del edificio correspondía al *dominus soli*. Tampoco, según ROCA, cabía pensar en la hipoteca del posible derecho a la indemnización, que en sí no es derecho real; ¿acaso tal vez cabría pensar en la hipoteca de una expectativa de adquisición jurídico-real del suelo por parte del constructor, cuando el actual artículo 361 *in fine* ya estaba contenido en el artículo 677 Proyecto CC-1836? Aun así, subsistiría el obstáculo mayor, también advertido por ROCA SASTRE: el tracto sucesivo, pues al no haber título, negocial o judicial, de momento atributivo de la propiedad del edificio, tampoco podía estar inscrita tal propiedad del edificio, luego tampoco podía inscribirse sobre ella hipoteca alguna (59) —al margen de que por entonces su inscripción fuese indubitablemente declarativa—.

Mas la crítica a tal teoría no solo le viene de fuera, es también congénita, como en general le sucede a esta tesis en cualquiera de sus modalidades:

De aceptarse que, en efecto, haya dos propiedades separadas y superpuestas (una del suelo y otra de la obra que es de quien la hizo), ¿cómo se le puede seguir atribuyendo al edificante un derecho de retención sobre cosa propia? Será «una figura monstruosa y disparatada», decía SANZ FERNÁNDEZ (60).

Para la tesis dominante, por su parte, el problema es que si hasta que se haga efectiva la opción del artículo 361 del Código Civil nadie es dueño del

---

(57) Lo decía, en efecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (*El derecho de superficie*, cit.), basándose en aquella afirmación de la Exposición de Motivos arriba reproducida de que tal artículo 107.1.º LH-1861 no alteraba el Derecho común.

(58) Norma de Derecho común a respetar según la Exposición de Motivos de la LH-1861, antes trascrita, aunque naturalmente referida a las Partidas.

(59) Lo explicaba así ROCA SASTRE, R. M. (pág. 218), con apoyo en la jurisprudencia registral: «Pero aunque no fuera así, lo difícil es inscribir en esta situación el derecho sobre el edificio, a favor de quien lo construyó, porque para ello se requiere la presentación de un título derivado del dueño del terreno o una resolución judicial y, en ambos casos, al producirse estos títulos quedaría despejada aquella situación. Según la Resolución de 24 de abril de 1913, la presunción legal de que lo edificado pertenece al propietario del terreno *"no puede ser destruida por la declaración en contra, de quien en el Registro no aparece con derecho para ello y, aunque por otros motivos no procediese la aplicación de dicha presunción y se tratase de un derecho real independiente del propietario del terreno, el fundamental principio de previa inscripción impediría toda modificación hipotecaria que no hubiese sido autorizada en debida forma por la persona a cuyo favor no conste inscrito el dominio del inmueble, o decretado, en su caso, por los tribunales competentes"».*

(60) SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 147). Por su parte, ROCA SASTRE, R. M. (pág. 28, nota 25), decía que tal tesis «es inadmisible porque, entre otras, razones, de no ser así, sobraría el derecho de retención a favor del constructor».

edificio, siendo solo su poseedor el que lo construyó, ¿cómo es posible poseer y retener algo que no es de nadie? (61).

Pero el ingenio no se agota: la variante de la tesis mayoritaria que defiende en aquel ínterin la concurrencia de dos propiedades separadas y superpuestas entiende que la retención no sería del edificio, que es propio, sino del suelo sobre el que está levantado, cuya propiedad es ajena (62).

Como en todo lo anterior, una vez más se adoctrina contra nuestra propia historia jurídica, cuando ya desde el Derecho romano objeto de la retención era el edificio en sí, que como cosa compuesta era ya del *dominus soli*, aunque —recuérdese— se estimase que los materiales con que estaba hecho eran aún de propiedad del constructor. Acorde con la Historia, y con la lógica natural de la accesión, en la tesis de la accesión automática, en tanto que desde la incorporación de la obra al suelo todo ello pertenece ya en propiedad al *dominus soli*, el derecho de retención del edificante recaerá también sobre todo: edificio y suelo, cuya propiedad es ya ajena pero que él aún posee.

A parte, con aquella disgregación de propiedades (del suelo, y la del edificio para el constructor) de nuevo surge la misma duda ya antes formulada: ¿cabría, entonces, usucapir el suelo? Suele decirse que sí (63), mostrándose entonces de nuevo esta variante de la tesis mayoritaria en contra de la jurisprudencia que, en principio, se defiende.

Sin necesidad, ahora, de responder tal cuestión, en general, en el fondo de esta tesis, que defiende la concurrencia de dos propiedades, se retorna a una concepción arcaica, más que de la accesión, de la idea de edificio como cosa compuesta (según lo antes advertido); y se concluye aceptando uno de los espectros de los que huía esta tesis, y también huye —resultando esto ya inadmisible— el propio artículo 358 del Código Civil, no haciéndose con tal tesis

---

(61) Por eso mismo, algunos de los propios partidarios de la tesis de la accesión diferida en su estado más puro, como LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, pág. 136); o como DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (III, págs. 183 y 184) —aunque estos sorprendentemente por separado defienden, se ha visto, lo contrario—, niegan la retención a favor del constructor de buena fe: primero, porque la remisión del artículo 361 a los artículos 453 y 454 es solo al *quantum* indemnizatorio, y, segundo, porque no siendo automática la accesión y permaneciendo la obra en propiedad del edificante no hay objeto que retener, sin que pueda serlo siquiera, dicen, el suelo ocupado, pues el edificante ya es poseedor del mismo por serlo de la obra con la que el suelo forma un todo inseparable. A esto último se ven abocados por su propia tesis, contraria a la automaticidad natural de la accesión, y la primera razón, extraída de una interpretación literal tergiversadora de la propia letra de la ley, aun de ser aceptada, en todo caso ignora la raigambre histórica en la concesión del derecho de retención, que de haber sido mutada por el artículo 361 del Código Civil, así debiera de haberlo advertido esta norma más claramente, y antes que ella la ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en cuya Base 10.ª, muy al contrario, se impone la continuidad en sede de accesión.

(62) Así, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (cit.).

(63) Así, DÍEZ-PICAZO, L. (pág. 581); GULLÓN, A. (pág. 230); MOLL DE ALBA, C. (pág. 158).

más que vulnerar su principio fundamental de que la superficie cede al suelo. Conforme a él todo es —y debe ser— mucho más sencillo por ser mucho más lógico; la accesión opera automáticamente, desde la incorporación inseparable de la obra al suelo, y tras ella se produce, en efecto, una disociación, mas no la indicada, sino otra que se produce con bastante normalidad en muchos ámbitos del Derecho: la división se producirá entre la propiedad, que lo es de todo (suelo y edificio), y que por accesión corresponde al *dominus soli*, y la posesión que, recayendo también sobre aquel todo unitario (suelo y edificio), corresponde de momento al constructor, quien mientras siga poseyendo podría llegar a adquirir ese todo por usucapión. Esta última cuestión, y otras posibles que puedan suscitarse respecto de cualquier derecho (su plazo, eficacia…), son fácilmente resueltas desde la tesis clásica de la accesión automática. Veámoslas.

### B) *Las opciones que el Código Civil concede a favor del* dominus soli *según la tesis de la automaticidad: naturaleza jurídica, titularidad* ob rem, *capacidad, plazos y posible eficacia* erga omnes *en su ejercicio*

Una cuestión solo en apariencia teórica, pero de indudable repercusión práctica, es la relativa a la naturaleza jurídica de la opción contenida a favor del *dominus soli* en el artículo 361 del Código Civil, y también en los artículos 362 y 363 del Código Civil. Fijada la *natura iuris* podrá entonces determinarse la capacidad y legitimación necesarias para el ejercicio de tal opción, el plazo —de haberlo— en que puede ejercitarse, y si es solo ejercitable frente al edificante o puede hacerse efectiva frente a posibles terceros adquirentes del edificio.

En lo más elemental de la cuestión, hay que coincidir con la tesis de la accesión diferida en que se trata de un derecho potestativo o de configuración jurídica (64). Aplicada tal calificación a nuestra tesis de la accesión automática, en efecto, la opción del 361 del Código Civil (o, más en general, la de los

(64) También así, aun defendiendo la tesis de la automaticidad de la accesión, PARADISO, M. (pág. 202 y sigs.). En posición aislada, refiriéndose al Derecho catalán, aunque bien pudiera trasladarse su idea al español, MARSAL GUILLAMET, J. (págs. 330 y 331), habla de obligación facultativa que ostenta el *dominus soli*, que le permite evitar el pago de la indemnización optando por la venta del suelo. Sin necesidad, ni posibilidad si quiera, de entrar en la naturaleza del derecho potestativo, que por sí sola podría ser objeto monográfico de estudio, se puede decir sin temor a errar que la opción del 361 del Código Civil encaja perfectamente en la idea que en general se tiene del mismo, y que puede verse en mi *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca,* cit., pág. 577, con apoyo, sobre todo, en autores como LARENZ, K. (págs. 259, 265, 266 y 284); o como MESSINA, G. («Diritti potestativi», en sus *Scritti Giuridici, Tomo V: Diritti potestativi-Diritti facultativi. Simulazione assoluta. Usura e negozio usurario. Interpretazione dei contratti*, Milán, 1948); y, también en Italia, PULEO, S. (*I diritti potestativi [Individuazione delle fattispecie]*, Milán, 1959); y entre nosotros, sobre todo DE CASTRO, F. (págs. 603 a 606), siempre en este punto con una visión más pesimista.

arts. 361 a 363 CC), genera un derecho potestativo —una facultad jurídica— a favor del *dominus soli* que, nacido como consecuencia de la accesión producida y ganada, pasa a integrarse como parte del contenido de su derecho de propiedad, como una más de sus facultades. Ante ello, el edificante estará a su merced, sujeto, o sometido a su decisión de finalmente aceptar la accesión haciéndola entonces efectiva en sus efectos obligacionales, o bien de repudiarla con sus diversas consecuencias según la buena o mala fe del constructor, sin que en ningún caso este tenga libertad ni influencia alguna en la particular solución de tal dilema. Y como derecho potestativo que se integra dentro del derecho real por excelencia, el de propiedad, su titularidad se determina *ob rem*, lo que, por ejemplo, supone que, de no haberse aún ejercitado, es transmisible, *mortis causa* —dice la STS de 31 de diciembre de 1987— o *inter vivos*, con la propiedad (con la transmisión de la propiedad del suelo y edificio, en nuestro caso).

Con tal cuestión surge otra, la referida al contenido de dicho derecho potestativo. En la concepción común hay derechos potestativos de constitución —o adquisición— de otras situaciones jurídicas, o modificativos de las mismas, ya sean de transmisión o de disposición, habiéndolos también de extinción (65). ¿En qué categoría de estas se ubica el derecho potestativo que aquí se trata?

Al margen de la opción de arrendamiento en caso de siembra del 361 *in fine* (66), que obedece a la provisionalidad de esta (67), a la vista de las opciones de compra (adquisición) del edificio y de venta (transmisión) del suelo invadido, la tesis mayoritaria en la doctrina considera que se trata de un derecho dispositivo, que con él se ejercita el *jus disponendi* de la cosa (68); pero no faltan quienes lo estiman de administración, o quienes estiman que la adquisición del edificio es acto de administración, y el de venta del terreno un acto de disposición (69);

---

(65) Era una clasificación que se tomaba sobre todo de Messina, G. (págs. 5, 7, 31, 42 a 44, 54 y 55).

(66) Sobre la cual bien puede debatirse si se trata de simple acto de administración o más bien de un acto de disposición al tratarse de un arriendo forzoso. Véanse, al respecto, Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (III, pág. 184, con nota 3), este más dubitativo por separado (pág. 230); Alonso Pérez, M. (pág. 370); Serrano, E. (pág. 681).

(67) Como decía Sánchez Román, F. (III, pág. 161), el artículo 361 prevé la venta del terreno si es plantación y la renta del mismo si en él se ha sembrado «porque la siembra es un obstáculo transitorio y temporal, y la ley presume en este caso el arrendamiento, que es de menor violencia que la venta». En la misma línea, Manresa, J M. (III, pág. 194); y Quintus Mucius Scaevola (VI, pág. 379).

(68) Así, Alonso Pérez, M. (pág. 370), para quien «en cuanto revela —el derecho de opción— una conducta o declaración de voluntad electiva de trascendencia real y eficacia alienatoria o para el *dominus soli* (primera solución) o para el edificante (según solución), supone un acto de disposición»; también, Peña Bernaldo de Quirós, M. (I, pág. 224); Serrano Alonso, E. (pág. 681).

(69) Así, sin dar explicación de la distinción, Díez-Picazo, L. (págs. 851 y 852); y con Gullón, A. (III, pág. 184, con nota 3); Moll de Alba, C. (pág. 116). Más particular es la posición de Núñez Boluda, M. D. (págs. 129 y 130); según ella, si la opción es vender el terreno al edificante, en efecto será acto de disposición, pero si la opción es adquirir lo

todo ello con su oportuna repercusión, como sucede, v.gr., cuando son varios los propietarios del suelo invadido (cfr. arts. 395, 397 y 398 CC) (70); una facultad, en cualquier caso (de disposición o de mera administración), que según dicha tesis, al no formar aún contenido integrante del derecho de propiedad sobre lo accedido, pues tal derecho aún no se ha adquirido, viviría aislada como simple expectativa de dominio para el *dominus soli* —o para el edificante, habría que añadir, caso de que aquel renuncie a su expectativa—.

Ante todo, la sola posibilidad de un derecho potestativo sin derecho del que formar parte es ya rechazable —tan repugnante como imaginar un miembro amputado con vida propia—. Además, con tal concepción, más bien parece que lo que confiere el artículo 361 del Código Civil es un derecho de adquisición preferente, una suerte de *jus ad rem*. No es mera elucubración. La propia tesis se conduce por tales derroteros.

Por ejemplo, se deja traslucir esa extraña concepción en cuestiones tan relevantes como son el plazo y la eficacia, personal o *erga omnes*, del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil: para unos, es un derecho potestativo de naturaleza personal, por ver en la aptitud de sujeción del obrante una obligación negativa que constituye el objeto inmediato de aquel derecho, siendo la cosa su objeto indirecto, como lo demuestra el *a hacer suyo* del 361; de ahí que, en esta explicación, el plazo para su ejercicio sea el plazo general para ejercitar cualquier derecho de crédito carente de plazo singular, esto es, el de quince años *ex* artículo 1964 del Código Civil; y como derecho personal, la acción para su ejercicio presentaría una eficacia relativa o *inter partes*, únicamente ejercitable contra el edificante (o sus causahabientes) (71). Otros, al contrario, centrados en el aspecto adquisitivo o transmisivo de la opción del 361 del Código Civil más que en el sometimiento debido del constructor, consideran que se trata de un derecho potestativo de naturaleza jurídico-real, ejercitable, por tanto, *erga omnes*, no solo frente al edificante, sino también frente a cualquier tercero adquirente del edificio; y que el plazo para ejercitar la opción del 361, a falta de plazo singular, será el general de las acciones reales inmobiliarias, el de treinta

---

edificado, hay que distinguir: será también acto de disposición si la obra es de envergadura, pues supondría una alteración o modificación sustancial del solar, y, en cambio, será acto de administración si la obra es menor (v.gr., reparación, mejoras leves…).

(70) Hernández Crespo, C. (pág. 737), malinterpretando la STS de 28 de abril de 1923, dice que en caso de copropiedad del suelo, puede ejercitar la opción del 361 cualquier condueño, no siendo necesaria la previa unanimidad. En cambio, para Moll de Alba, C. (cit.), se exige mayoría *ex* artículo 398 del Código Civil, cuando se trata de comprar la obra, pues se trata de administrar, mientras que se requiere de unanimidad *ex* artículo 397 del Código Civil cuando se trata de vender el suelo.

(71) Así, Doral García, J. A. y Torres Lana, J. A. (pág. 43). Y aunque no entró al fondo de esta cuestión, la STS de 15 febrero 1999 dijo que el derecho de opción es ejercitable frente al edificante y frente a sus herederos (como, en efecto, sucedió en el caso).

años *ex* artículo 1963 del Código Civil (72), considerando, no obstante, algunos dentro de esta posición que, dada su grande semejanza con los derechos de adquisición preferente, sería más preciso aplicar el plazo que para el retracto legal de comuneros contiene el artículo 1522 del Código Civil (73).

Y cualquiera que sea el plazo, de quince, treinta años o menos (74), luego se plantea el problema de su cómputo (75).

Frente a estas dos explicaciones defendidas dentro de la tesis mayoritaria acerca de la naturaleza, plazo y eficacia del derecho de opción del artículo 361, hay todavía una tercera explicación, en la que no se plantea la cuestión del plazo, ni, por tanto, la de su cómputo, porque al tratarse de un derecho potestativo, de una simple facultad jurídica que no se integra en propiedad ninguna, sencillamente es imprescriptible, tanto para el *dominus soli* en su ejercicio, como para el edificante en su posible pretensión de usucapión. Como es sabido, *in facultativis non datur praescriptio* (76).

Aunque pueda sorprender, esta última explicación es, desde luego, la más coherente con la tesis mayoritaria —sobre todo con la jurisprudencial— acerca de la accesión no automática antes explicada que estima al edificio sin propietario y, por tanto, sin nadie que pueda reivindicarlo. Pero, precisamente por

---

(72) Así, DÍEZ-PICAZO, L. (pág. 851); ZORRILLA RUIZ (en *Carbonnier*, pág. 408); SERRANO ALONSO, E. (pág. 681); SOTO NIETO, F. (pág. 139); MOLL DE ALBA, C. (pág. 158); y, en parte, aunque negando la prescripción adquisitiva, CARRASCO PERERA, A. (págs. 232, 233, 336 y 337).

(73) El propio SERRANO, E. (cit.), después de unirse a la opinión mayoritaria (en pág. 681), y con ella estimar el plazo de prescripción de treinta años, a continuación (en pág. 682), titubea y sin alegar razón insinúa aplicar el plazo del retracto legal de comuneros del artículo 1522 del Código Civil.

(74) A ALONSO PÉREZ, M. (pág. 375), cualquiera de ellos le parecen excesivos, pues conceden demasiado tiempo para la incertidumbre, y de ventaja para el constructor que es el que posee la obra. No obstante, conviene no olvidar que tales riesgos lo son sobre todo para el *dominus soli*, quien precisamente tiene la iniciativa en este asunto.

(75) Amén de la solución que va de suyo implícita en el 1522 de estimarse aplicable, hace tiempo la STS de 4 de julio de 1928 dijo que el plazo se ha de contar desde que por sentencia firme se hayan deslindado los derechos del dueño del suelo y de la superficie. No es de extrañar que tal pronunciamiento —único— haya sido objeto de múltiples críticas. Entre las más recientes, la de CARRASCO PERERA, A. (págs. 336 y 337), para quien el plazo prescriptivo (que para él es el treintañal), no empieza desde el deslinde, ni siquiera desde la incorporación, sino desde el inicio de la desposesión, siendo entonces ejercitable, dice, la reivindicatoria (que estrictamente es diversa de la acción del 361 CC). Por su parte, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 133), dirá de aquella STS de 1928 que es «oscura; —y que— tal vez permita interpretar que hasta tanto el dueño del suelo no conozca o pueda conocer lo edificado, no empieza el plazo de su opción».

(76) Así, en la doctrina, LACRUZ BERDEJO, J. L. (III-1.º, pág. 134), aunque recuérdese que él se incluye entre aquellos para quienes hay concurrencia de dos propiedades, alegando, entonces, que la imprescriptibilidad se fundamenta en el artículo 1965 del Código Civil, mas olvidando que la idea que defiende del artículo 361 no es la de una copropiedad en sentido estricto, sino la de dos propiedades separadas, o divididas físicamente.

ello, es a su vez la explicación más expresiva de la inseguridad que provoca tal teoría (77), proclive a una provisionalidad e indefinición *in eternum*.

Tal incertidumbre desaparece si aquella idea es trasladada a nuestra tesis minoritaria de la accesión automática; ya lo defendió tiempo ha SANZ FERNÁNDEZ (78), para quien la acción del 361, al no tener plazo especial, es imprescriptible, lo que no impide la posibilidad en su contra de la usucapión por parte del edificante, o del tercero adquirente. Al operar automáticamente la accesión y al contener, en efecto, la opción del artículo 361 del Código Civil (o de los arts. 361 a 363 CC en general), un derecho potestativo, integrante del dominio ya adquirido por accesión, su ejercicio no puede estar sometido a plazo ninguno, como tampoco lo está la facultad de vender, de hipotecar, de usufructuar… el dominio. Efectivamente, *in facultativis non datur praescriptio*.

Distinta de la opción del artículo 361 del Código Civil es la posibilidad de que el *dominus soli* accedente interponga un interdicto posesorio para adquirir la posesión de lo que ya, en propiedad, es suyo, en cuyo caso dispone del plazo de un año para realizar aquella interposición (*ex* art. 1968.1.º CC), o que decida interponer una acción reivindicatoria en el plazo general de prescripción de las acciones reales inmobiliarias de treinta años, siendo así posible el ejercicio de tales acciones pues tanto en el caso del 361 como en el 362 del Código Civil el edificante —sea de buena o de mala fe, respectivamente— es poseedor sin título, o ilegítimo: es, en efecto, un poseedor que en el caso del 361 cree ser dueño, y que en el 362 desea serlo, aunque en ambos casos sin serlo. Pero estas alternativas, u otras, que quiera emplear el dueño del suelo invadido (v.gr., acción declarativa, o de deslinde…), serían acciones típicas, específicas, diversas de la opción, del ejercicio del derecho potestativo del artículo 361 del Código Civil.

Y que el ejercicio de dicha opción sea imprescriptible no genera inseguridad jurídica ninguna. A diferencia de la indefinición, que sin límite de tiempo, permite la tesis jurisprudencial de la accesión no automática sin atribución de la propiedad del edificio, en la tesis minoritaria de la accesión automática no cabe tal provisionalidad, porque desde un principio, tras la unión inseparable, suelo y obra pasan a ser propiedad del *dominus soli*.

Resuelto, así, que el derecho potestativo del artículo 361 del Código Civil (de los arts. 361 a 363 CC), es imprescriptible, no pierde, por ello, importancia el saber cuál es su naturaleza jurídica —de gestión o de disposición—; importa, *a.e.*, a los efectos de capacidad, legitimación y eficacia; a saber:

En principio, el *dominus soli* invadido, dueño de todo y titular del derecho potestativo, tiene dos opciones: reclamar y adquirir la posesión de la propiedad ya adquirida por accesión, o bien renunciar a esa propiedad ganada por accesión.

---

(77) Así lo advierte NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 132 y 133).
(78) En págs. 153 y 154; y en la misma línea, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 133).

Si, en efecto, el dueño del solar invadido decide adquirir la posesión de lo que ya es suyo, para ello no estará sometido a ninguna condición previa si el constructor actuó de mala fe, pues en tal caso, según el artículo 362 del Código Civil, nada le debe. Pero si el edificante construyó de buena fe, entonces, por aplicación del artículo 361 del Código Civil, para adquirir la posesión de su dominio, para *hacer suya la obra,* como dice dicha norma, ha de pagar el valor de lo accedido, en este caso, el edificio. Al ser el pago de una deuda, su realización ha de estimarse como simple acto de gestión, de administración del dominio (no de disposición); ciertamente, no se trata de pagar una deuda libre y voluntariamente asumida, sino impuesta *ex lege, ex* artículo 1089 del Código Civil, para evitar el enriquecimiento injusto del *dominus soli* adquirente de la obra hecha por otro de buena fe, mas tampoco deja de ser el pago de una deuda ordinaria, aunque nacida de la ley, que por ello merezca alcanzar la trascendencia de acto de disposición. Es lógico que en la tesis mayoritaria el acto de pagar pueda entenderse como acto dispositivo, porque antes de él aún no hay adquisición de la obra por el dueño del suelo; en dicha tesis tal adquisición se produce *ex voluntate*, por decisión del *dominus soli*. En cambio, al operar en nuestra tesis la accesión automáticamente, adquiriéndose la propiedad de la obra *ex lege*, el acto de pagar al *dominus soli* es simple gestión de una disposición previa y legalmente producida.

Así las cosas, en el caso concreto de que el suelo invadido estuviese en copropiedad, la opción primera del 361, al ser de mera administración, es ejercitable por el acuerdo mayoritario de los copropietarios (*ex* art. 398 CC), o puede que cada uno de ellos gestione el pago individualmente según su cuota (art. 395 CC). Y para reclamar la posesión cualquiera de ellos puede actuar individualmente en beneficio de los demás, como así considera en general consolidada jurisprudencia al respecto (79).

---

(79) Como recuerda, de pasada, refiriéndose a un caso de accesión, la STS de 9 de febrero de 1991, *«la doctrina de esta sala mantiene de siempre la correcta legitimación del copropietario para actuar en beneficio de los intereses de la comunidad, y dado que forzosamente el edificio* —en el caso— *está enclavado en un terreno que por definición (art. 396-1.º CC) constituye objeto o elemento común del que son partícipes los propietarios de cada uno de los pisos o locales de dicho edificio que figuran ya en el Registro de la Propiedad con la debida separación e independencia, es evidente que la existencia de una Comunidad al amparo de la Ley de 21 de julio de 1960, no coarta ni constriñe en modo alguno que cualquiera de ellos pueda, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales no vinculan a los demás copropietarios, respecto de los que no se consumaría nunca la irreversibilidad que comporta la presunción de cosa juzgada». A sensu contrario,* acerca de la legitimación pasiva, la STS de 23 de febrero de 1988, sobre un caso de accesión invertida que denegó por mala fe del constructor (que era, además, uno de los copropietarios del suelo), exige, en su Fundamento de Derecho 5.º, tal litisconsorcio pasivo necesario de demandar a todos los comuneros por exigencia de los artículos 394, 397 y 399 del Código Civil.

En cualquiera de los casos, al nacer tal pago de la propiedad ya adquirida por accesión, tal opción habrá de ser *natura sua* eficaz *erga omnes*, frente a cualquier tercero que adquiera el edificio, con independencia de a quien deba corresponder el pago de lo establecido en el 361 *ab initio* y de la posible reclamación que pueda hacer aquel tercero al constructor que le transmitió la obra (que se verá en el último epígrafe).

La otra hipótesis, recuérdese, es que el *dominus soli* invadido no quiera la accesión ganada, que desee renunciar a la propiedad ganada por accesión. En tal caso, se está ante un claro acto dispositivo del dominio, de pura renuncia, que es altruista —gratuita— en el caso del 363 (incluso puede que atributiva de los materiales al constructor de mala fe, que ha de costear la demolición), o que es renuncia atributiva, onerosa y forzosa en el caso del 361 *in fine*. Como acto dispositivo integrado en el *jus disponendi* de la propiedad, su ejercicio es eficaz *erga omnes*. Pero como acto de renuncia que es, si la opción elegida es la destrucción de la obra, por haber actuado de mala fe el edificante, en virtud del artículo 6.2 del Código Civil tal decisión no puede perjudicar, no puede afectar a los terceros adquirentes del edificio que lo sean de buena fe (80), debiendo aquí entenderse la buena fe, no como la de la accesión, sino como la de las adquisiciones *a non domino*, dado que efectivamente el edificante no es dueño (81).

Aplicando también estas ideas al caso de copropiedad invadida, si se trata de vender el terreno invadido o de destruir la obra, se requiere de unanimidad (art. 397 CC), pero si se trata de vender la cuota recayente ya sobre suelos y obra o de renunciar a ella, solo importa la decisión individual de cada comunero (art. 399), con la posibilidad del retracto legal de comuneros del 1522 del Código Civil en caso de venta de cuota (82). De ahí que, si

---

(80) Como ya advertía hace tiempo, refiriéndose por entonces al artículo 4 del Código Civil, SANZ FERNÁNDEZ (págs. 167 y 168). Siguiéndole ALONSO PÉREZ, M. (págs. 391 y 392), proponiendo que no cabría exigir la demolición de la obra cuando en general sea de mayor valor que el suelo pues permitirlo iría en contra del Orden Público, olvidando que según la común doctrina, incluida su opinión, el régimen del Código Civil es disponible, ente otras razones, por no abordar materia de Orden Público.

(81) Así lo revela la propia práctica: la STS de 5 de julio de 1966 advirtió que la buena o mala fe del 361 del Código Civil es diversa de la del 34 LH, pudiendo ser, como sucedió en el caso (de construcción hecha por la compradora del terreno siendo luego resuelta la compraventa por ejercicio de un retracto), que haya mala fe *ex* artículo 34 LH y buena fe *ex* artículo 361 del Código Civil. En la doctrina, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 140 y 141), dice que es prácticamente imposible aplicar el artículo 34 LH en materia de accesión porque el edificante no habrá podido aún inscribir su dominio sobre la obra, sencillamente porque se lo impide la exigencia de tracto sucesivo *ex* artículo 20 LH.

(82) Sorprende en este sentido que SANZ FERNÁNDEZ, A. (págs. 208 y 210), prefiera aplicar el artículo 395 del Código Civil en tal caso, obligando así a todos los comuneros a pagar la obra, pareciendo olvidar que tal norma se refiere a obras de conservación, no a

decide vender su cuota, tenga razón la STS de 24 de enero de 1986 que, al estimar la opción final del artículo 361 del Código Civil como de compraventa (unilateral y forzosa), admitió la aplicación del artículo 1522 del Código Civil, sobre el retracto legal de comuneros. Y, por eso mismo, tanta razón llevaba aquella STS de 28 de abril de 1923, tan injustamente criticada por malentendida (83), al decir que el ejercicio del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil no se subsume en el artículo 397 para el caso de copropiedad del suelo, pues en el caso que resolvía se trataba de vender cada comunero su cuota al constructor, y sabido es, como dice el artículo 399 del Código Civil, que cada copropietario tiene la propiedad individual y separada respecto de su cuota (84).

Ante todas estas alternativas que tiene el *dominus soli*, el edificante está sometido a su decisión, está sujeto al ejercicio de su derecho potestativo. Mas entretanto también tiene su espacio de actuación:

Por ejemplo, en tanto que poseedor del todo (del edificio y del suelo ajenos que aquel ocupa), puede usucapirlo. En teoría cabe tanto la usucapión extraordinaria como la ordinaria (85), aunque en la práctica será menos probable la ordinaria, debiéndose advertir al respecto que la buena o mala fe en materia de accesión es ideada de forma más amplia que la buena o mala fe posesoria

---

las alteraciones sustanciales a las que se refiere el artículo 397, en el cual, también SANZ incluye el acto de edificar. El fundamento que alega parece apurado, al decir: «Es cierto que el artículo 395 en su letra se refiere a gastos de conservación de la cosa común. Mas si lo interpretamos conforme a su espíritu, observamos que la razón de obligar a todos a pagar estos gastos de conservación, se halla en la circunstancia de ser gastos que legítimamente puede hacer cualquier de los condueños. Los demás gastos no pueden ser hechos en principio por uno solo condueño, y si los hace, son gastos ilegítimos y no deben ser abonables. La diferencia, pues, debe establecerse más que entre actos de conservación, por una parte, y actos de administración o alteración, por otra, entre gastos legítimos e ilegítimos». Con tal interpretación, realmente se aparta con mucho de la letra y también del espíritu de la ley.

(83) Entre otros, por BORRELL, M. A. (II, pág. 235); HERNÁNDEZ CRESPO, C. (pág. 737); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 374); MOLL DE ALBA, C. (pág. 116).

(84) Decía tal STS que *«es evidente que conforme a lo establecido en el artículo 392 en relación con el 348 del Código Civil, los condóminos son en realidad propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella y les corresponden por imperio de la ley todos los derechos derivados de la propiedad con la amplitud que abarca el concepto jurídico del dominio»,* diciendo por ello que *«el artículo 397 del Código Civil no es aplicable a este caso, puesto que lejos de propender la demanda a alterar la cosa común, conduce a reintegrarla al estado que tenía al producirse las alteraciones en ella realizadas por la sociedad demandada».*

(85) Entendiendo que la accesión es justo título para usucapir *ex* artículo 1952 del Código Civil, ALONSO PÉREZ, M. (pág. 375), entiende aplicable la usucapión decenal del artículo 1957 del Código Civil. Mas, habría que preguntarle, si ese pretendido justo título —que habrá de ser, no se olvide, *a non domino*—, que se pretende sea la accesión, juega a favor del edificante o también —más bien tal vez— a favor del *dominus soli*.

general del artículo 433 del Código Civil, y más amplia aún que la más estricta en materia de usucapión, que el artículo 1950 del Código Civil restringe, frente a la del 433, a la ignorancia de un vicio en particular: que la adquisición sea *a non domino*. El *dies a quo* para computar la posible usucapión, será el momento en que la incorporación sea ya visible: con la incorporación de la obra invasora al suelo invadido se inicia la posesión, y con la visibilidad de la obra se asegura la publicidad posesoria, conservándose ininterrumpida la posesión con la mera tenencia y posesión de la obra. Ahora, a diferencia de lo que sucede con el artículo 364 del Código Civil, a los efectos de computar el plazo de prescripción, no es necesario el efectivo conocimiento de la invasión por el *dominus soli*, bastando con su sola cognoscibilidad, con que ya sea apreciable la construcción.

Otra posibilidad que tiene el edificante es la de reclamar el pago de lo que se le debe al amparo del artículo 361 *ab initio*, siendo viable tal reclamación en nuestra tesis, pues desde un principio el dueño del suelo principal adquirió la propiedad del todo. Por supuesto, no cabe que aquel le reclame a este la renuncia a la accesión ganada, ni la destrucción de la obra si actuó de mala fe (rarísimo será que lo desee), ni tampoco podrá presionar, o accionar para que el dueño del terreno principal se lo venda, que opte por el 361 *in fine*.

C) *Amplia legitimación en la solicitud de cualquier accesión, normal o invertida, y su declarabilidad casi* ex officio judicis, *según nuestra actual jurisprudencia*

Desde una pulcra distinción entre la accesión y la reivindicación, en donde solo era posible la acumulación de aquella con la acción declarativa de dominio (o con la acción de deslinde en las construcciones extralimitadas para así determinar los límites de los suelos), y desde la sola concesión de la acción ordinaria del 361 *in fine* por vía de acción interpuesta por el *dominus soli* invadido y de la accesión invertida a instancia del edificante invasor, se ha pasado a una permisividad en la acumulación de peticiones y a una inversión también en lo relativo a la legitimación procesal activa; en esto último, primero se permitió la accesión ordinaria del artículo 361 a instancia del edificante, luego incluso pasaría a deducirla el propio juez de los hechos, y, al final, se ha terminado concediendo la accesión invertida a instancia del dueño del suelo invadido, no solo por decisión propia favorable a tal accesión, sino incluso también cuando en su demanda reivindicaba su parte de suelo ocupado y pedía la demolición de la obra en la parte que lo invadía; en esa dirección se ha movido nuestra jurisprudencia —que se detalla en nota— hasta

terminar declarando que la accesión, sobre todo la invertida, es prácticamente declarable de oficio (86).

---

(86) Que la accesión normal o común del artículo 361 del Código Civil pudiera ser instada a petición del edificante, sin oportuna oposición o elección del *dominus soli*, cuando en su demanda reclamase el pago de la indemnización que en el primer inciso de aquel 361 se contiene, lo insinuó, al menos, la STS de 15 de octubre de 1962 al decir en su Considerando 2.º que *«la acusación que en* —el recurso de casación interpuesto por el *dominus soli*— *se vierte de haber aplicado indebidamente e interpretado con error el artículo 361 del Código Civil al no haber respetado la actora el derecho de opción que concede al dueño del terreno en que se edifica, no puede ser acogida, porque la mera lectura del precepto pone de manifiesto que en él se reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado a lo que ha de ceñirse la acción que pueda ejercitar y sobre cuyo cumplimiento, en su caso, puede optar el dueño al ser interpelado, haciendo uso del derecho de opción que el artículo le concede, mas no de forma subrepticia, sino en el momento procesal en que se invoca la aplicación del repetido artículo 361 que se señala infringido».* La reproduce la STS de 31 de diciembre de 1987, y la sigue la STS de 27 de junio de 1997. En la doctrina admiten la concesión de accesión a instancia del edificante, DÍEZ-PICAZO, L. (en sus *Estudios Jurisprudenciales,* cit., págs. 271 y 280); y NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 153), quien con CUSI ESCOFET, W. (pág. 330), considera improbable que el *dominus soli* tome la iniciativa, para no tener que pagar nada. «Por eso —dice NÚÑEZ BOLUDA—, se admite que el edificante pueda tomar la iniciativa y exigir del dueño del suelo que decida y que, si opta por hacer suya la propiedad de lo edificado, pague la correspondiente indemnización». Mas también cabe el reverso de la misma moneda, pues se olvida que en tanto no se resuelva la cuestión, la posesión de la obra es del edificante; ¿no tendrá entonces un interés cierto el *dominus soli* en poseer lo que es suyo y, sin embargo, posee otro?

Un segundo aperturismo se producirá ya en materia de accesión invertida, consistiendo en concederla, o, mejor dicho, en imponerla, no cuando es instada por el edificante invasor (que sería lo lógico en la tesis de la inversión), sino a instancia del propio dueño del suelo invadido, bien cuando lo que pide es el pago del valor del suelo invadido, o bien incluso cuando lo que pide sea la reivindicación del suelo o la destrucción de la obra. Tal vez abre la puerta a este camino la STS de 12 de diciembre de 1908 al negar *«que la falta de expresión del derecho implica la tácita renuncia al de opción cuando* —en el caso, el dueño del solar— *solicita la demolición de la pared* —invasora— *para hacer posible la reivindicación, incompatible con el pago del precio y opuesta a la deducción que saca la sala sentenciadora para presumir la renuncia a lo edificado».* Más rectamente, la también antigua STS de 30 de junio de 1923, precedente confesado por la STS de 31 de mayo de 1949 de la accesión invertida, sobre un caso en que la extralimitación fue de la vía pública, decía íntegramente en su *«Considerando* —2.º— *que el Tribunal* a quo *no ha infringido tampoco los artículos 361, 362 y 363 del Código Civil, como en el recurso se pretende, toda vez que en el primero de dichos artículos se establece que los que de buena fe edifican, plantan o siembran en terreno ajeno pueden quedarse con lo edificado, plantado o sembrado, pagando indemnización, y los otros dos se refieren a quienes de mala fe realizan cualquiera de los actos expresados, y como por la sala sentenciadora se ha declarado, apreciando en conjunto toda la prueba practicada, que los demandados habían procedido de buena fe al ejecutar las obras aludidas, cuya demolición interesaba al Municipio y ocupar la faja de terreno que el Ayuntamiento pretendía reivindicar, habiendo condenado a los repetidos demandados a pagar el precio del terreno ocupado, lo cual en la ampliación de la demanda y siquiera fuera en forma alternativa, pedía dicha Corporación, es visto que no se han infringido los artículos del Código civil antes citados».* Y más recientemente, la STS de 12 de diciembre de 1995 admite la accesión invertida solicitada por el dueño del terreno invadido al amparo del derecho que tiene a cobrar aquello que le ha sido invadido, advirtiendo que la única forma de eludir el pago de la indemnización por

En su momento vino a darle al TS una llamada de atención la STC 222/1994, de 18 de julio, que si bien admitía fundamentar en el principio *iura novit curia* el rechazo a la acción reivindicatoria y a la petición de demolición cuando en efecto se cumplían todos los requisitos de la accesión invertida, en cambio negaba que el tribunal, además, concediese la accesión invertida cuando esta no había sido expresamente solicitada, pues de lo contrario se alteraría *ex officio judicis* la *causa petendi*.

---

el constructor invasor es demoliendo la obra y devolviendo el solar a su dueño en su estado originario, anterior a la obra.

Así ha derivado la jurisprudencia hasta dar el paso más importante al admitir la apreciación prácticamente de oficio de la accesión invertida con base en la equidad, en la economía procesal y en el principio general *iura novit curia* en tanto su concesión sea extraíble de la *causa petendi* y deducible de los hechos probados, cuando, en efecto, se den todos los requisitos —objetivos y subjetivos— de la accesión invertida; por ello, llegan incluso a decir algunas Audiencias Provinciales que el *dominus soli* abusa de su derecho cuando, no obstante concurrir tales requisitos, insta la reivindicación de su suelo o la destrucción de la obra. Salvo la STS de 17 de junio de 1961 (situada más bien, por su fecha, en un estadio anterior de la evolución), así lo han dicho, entre otras, las SSTS de 9 de febrero de 1981, de 28 de mayo, de 12 de noviembre y de 13 de diciembre, las tres de 1985, de 6 de noviembre de 1992, y de 8 de febrero de 1994. Como síntesis de todas ellas, la STS de 12 de noviembre de 1985, sobre un caso de leve extralimitación (de 4 $m^2$ de superficie ajena), decía, en su Fundamento de Derecho 2.º: *«…y no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada* nominatim *por el edificante, la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio* superficies solo cedit, *alcanzando una solución al conflicto ("carísima aventura procesal para tan mínimo objeto", aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace ver la Sala de instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes»*. Y tal apreciación de oficio de la accesión invertida ha terminado encontrando puerto también en la accesión ordinaria del 361 del Código Civil, cuando la obra es construida en suelo totalmente ajeno. Es lo que ha dicho, recientemente, la STS de 9 de febrero de 2006, en el cuerpo de su Fundamento de Derecho 4.º: que *«ha sido reconocido en reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de ociosa cita, que, en atención al principio* iura novit curia, *en relación con el de* da mihi factum, dabo tibi ius, *el Juzgador pueda aplicar normas distintas e, incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, sin que la observancia de esos principios quepa entenderla de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al "componente fáctico esencial de la acción ejercitada", es decir, a los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la* causa petendi, *pues lo contrario entrañaría una violación del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa»*. Y concluye diciendo: *«En este caso, la aplicación del artículo 361 por el Tribunal de Instancia, en virtud del relato fáctico, no supone una alteración de la* causa petendi, *ni transforma el problema litigioso en otro distinto del planteado, y tampoco produce indefensión, e, inclusive, la solución facilitada en la instancia es más beneficiosa para el recurrente»*.

En cualquier caso, por lo que aquí importa, esta evolución habida en nuestra jurisprudencia, en nuestra opinión, demuestra que en el fondo toda accesión inmobiliaria en realidad opera, y ha de operar, automáticamente, siendo entonces la sentencia declarativa de tal fenómeno (como también acontece con otras materias: v.gr., la nulidad del contrato…).

En sentir contrario a la operatividad automática de la propia accesión invertida se muestra ARCOS VIEIRA, para quien al presuponer esta teoría la inversión del principio *superficies solo cedit*, debiera también invertirse en ella el resultado, no aplicando directa e imperativamente la segunda opción del 361, sino dejando que sea ahora el constructor quien elija (87).

No obstante llevar parte de razón tal observación de ARCOS, no cabe admitir su objeción a la accesión invertida por prescindir esta absolutamente de la voluntad del edificante invasor; como tal vez tampoco prescinda de la del propio invadido. Dados los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal sea el invasor por su mayor valor e importancia que el suelo invadido, cabría entender lógicamente aplicable el 361 *in fine*, como hace el TS en coherencia con su propia tesis, aunque, en nuestra opinión, no tanto ya porque se invierta la máxima *superficies solo cedit*, sino más bien porque cabe presumir, por un lado, que esa es la voluntad del constructor, quien —no se olvide— al ser de buena fe creía que obraba en suelo propio con la creencia, también, de que la obra sobre él hecha sería suya. Además, concederle la libertad de elegir la primera opción del 361 del Código Civil, podría poner incluso en riesgo —entre otros, de solvencia para hacer frente al pago— al propio *dominus soli* invadido al imponerle la compra de lo principal. El dueño de lo accesorio invadido saldría doblemente perjudicado: primero con la invasión de su propiedad, y luego con la imposición de la compra del elemento principal, cuando muy probablemente no quiera o, peor aún, no pueda hacer frente a ello, porque la posible desproporción de valores se lo impida. Difícil, no obstante, que así sea en la práctica, pues lo que presumiblemente querrá el constructor invasor será lo contrario, como lo demuestra la práctica, cuando en la demanda casi siempre el constructor invasor insta la accesión invertida a su favor.

---

(87) ARCOS VIEIRA, M. L. («Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil», Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, pág. 11). Parece incluso decir tal cosa, aunque lo hace en *obiter dictum,* la STS de 28 de mayo de 1985, cuando afirma que con la accesión invertida *«se termina corrigiendo el artículo 361 del Código Civil en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe, del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe, el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización».*

### 3. Otros efectos jurídico-reales de la accesión inmobiliaria: adquisitivos colaterales, extintivos y también registrales. Una última defensa de la automaticidad de la accesión inmobiliaria a propósito de los artículos 109 y siguientes LH

Con la adquisición de la propiedad de lo accedido se van a producir también unos efectos colaterales, unos sustantivos y otros registrales:

Centrada la atención en los aspectos estrictamente civiles (y dejando fuera otros, como los fiscales), como reverso de la adquisición de lo accesorio, correlativamente se producirá la extinción de tal propiedad del antiguo dueño.

Ello podrá tener su consecuente reflejo en el Registro de la Propiedad (88): entre otros, la declaración de obra nueva de la totalidad de la superficie construida *ex* artículos 208 LH y 308 RH. Como paso previo, en coherencia con la tesis mayoritaria de la accesión no automática, hay quien insinúa que, mientras se decide el *dominus soli* invadido, se proceda a practicar la mención registral, *ex* artículo 29 LH, de lo construido sobre el suelo y de la expectativa jurídico-real adquisitiva que sobre el mismo existe a la espera de ejercitar la opción del artículo 361 del Código Civil (89). Otra razón más se añade a todas las ya vistas para negar tal tesis mayoritaria opuesta a la operatividad de la accesión desde la incorporación inseparable de la obra al suelo. Ahora es el recurso a la mención registral para dar constancia en el Registro de una propiedad que, según tal teoría, no existe, o no es de nadie, o que lo es pero solo provisionalmente en manos del constructor. Tan inexistente o inviable, e impotente, es tal propiedad como lo es su mención registral, que absolutamente nada vale frente a terceros (cfr. arts. 29, 98 LH, y 355 RH) (90).

Junto a los indicados efectos principales, sustantivos y registrales, que produce la accesión, los hay colaterales o secundarios, que acrecen como efecto de su adhesión a la propiedad principal que ahora se ha visto incrementada por accesión. En efecto, los derechos y cargas reales que ya existían antes de la accesión sobre la propiedad principal se extenderán a lo accedido (cfr. arts. 479, 1632, 1877 del CC…). Del mismo modo, como reverso también de

---

(88) Una cuestión que ya abordan Hernández Crespo, C. (pág. 735 y sigs. y 744); y Serrano Alonso, E. (págs. 687 y 688), siguiendo a Camy-Sánchez Cañete, B. (II, págs. 442 y 443).

(89) Así, el propio Hernández Crespo, C. (cit.).

(90) Al ser la propiedad un derecho susceptible de inscripción especial y separada, ninguna fuerza registral tendrá su mención a la vista de tales preceptos hipotecarios citados en texto y, con ellos, de la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia. Puede verse, al respecto, para mayor detalle, mi estudio sobre «La mención registral: su justificación y contenido», en *RCDI,* 1999, págs. 833 a 896 (especialmente las págs. 877 a 885, sobre la ineficacia, registral y sustantiva, de tales menciones registrales).

la misma moneda, los derechos y cargas reales existentes sobre la propiedad de lo accesorio que con la accesión se extingue también fenecen con ella.

Toda esta fuerza expansiva adquisitiva y extintiva colateral se justifica por la adhesión o inseparabilidad de los derechos reales limitados y de las cargas reales a la propiedad que gravan, a su objeto sobre el que recaen. Esta es la razón de los artículos 479, 1632 y 1877 del Código Civil antes citados. Hay, no obstante, quienes refiriéndose a los artículos 1877 del Código Civil, 109 y sigs. LH, sobre hipoteca, no fundamentan en aquella razón su extensión en caso de que acrezca por accesión la propiedad hipotecada. Al margen de una posible razón subjetiva —apuntada por la propia Exposición de Motivos de la LH-1861, pero que suele ser negada (91)—, y amén de otras opiniones —que ahora no vienen al caso—, hay quienes justifican los artículos 1877 del Código Civil y 109 LH en la máxima *superficies solo cedit* (92). Por ello, en su lógica interna, las excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca contenidas en los artículos 110.1.º *in fine* y 112 LH (esta a favor del tercer poseedor), serían a su vez excepciones en sede de accesión a tal máxima (93), o, según otros, buena prueba de que la accesión artificial inmobiliaria no opera automáticamente, siendo justificable, v.gr., que las nuevas construcciones —entiéndanse las hechas por un tercero— no sean alcanzadas por la hipoteca previamente constituida entre tanto el *dominus soli* hipotecante no decida hacer suya la edificación, o en tanto haya sido hecha la obra por un arrendatario o por un usufructuario. Estaría, pues, pensando el artículo 110.1.º *in fine* LH en el caso de construcción en suelo hipotecado ajeno. Así, recientemente, lo creen algunos (94), que conectan el *siempre que correspondan al propietario* del artículo 110 LH con los artículos 361 y 363 del Código Civil. Pero, ¿cómo se explica entonces que la excepción del artículo 110 LH también actúe cuando la construcción es obra del propio dueño del solar que lo hipotecó? (95).

---

(91) Para una reciente y compiladora crítica al respecto, puede verse LLOPIS GINER, J. M. (en *Comentarios a la LH*, Edersa, T. VII-6.º, Madrid, 2000, págs. 207 a 209).

(92) Por ejemplo, GALINDO Y DE VERA (III, págs. 205 y 208); MORELL Y TERRY (pág. 719); en parte, MONTES PENADES (pág. 514 y sigs.).

(93) Así, GALINDO y DE LA ESCOSURA (cit.), criticando por ello las excepciones legales por considerar injustificadamente sacrificada la regla *acccesorium sequitur principale* en materia de bienes inmuebles (en págs. 209, 212 y 215 a 220); LLOPIS GINER, J. M. (pág. 249).

(94) RUIZ-RICO RUIZ («Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», en *RDP,* 1993, pág. 910 y sigs.); y MONTES PENADES («La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejoras. Una idea de propiedad», en *Historia de la propiedad. Crédito y garantía.* V Encuentro Interdisciplinar, Madrid, 2007, págs. 517 y 518).

(95) MONTES silencia la cuestión; y RUIZ-RICO (en pág. 911 y sigs.), con muy variopintos argumentos, intentando convencer de que, frente a la literalidad del 110 LH, no hay excepción a la extensión si la construcción es realizada por el propio *dominus soli* hipotecante, pues según él, en tal caso la hipoteca sí se extiende *ex lege* a tal construcción.

Cualquiera de tales explicaciones sobre la regla y sus salvedades no nos parece, sin embargo, aceptable, como tampoco lo son las críticas que muchos hacen a tales excepciones legales, que ya hace tiempo se hicieron en la misma gestación de la LH-1861 (96).

La razón de la extensión de la hipoteca no es la accesión, ni tampoco lo es el principio *superficies solo cedit*. Tanto la una como el otro son única y exclusivamente referibles a la propiedad (cfr. arts. 348, 350 y 358 CC). Si la propiedad aumenta por accesión y con ella también los derechos y cargas reales preexistentes sobre ella, no es porque estos se extiendan por accesión (a lo más, esta sería su causa final o remota), sino porque tales derechos y cargas son inseparables del dominio sobre el que recaen, porque a través de él se adhieren a la cosa, objeto inmediato de la propiedad. Es su inherencia real, pues, la causa (al menos, la más directa e inmediata) de su extensión. De este modo lo advertía ya la propia LH-1861 en su Exposición de Motivos, aunque también alegase como razón un presunto fundamento subjetivo (97):

> *«Las leyes de Partidas, siguiendo á las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera también estensivo á las accesiones naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Sirvióles de fundamento* —decía— *que todas las agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien* —añadía— *por su adherencia á las que lo eran».*

(96) Son las fuertes objeciones que hizo en el debate parlamentario de la LH-1861 el señor ORTIZ DE ZÁRATE sobre el actual artículo 110.1.º *in fine* LH, que por entonces era el artículo 111.2.º *in fine* LH-1861 (tomadas de las *LLHH de España, I,* págs. 169 y 170): «Y lleva esta ley la protección á las mejoras al extremo de dejarlas libres de hipoteca siempre que consistan en nuevas edificaciones. El dueño de un terreno lo hipoteca por una cantidad determinada; levanta en seguida sobre ese terreno edificios, y ya esos edificios son libres de hipoteca. Y pregunto yo: en semejantes circunstancias, ¿cómo puede hacerse efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el terreno? ¿Cómo se vende el terreno en que se han levantado edificios que valen mucho más que el suelo? Y aunque valgan menos, ¿cómo se vende? ¿Se va á destruir lo edificado?». Insistirá luego en ello, aunque ya muy brevemente (en *LLHH de España, I,* pág. 344). Y entre los comentaristas, muy influidos por ORTIZ DE ZÁRATE, GALINDO Y DE VERA, L. y DE LA ESCOSURA, R. (págs. 206, 209, 212 y 215 a 220), hacen una feroz crítica de todas las excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca.

(97) En efecto, se decía: *«Esta estension* —sic— *de la hipoteca encuentra tambien apoyo en la presuncion de que tal fué la voluntad del dueño de la cosa al constituir sobre ella un derecho real».* Y por eso añadía a renglón seguido: *«No sucede así en el caso de que la finca hipotecada pase á manos de un tercer poseedor; la voluntad no puede presumirse en él de la misma manera».* Pero cáigase en la cuenta de que dicha razón alegada era *«tambien»* —según dice— razón de la extensión, pues antes había otra, a nuestro juicio la única; la que no en vano la Exposición alega en primer lugar, antes de lo trascrito, cuando comienza diciendo, lo que a continuación en texto se reproduce de ella.

Habrá a quien esta explicación no convenza (98), entre otras cosas, porque no justifica, en su opinión, la excepción del artículo 110.1.º LH *in fine* (99), como si en tal supuesto faltara el dato de la inherencia real en la hipoteca, que resulta esencial en toda hipoteca: como decía la Exposición de Motivos de la LH-1861, hipoteca que no sigue a la cosa hipotecada no merece llamarse hipoteca. No es, desde luego, la del artículo 110.1.º *in fine* una excepción a la regla *superficies solo cedit*, mas tampoco a la automaticidad de la accesión, pues si bien los artículos de la LH de 1861 sobre extensión de la hipoteca se apoyan —según se dice en su propia Exposición de Motivos— en el Proyecto del Código Civil de 1851, en su intención —según se vio— no estuvo introducir una accesión diferida y condicionada, no automática, a pesar de la redacción de su artículo 404 (precedente del actual artículo 361 del Código Civil, base de la tesis de la no automaticidad).

Tampoco puede estimarse al artículo 111.1.º LH *in fine* como salvedad a la inherencia real que tiene, y ha de tener, toda hipoteca. No es excepción a la accesión (ni a su automaticidad, ni al *superficies solo cedit,* ni al más general *accessorium sequitur principale*), porque la salvedad alcanza a la hipoteca, no a la propiedad, que sí se expande a esos elementos a los que no llega la hipoteca. ¿Por qué esto último? Frente a lo que suele aducirse al respecto, si la razón de la regla, la de la inherencia real, es sustancial, de Derecho material, la de su excepción, que la tiene, es eminentemente registral, de Derecho Hipotecario,

---

(98) Así, Blasco Gasco, F. P. (*Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria…*, Valencia, 1994, págs. 15, 24, 29…); Montes Penades, V. (pág. 508).

(99) O bien porque no explica la razón de la extensión a las indemnizaciones ex artículo 110.2.º LH. Para nosotros, en cambio, esta norma es fácil de justificar: en general, el acreedor hipotecario no realiza directamente su crédito con el bien hipotecado, sino por su representación pecuniaria y a través de la prestación del rematante que es quien paga y entrega el dinero. Aunque el objeto material de la hipoteca sea la finca o parte de sus cualidades y utilidades, según que lo gravado sea la propiedad o una situación jurídico-real —de poder o de gravamen— menor (arts. 1874 CC, 106 y 107 LH), lo que verdaderamente se vincula y sujeta al pago del crédito es el valor económico, o pecuniario, que el bien materialmente hipotecado contiene y puede proporcionar; un valor que primero, durante la etapa de seguridad, se sujeta y conserva (arts. 117 LH y 219.2.º RH), y que luego, en la fase ejecutiva de la hipoteca y satisfactoria del crédito, se realiza (art. 1858 CC). Al acreedor hipotecario no le interesa el bien hipotecado por su materialidad, sino por el valor en cambio que representa y que será traducido en una suma dineraria (cfr. arts. 1858 y 1859 CC). No es, pues, de extrañar el contenido del artículo 110.2.º LH, que lejos de ser subrogado del objeto hipotecado, como comúnmente suele decirse, es el destino final natural de la hipoteca en cuanto especie de *jus ad pecuniam.* De hecho, en la Exposición de Motivos de la LH-1861, tras indicarse también la posibilidad de cambiar la hipoteca por otra o por una prenda, en caso de expropiación del bien hipotecado, y de afirmarse que en este caso *«las indemnizaciones* —dice— *reemplazan a la cosa hipotecada»,* se termina diciendo que *«lo más frecuente será que al hacerse la expropiación perciba el acreedor lo que se le debe, quedando de este modo mas completamente consultados los derechos de todos»* (tomado de *LLHH de España,* T. I, págs. 274 y 275). Más interesa justificar, haciéndolo ya en texto, aunque sea brevemente, la excepción del artículo 110.1.º LH *in fine*.

la misma que también justifica la excepción del artículo 112 LH (a favor del tercer poseedor): son los principios de especialidad y de publicidad registrales, coadyuvados por el de tracto sucesivo, los que explican tal excepción (100), porque expandiéndose la propiedad a las agregaciones de terrenos y a las nuevas construcciones desde un punto de vista registral, la hipoteca, más sujeta que cualquier otra carga real a aquellos principios hipotecarios (de especialidad y publicidad), no puede automáticamente expandirse también con la propiedad sobre la que recae mientras registralmente no se exprese tal incremento de la propiedad (mediante las inscripciones de agregación y de obra nueva antes referidas), lo que no podrá hacerse si no es por voluntad del propio dueño. De ahí, por ejemplo, que las cláusulas tan usuales en los préstamos hipotecarios que contienen una extensión de la hipoteca en contra de la excepción del artículo 110.1.º LH —cuya validez no se va a discutir aquí—, solo tengan la fuerza de obligar, únicamente *inter partes ex* artículo 112 LH, para en el futuro, de darse la accesión de la propiedad, ampliar con ella la hipoteca mediante otra escritura, que lo será de ampliación de hipoteca, con su posterior inscripción (cfr., RDGRyN de 26 de octubre de 1987).

Por eso, hoy, se explica, v.gr., que el artículo 215 RH «extienda» la hipoteca a los excesos de cabida de la finca hipotecada en sentido amplio, o impropio incluso, pareciendo condicionarlo a que tal exceso se haga constar en la inscripción una vez ya inscrita la hipoteca, cuando en realidad la finca que experimenta en el Registro el exceso de cabida es la misma y única inicial e intencionadamente hipotecada (como la finca transformada por accesión natural), a diferencia de lo que acontece con las agregaciones —no naturales— que implican un exceso real de superficie, que al requerir de auténtica agregación también registral no son objeto de extensión legal o automática de la hipoteca. En cambio, el exceso de cabida no implica más que una rectificación registral de la medida superficial de la finca según constaba en su inicio en el Registro, sin verdadera extensión, o modificación, del objeto hipotecado (101).

O que aquel sea el fundamento de los artículos 109 y 111 LH explica que no se extienda la hipoteca en caso de sobreelevación de un edificio en régimen de propiedad horizontal con hipoteca distribuida por pisos, pues los pisos

---

(100) Lástima que tales principios los mencione ROCA SASTRE, R. M. (pág. 264), solo parta justificar el artículo 112 LH; por su parte, SAAVEDRA MONTERO, E. («La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución», en *AC,* 1996-3, pág. 634), solo los refiere para justificar la excepción de las agregaciones de terreno del artículo 110.1.º LH; y LLOPIS GINER, J. M. (pág. 247), para solo justificar, apenas tímidamente por el principio de especialidad, el caso de las nuevas edificaciones.

(101) Sobre el artículo 215 RH siguen siendo interesantes la explicaciones de ROCA SASTRE, R. M. (págs. 257 y 258); BLASCO GASCO, F. P. (págs. 48 a 51); y de SAAVEDRA MONTERO, E. (págs. 68 y 69), para quienes por lo dicho sucintamente en texto, es indistinto que el exceso de cabida conste en el Registro antes o después de ser inscrita la hipoteca.

nuevos serán también fincas registrales independientes a las que la hipoteca preconstituida no puede extenderse registral, ni, por ello, naturalmente (102).

Y por eso, antes, en el Proyecto de CC-1851, en el que, sin embargo, los artículos 109 y siguientes LH dicen apoyarse [según su Exposición de Motivos de 1861 (103)], sí se permitía con alcance absoluto, sin excepción, la extensión de la hipoteca; mas así era por mala y errónea influencia francesa en sede de hipotecas, no ya en la cuestión registral, donde por influencia germana aquel proyecto sí imponía los principios de especialidad y de publicidad, también para las hipotecas (104). Por eso, contradictoriamente con su regulación registral, en lo referente a hipotecas, para proteger al tercer poseedor de posibles sorpresas (por haber adquirido un bien cuyas hipotecas ignoraba por no estar inscritas), el Proyecto CC-1851 disponía de mecanismos como la excusión (similar a la del fiador) (105), pero *grosso modo* no impedía la extensión de la hipoteca cuando la finca hipotecada pasare a manos de un tercero (según sus arts. 1800 y 1808) (106). Era lo mismo que hacía, en su primera redacción, el *Code* en sede de hipotecas, donde al no regir los principios de publicidad y especialidad registrales, la extensión objetiva de la hipoteca apenas tenía límites, en protección del tercer poseedor, y ninguna salvedad (cfr. arts. 2133 y 2175 CC francés) (107). En cambio, en las Partidas, donde lógicamente por entonces aún no regían aquellos principios registrales de especialidad y publicidad, en defensa

---

(102) Véanse, al respecto, BLASCO GASCO, F. P. (págs. 56 a 58); y MONTES PENADES, V. (pág. 512, nota 18), con cita de doctrina y jurisprudencia.

(103) En efecto, decía que el proyecto, en lo referente a la extensión de hipotecas, amén de inspirarse en las Partidas y en el Derecho romano, *«ha imitado en esto á los redactores del proyecto de Código Civil, si bien dando mayor extensión á sus aplicaciones, pero huyendo siempre de un casuismo peligroso»*. Por su parte, BLASCO GASCO, F. P. (págs. 20 a 23); y MONTES PENADES, V. (pág. 506, nota 4), se limitan a señalar la diferencia.

(104) Acerca del Título XIX del Proyecto CC-1851 (sobre hipotecas), explicará LUZURIAGA (en GARCÍA GOYENA, IV, págs. 183, 184 y 186-190), que para fomentar el crédito y el tráfico inmobiliarios, se consagran para las hipotecas los principios de publicidad y de especialidad, ambos, dice, tomados del sistema hipotecario alemán (de Baviera, Prusia, Ginebra y Wurtemberg). A idénticos principios de publicidad y de especialidad se referirá luego LUZURIAGA (en GOYENA, IV, págs. 209 y 210), como preámbulo al comentario del Título XX del Proyecto CC-1851 (Sobre el Registro Público), para extenderlos a la propiedad y a todo derecho y carga real inmobiliario. Así seguirá imponiéndose en el Real Decreto de 8-8-1855 (que puede verse en las *LLHH de España, I-1.º*, pág. 111), que mandaba redactar la LH, la que será de 1861. Y así ya lo recogía la Ley de Bases de 1858 para el Proyecto de la LH-1861 (que también puede verse en las *LLHH de España, I-1.º*, págs. 118-120, 123 y 124).

(105) Como decía en mi estudio sobre «El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?», en *ADC,* 2006, págs. 1754 a 1756, con cita y trascripción de autores y normas a las que me remito.

(106) De la primera norma, se limitará a decir LUZURIAGA (pág. 205): «El artículo 1800 está de acuerdo con todas las legislaciones».

(107) De nuevo, nos remitimos a mi trabajo en *ADC,* 2006, págs. 1751 a 1754, acerca de la existencia en la codificación francesa de hipotecas generales y ocultas, y la concesión, por ello, del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor (arts. 2170 y 2171 *Code*).

del tercer poseedor no solo se le otorgaba aquel beneficio de excusión —solo para hipotecas legales, todas ellas generales y ocultas, precisamente— (108), sino también la excepción de la extensión objetiva de la hipoteca; al menos es lo que, comentando la Ley 15, Tít. 13, P. 5.ª, sobre extensión de la hipoteca, nos decía Gregorio LÓPEZ, en su Glosa [69]: «Empero si la mejora proviene de un tercero poseedor que adquirió la cosa á título de venta ú otro semejante, no quedará sujeta á hipoteca».

Impuestos ya plenamente los principios de publicidad y de especialidad en materia de hipotecas, y de Registro, se explican de igual modo el artículo 110.1.º *in fine*, como el artículo 112 LH. Podría hasta decirse que ambas normas resultan hoy prescindibles; su contenido regiría aunque no existieran; son, puede decirse, rémora histórica de cuando su expresión era necesaria al no regir aquellos principios hipotecarios, pues, sencillamente, ni siquiera aún existía un Registro inmobiliario. Y esa igualdad en su *ratio* justifica —solucionándose así otra de las cuestiones discutidas— la igualdad en el modo de ejecutar una hipoteca que no se ha expandido a pesar de haberlo hecho la propiedad que grava (109).

---

(108) Acerca del beneficio de excusión a favor del tercer poseedor de finca hipotecada (tanto en la Historia del Derecho, como en la actualidad), cabe una nueva remisión a nuestro trabajo sobre *El hipotecante no deudor: ¿Un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?,* cit., pág. 1740 y sigs.

(109) Confróntese, para su demostración, el artículo 113 LH (sobre ejecución hipotecaria frente al tercer poseedor en aras de respetar el 112 LH), con la explicación que sobre el artículo 110.1.º LH *in fine* —cuando era el art. 111.2.º *in fine* LH-1861— dio el señor PERMANYER en el debate parlamentario de la LH-1861, ante las críticas del señor ORTIZ DE ZÁRATE (tomadas de las *LLHH de España, I,* págs. 188 y 189): «Sobre la *extensión de las hipotecas* tal como la formula y define el proyecto de ley, nos decía el señor ORTIZ DE ZÁRATE que, según uno de los artículos de la misma ley, constituida la hipoteca sobre un solar, un terreno, si se construye en él un edificio, ese edificio no queda sujeto á la hipoteca por más que pertenezca al mismo deudor, por más que este sea quien haya verificado la construcción. ¿Y qué encuentra en esto el señor ORTIZ DE ZÁRATE de inconveniente? Es cierto que así lo declara la Ley; pero si el terreno y el edificio son dos cosas esencialmente distintas, aunque buenamente inseparables; si para los efectos de la hipoteca puede respetarse esa exigencia independiente ó individual de cada una de las dos cosas, dado que el acreedor, al tiempo de constituir la hipoteca, al tiempo de estipular la garantía, se dio por contento con el gravamen impuesto sobre el terreno, ¿con qué título, preguntaré yo al señor ORTIZ DE ZÁRATE, podia el acreedor reclamar esa mayor extensión de su hipoteca, por más que fuera el mismo deudor quien hubiera construido el edificio? No hay razon para declarar este caso de extensión de hipoteca como de lo principal á lo accesorio, ni tampoco la hay bajo el punto de vista de que el terreno, una vez edificado, pudiese ser más invendible, pudiese ser menos susceptible de realizarse su valor y ser aplicado al pago del crédito hipotecario. No señores; porque el terreno, cuando este y la construcción pertenecen al mismo deudor, se venderá, deberá venderse á instancia del acreedor hipotecario, ya que al vencimiento del plazo no se haya pagado la deuda, y será más fácil su venta y será más fácil la realización del valor que el terreno representa; no solo será de más fácil realización, sino que ese valor habrá realmente aumentado desde el instante en que el solar, antes inedificado, ha vendido á ser parte integrante de un edificio; de manera que sin necesidad de incurrir en un contraprincipio, sin necesidad de hacer extensiva la hipoteca á una cosa, á la cual el acreedor no

Así son las cosas, porque si hipotecaria —o registralmente— no cabe la extensión de la hipoteca, materialmente, fuera del Registro, ello no ha impedido el juego de la accesión, que por el principio *superficies solo cedit* la propiedad inmobiliaria hipotecada se haya extendido, aun sin la hipoteca (por su imposibilidad registral), al terreno o al edificio accedido. No hay, por tanto, separación entre propiedades (del suelo y del vuelo), sino entre realidades (la registral y la extrarregistral), que se reajustan al final de la ejecución hipotecaria cuando con parte del dinero se cubre el crédito y el resto —con preferencia— queda para el dueño, sea este un tercer poseedor o el propio hipotecante a la vista de la *eadem ratio* que inspira los artículos 110.1.º *in fine* y 112 LH.

## 4. Efectos jurídico-obligacionales de la accesión: una última repercusión práctica de la teoría de la accesión automática frente a la diferida

### A) *Naturaleza, fundamento y exigibilidad de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de posible resarcimiento— nacidas de la accesión inmobiliaria*

En las construcciones en suelo ajeno, si el constructor invasor actuó de mala fe, en principio, no tendrá este derecho a indemnización (art. 362 CC), menos aún en caso de demolición, pues incluso será él, el propio edificante, quien deberá sufragar los gastos de la demolición y, también, los necesarios para dejar el suelo invadido en su estado anterior a la invasión (art. 363 CC). Todo ello, al margen de que si ha causado algún daño adicional asuma además una obligación resarcitoria (art. 1902 CC).

Mayor complejidad presentan, en cambio, los efectos debitorios de la accesión cuando resulta aplicable el artículo 360 o el 361 del Código Civil. En ambos se regulan obligaciones, evidentemente, pecuniarias, no siendo posible la restitución *in natura*, pues ello, en principio, supondría la propia destrucción del edificio.

De entre los múltiples problemas que se plantean, tal vez el fundamental, clave para resolver los demás, es el relativo al fundamento y a la naturaleza jurídica de estas obligaciones pecuniarias que establecen los artículos 360 y

---

tiene derecho, el proyecto actual ha conseguido sin embargo otra ventaja a favor del acreedor, que es el hacerle partícipe naturalmente del mayor valor que indudablemente ha de haber adquirido el terreno despues de haberse edificado, siendo así que no lo estaba al tiempo de constituirse la hipoteca; mayor valor que producirá al ponerse en venta junto con el edificio». No por casualidad, se trataba del mismo proceder ejecutivo para el antiguo artículo 107.1.º LH-1861 —arriba visto (en el epígrafe 2.1)— y que Permanyer acababa de justificar justo antes de afirmar lo aquí trascrito.

361 del Código Civil: ¿son auténticas deudas de dinero, regidas por el principio nominalista, o son deudas de valor, sometidas, por tanto, al sistema valorista?

Y he aquí que resurge el debate acerca de la automaticidad en la accesión, directamente conectado con el momento en que habrán de valorarse los elementos a abonar (sea el suelo edificado, la obra sobre él levantada, o sean los propios materiales empleados para la construcción): ¿será ese momento el de la incorporación o el del efectivo pago?

Para la tesis mayoritaria, que retrasa la accesión condicionándola, precisamente, al pago del valor de lo accedido, en principio, no ha lugar a problema ninguno, pues será en ese momento de pago, en que hay efectiva adquisición del dominio, cuando hayan de valorarse los gastos hechos, el valor de la obra, y de sus materiales, sin necesidad de actualización. Así, según parece, se elude el problema que sí provoca la tesis minoritaria de la accesión automática, que al operar en el momento en que la obra se incorpora al suelo, sí suscita la cuestión si en el momento de pago, que es siempre posterior al adquisitivo de la propiedad, la deuda pecuniaria debe o no actualizarse (110).

Realmente, en esta crítica a la tesis minoritaria hay un apego —este sí que anacrónico— al nominalismo decimonónico triunfante en la codificación de la época, que incluso se observa en la opinión de los primeros comentaristas y también en las primeras SSTS defensoras de la automaticidad que se enfrentaban —es verdad— con el indicado problema. Pero hoy, superado tal nominalismo, al menos en la cuestión relativa a la accesión, ni siquiera cabe admitir que exista ya el problema.

Para comprobarlo, ante todo, hay que distinguir, pues en los artículos 360 y 361 del Código Civil se regulan dos tipos de deudas pecuniarias: la una restitutoria y la otra indemnizatoria (111); ambas son de igual naturaleza, aunque por diversas razones.

Respecto a la deuda indemnizatoria, su naturaleza y calificación como deuda de valor resulta innegable, dado que la función que en ella desempeña el dinero no es la de contraprestación, sino la de funcionar como medida de valor, en equivalencia de los bienes dañados con la construcción y con la consiguiente accesión. Por eso, si probablemente la deuda indemnizatoria nace con la incorporación, esto es, con la accesión, la valoración del daño no se hará referida a aquel momento, sino al posterior en que sea reclamado su pago, siendo entonces cuando se procede a su liquidación (a su conversión en deuda líquida), rigiendo, ahora sí, a partir de entonces el nominalismo.

---

(110) Así lo destaca, como ventaja de la tesis mayoritaria a la que se adscribe, CARRASCO PERERA, A. (págs. 236 y 237).

(111) Es la distinción que en Italia se hace entre la *indennità* y el *risarcimento del danno*. Y entre los nuestros, vid., por todos, BASOZÁBAL ARRUE, X. (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, págs. 284 y 285, entre otras).

Tratándose, en cambio, de reintegrar lo que uno ha perdido y otro ha ganado por accesión, no de reparar un daño, sin necesidad de acudir a la norma general del artículo 1901 del Código Civil, antes y específicamente en los artículos 360 y 361 del Código Civil el principio general del enriquecimiento injusto encuentra su fundamento:

Aunque el artículo 361 del Código Civil habla, en su primera parte, de *indemnización,* como lo hace también el artículo 362 del Código Civil al exonerar al *dominus soli* de su pago, en ambos casos, como *a.e.* en el artículo 487 del Código Civil, la expresión es lata, o impropia si se quiere, pues no se refiere al resarcimiento de un daño, sino a la compensación o la reintegración del valor del bien accesorio adquirido por accesión y que su anterior dueño pierde. Que esa sea su naturaleza lo prueba también la remisión expresa que el artículo 361 del Código Civil hace —haciéndolo también, aunque implícitamente, el 362— a los artículos 453 y 454 del Código Civil, que se refieren, precisamente, a la liquidación del estado posesorio. Se pretende, así, abonar los gastos necesarios y útiles realizados en la obra. Porque en el fondo del artículo 361 del Código Civil, como en el de los artículos 453 y 454 del Código Civil, palpita la idea de compensación, la de evitar el enriquecimiento injusto, la de obligar al *dominus soli* beneficiado, enriquecido —no voluntariamente, desde luego, sino por la accesión operada por otro (aunque, por ello, sin esfuerzo y sin coste alguno)—, a que compense, o restituya, al empobrecido, a quien por esa misma accesión pierde lo que con su dinero y esfuerzo construyó.

Lo mismo puede decirse del artículo 360 del Código Civil en su referencia al *valor* de los materiales ajenos empleados en la obra hecha en suelo propio, al margen de la posible estricta indemnización en caso de mala fe.

Y lo mismo también puede decirse del artículo 361 del Código Civil *in fine*. En su aplicación normal (no al caso de la accesión invertida), comúnmente se suele calificar esta segunda opción como de compraventa forzosa unilateralmente impuesta por el *dominus soli* invadido al constructor. No en vano, el artículo 361 habla del *precio* del terreno. Y ciertamente es un privilegio, un beneficio que la ley otorga a quien, no obstante adquirir la obra por accesión, no quiere o no puede restituir el valor de lo adquirido y desea renunciar a tal accesión.

Así pues, en cualquiera de los casos típicos de accesión inmobiliaria se está siempre en presencia de una acción de enriquecimiento injusto aplicada a diferentes hipótesis. Al tratarse de una deuda compensatoria, fundada en la evitación del enriquecimiento sin causa, se está, también aquí, ante una deuda de valor, en la que, como en las deudas indemnizatorias, el dinero funciona —aquí por excelencia— como medida de valor de las cosas (en nuestro caso, de la cosa accesoria accedida), y no como contraprestación por el intercambio de bienes. También rige aquí, por tanto, el valorismo. Y aunque, mediante una interpretación excesivamente literal, se quisiera ver una indemnización en el

artículo 361 *ab initio* y una compraventa, aunque forzosa, en su inciso final, también regiría el valorismo (cfr. arts. 482, 1307 CC…, sobre resarcimiento, y el art. 1478.1.º CC, sobre compraventa).

Por eso, en coherencia con la tesis de la automaticidad, y de conformidad con la práctica y con la jurisprudencia más reciente sobre accesión, normal e invertida, el bien accesorio accedido habrá de valorarse, no atendiendo al momento de la incorporación, sino al de interposición de la acción de enriquecimiento injusto. Esto no se contradice con la tesis de la accesión automática; por el contrario, se amolda perfectamente a ella: con la incorporación se produce, automáticamente y *ex lege* (*ex* 609 CC), la accesión (la adquisición de la propiedad de lo accesorio), y también en ese mismo instante nace, siempre *ex lege* (*ex* arts. 360 y 361 como ejemplos de fuente legal *ex* art. 1089 CC), la obligación de restitución *in pecuniam*. Es una obligación legal que nace con la accesión, pero que no vence aún, que todavía no se hace líquida. Su vencimiento, y su liquidación, vendrán *a posteriori*, como sucede con toda deuda de valor, que coincidirá con el momento efectivo del pago tras su reclamación (tras la fijación de la cuantía por acuerdo o, como suele ser más habitual cuando hay desacuerdo, en ejecución de sentencia) (112).

Evidentemente, esa asincronía temporal entre nacimiento y exigibilidad de la obligación no se producirá en el caso del artículo 361 *in fine*, pues siendo también deuda de valor, la decisión tomada de renunciar a la accesión y de

---

(112) Así, la STS de 28 de octubre de 1931, que condena en el caso al edificante-demandante en terreno ajeno a pagar su valor, dice (en su Considerando 4.º): *«…pago que naturalmente ha de hacerse al precio que tenía* —el terreno— *cuando verificó la tasación pericial como se acuerda en la sentencia de instancia, porque ahora es cuando el actor* —constructor en suelo ajeno— *recibe legalmente el terreno y el demandado* —dueño del terreno— *el precio del mismo, y además porque con arreglo al artículo 456 del Código Civil las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión»*. Basándose en esta sentencia, la STS de 20 de mayo de 1977, ya con alcance más general, aunque hablando de indemnización, dirá en su Considerando 1.º: *«Que, por otro lado, en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional, cualquiera que asea su grado, ha de estar, en orden a la determinación de sus elementos intrínsecos, a la prueba de su existencia al tiempo del ejercicio de la acción… pero en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, no ha de situarse, en los casos de alteración del valor monetario, ni en la fecha indicada ni en la de causación de aquellos, sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación, o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el periodo de ejecución de sentencia, toda vez que se trata, no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una deuda de valor»*. A partir de entonces, lo dicho en estas dos SSTS, sobre todo, se hará afirmación común en la doctrina, en la práctica forense y, por supuesto, en la posterior jurisprudencia. Ahí están las SSTS de 17 de febrero y de 25 de abril, ambas de 1992 (la primera sobre accesión invertida), la de 16 de junio 1998, y la de 17 de junio de 1999. También es la opinión en la doctrina: Lacruz Berdejo, J. L. (III-1.º, pág. 136); Santos Briz, J. (II, pág. 222); Puig Peña, F. (III-1.º, págs. 169 y 170).

transmitir con la obra el suelo invadido se hará simultáneamente al reclamar el pago de su valor.

Así las cosas, pierde en todo ello su apoyo la tesis de la accesión diferida ante su pretendida ventaja de evitar los rigores del nominalismo haciendo coincidir todos los efectos adquisitivos (jurídico-reales y obligacionales) y liquidatorios *a posteriori*, con la decisión del afectado y no con el momento de la incorporación. Con la calificación de los efectos debitorios pecuniarios como valoristas la actualización del valor del bien accedido al momento de pago va de suyo.

B) *Eficacia de las obligaciones pecuniarias —de compensación y de indemnización— derivadas de la accesión: ¿obligaciones personales* ratione rei *o estrictos deberes* propter rem?

*¿Quid* si el suelo invadido o el edificio invasor son transmitidos a un tercero sin haberse aún saldado las deudas pecuniarias de la accesión? ¿Quiénes son acreedores y deudores en tales casos: los originarios dueños y constructor o los posteriores adquirentes? Los deberes pecuniarios nacidos de la accesión: ¿tienen eficacia personal o trascendencia real; son obligaciones estrictamente personales o son deberes *ob rem* (113)?

Todas ellas son cuestiones cuya solución encuentra su raíz en el propio fundamento —antes visto— que las obligaciones compensatoria e indemnizatoria presentan en sede de accesión: la restitutoria recae sobre el que adquiere la cosa accesoria por accesión en evitación de su enriquecimiento sin causa; la de reparación sobre el que provoca la accesión, cuando con ello causa perjuicio a quien la padece.

Hay, no obstante, quien habla al respecto de obligación real o *propter rem*, incluso refiriéndose a aquel 361 *in fine*, aunque en este caso no sea posible la renuncia liberatoria al no permitirlo expresamente la ley (a diferencia de las obligaciones reales de los arts. 395, 460, 544, 575, 599, 1625, 1631, 1659, 1660, 1664 y 1889 CC, entre otros) (114). ¿Acaso, entonces, sería auténtico deber *propter rem* el del primer inciso del artículo 361, al ser exonerable por renuncia

---

(113) Adviértase, ante todo, que la cuestión va referida al caso en que la accesión se haga efectiva, en que sea aceptada con el consiguiente deber de pago. No se trata, pues, de la eficacia de las opciones que en concreto conceden el 361 *in fine* y el 363 del Código Civil que como actos de renuncia que son, según se vio, no pueden perjudicar a terceros, sobre todo de buena fe (art. 6.2 CC). Incluso de haberse optado adecuadamente por la venta del terreno, *ex* 361 *in fine*, como dice su propia letra, dicha venta solo se hará frente al que construyó.

(114) Así, GULLÓN BALLESTEROS, A. (pág. 229); y NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 150). Por su parte, la STS de 2 de enero de 1928 se limitaba a hablar, ex artículo 361 del Código Civil *in fine*, de la particularidad del *dominus soli* de «obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado»; aunque probablemente se refiriera al de cuius, y, por ende, a sus herederos (lo cual no es singularidad de los deberes jurídico-reales);

de la propiedad del suelo *ex* 361 *in fine*? ¿Se están refiriendo verdaderamente el artículo 361, o el 360 del Código Civil, a un deber real con eficacia *erga omnes* que moldea naturalmente el contenido pasivo de un derecho real, o más bien a una auténtica obligación personal, de eficacia solo *inter partes*, en la que simplemente sus sujetos —acreedor y deudor— se determinan *ratione rei*?

Desde luego, no es este el lugar para tratar la diferencia entre cargas reales, deberes reales y obligaciones personales cuyos sujetos simplemente se determinan *ob rem* (115). Ni falta que hace. Porque, yendo al meollo, cabe clara y fácilmente advertir que en los artículos 360 y 361 del Código Civil no se está en presencia de verdaderos deberes *propter rem;* ni lo es el deber de pago del valor del material ajeno empleado en la construcción (en el caso del 360 CC), o el del edificio y suelo ajeno invasor (en el caso del 361 CC), ni lo es el posible deber de indemnización (*ex* art. 360 CC, o *ex* art. 1902 CC para el caso del 361 CC). Y no lo son, sobre todo, porque mientras la función de los verdaderos deberes *propter rem* es garantizar una convivencia pacífica entre los derechos reales concurrentes o colindantes, la finalidad de las deudas que en los artículos 360 y sigs. del Código Civil se contienen es la de reparar el daño causado y la de compensar un enriquecimiento injusto producido.

Muy al contrario de lo que sucede con los deberes reales, que en su espíritu se muestran conformes al *neminem laedere,* las obligaciones de los artículos 360 y 361 del Código Civil nacen, precisamente, de haberse incumplido ese deber general de respeto que merece todo derecho real, nacen de la violación de un derecho real, al obrar con material o en suelo de propiedad ajenos (116).

Dicha diferencia teleológica explica la diferencia estructural y con ella la de régimen, y el diferente significado que tiene que el deber sea en uno y otro caso *propter rem:*

En el caso de los artículos 360 y siguientes del Código Civil, la posibilidad deambulatoria de la acción obligacional no será ya *ratione rei* o *propter rem*, no es la ambulatoriedad, ni la exigibilidad real o *erga omnes* propias de los verdaderos deberes jurídico-reales, sino la propia variabilidad o fungibilidad —en nuestro caso— del valor a pagar o del daño a resarcir. Algo parecido a lo que sucede a la obligación personal insita en un título-valor, que aunque mutable, no deja de ser por ello deuda verdadera, cuya titularidad activa simplemente se determina *ob rem*, pero sin convertirse en deber *propter rem*.

---

o a lo más se podría estar refiriendo al arquitecto, constructor o mandatario que hubiese hecho la obra por orden de otro.

(115) Así se hizo hace justamente diez años en nuestra obra *Derecho o carga real,* cit., págs. 182 a 207, en cuyas más detenidas explicaciones se basa lo que a continuación se diga.

(116) Así lo advierte en Francia, JOURDAIN, P. («Empiétément sur le terrain d'autrui: une responsabilité *propter rem*», en *Rev. Trim. Droit Civ.*, 1999, pág. 638 y sigs.), que es difícil pensar en una obligación real que nazca de la violación de un derecho real, cuando precisamente lo que surge en tal caso es una obligación personal reparatoria.

La obligación de pago del valor de lo accedido, en efecto, no es un genuino deber *propter rem*, que sea eficaz *erga omnes* o que transite con la cosa como formando parte natural de la propiedad transmitida. Al ser su fundamento el enriquecimiento injusto es una acción personal, solo eficaz *inter partes*; y tales partes serán, precisamente, el efectivamente empobrecido (como acreedor) y el efectivamente enriquecido (como su deudor). Y por eso es transmisible la deuda con la propia cesión de tal condición. No se refiere solo tal cesión, naturalmente, a la *mortis causa*, como ya preveían las Partidas (117) (y hoy, en general, los arts. 661 y 1112 CC). Refiérase también a una transmisión *inter vivos*, que depende de la posible transmisión del beneficio y del empobrecimiento que pueda acompañar a la transmisión de la cosa. Aunque antes, no sin previo debate, algunos en Francia e Italia ya habían advertido dicha «ambulatoriedad», por su síntesis y acierto, merece traerse a texto la explicación que, sobre el inciso inicial del artículo 361 del Código Civil, pero extensible adecuadamente a todos los casos, ofrece NÚÑEZ BOLUDA, con algún antecedente en MANRESA (118):

> «La acción —dice aquella— ha de dirigirse por el empobrecido, el edificante, contra el enriquecido, el dueño del terreno. A este, pues, se le exigirá el pago (…) Si el terreno se va transmitiendo como tal, sin incluir en el precio lo edificado, cada sucesivo adquirente habrá de soportar la reclamación, no porque la acción sea de naturaleza real, sino porque cada uno va recibiendo el enriquecimiento, está personalmente enriquecido; ha de considerársele subrogado en el puesto de quien era dueño del suelo cuando se efectuó la obra, y al recibir la reclamación del edificante podrá, o pagar o exigir del edificante que le compre el terreno (…) pero si el dueño del terreno al tiempo de la construcción, sin haber pagado al empobrecido, transmite a tercero que paga todo lo que le vale la entidad formada por suelo y construcción, este adquirente no ha de pagar la indemnización, sino aquel dueño que es quien se enriqueció. Así lo declara la STS de 15 de noviembre de 1990, que invoca de modo expreso la doctrina del enriquecimiento sin causa en defensa del edificante de buena fe». Así también, la STS de 28 de febrero de 2007 (119).

---

(117) En efecto, la Ley 16, Tít. 2, P. 3.ª, al establecer la deuda indemnizatoria a saldar para el caso que hoy contempla el artículo 360, terminaba diciendo: *«E por quanto el quisiere jurar con apreciamiento del Judgador, tanto le deve fazer pechar al que fizo la labor de las cosas agenas, o a sus herederos»*.

(118) NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 155 y 156). Por su parte, MANRESA, J. M. (III, pág. 192), quien a su vez reproducía al italiano RICCI, decía: «Con la ayuda de los principios —dice este, según aquel reproduce— la cuestión es fácil de resolver. Cuando el tercero construye en suelo de otro, hace obra en provecho y utilidad de aquel que en tal momento es el propietario del suelo; de ahí que la indemnización debe ser cosa suya y de nadie más. Debe advertirse, además, que el nuevo propietario adquiere la cosa en el estado en que se encuentre, y por tanto ha pagado por ella al adquirirla todo lo construido; ¿cómo obligarle entonces á pagar de nuevo»; y a esto añadía ya el propio MANRESA: «Sin duda, pues, aunque el tercero puede dirigirse contra el dueño actual del terreno, la indemnización debe correr á cargo de quien se ha aprovechado de la accesión».

(119) En cuyo Fundamento Jurídico 3.º dice: *«...es lo cierto que falta un requisito esencial que se encuentra insito en la propia formulación de la norma* —refiriéndose al

*Mutatis mutandis*, aplíquese lo dicho también al lado activo, a la condición de acreedor (que en el caso del 361 CC es el constructor), a toda accesión en general, incluida la invertida, al 360 del Código Civil también, y ya sea transmitido el suelo invadido o lo sea incluso el edificio invasor.

Es algo parecido a lo que acontece según dicen los propios artículos 360 —en su *por otro*— y 365 del Código Civil, cuando, siendo un tercero quien construye, el deber de pagar el valor de lo accedido corresponde al *dominus soli*; no es —ya se ha dicho— por la eficacia real o *propter rem* de tal obligación pecuniaria, sino porque, en virtud de la accesión (del principio *superficies solo cedit*), el verdadero y único enriquecido finalmente es el dueño del suelo; todo ello al margen de cómo se resuelva la relación interna entre ellos (el tercero constructor y el *dominus soli*).

No puede, en cambio, decirse lo mismo de la obligación de indemnización por daños y perjuicios; aquí, aun siendo tal vez posible la fungibilidad en el lado activo (en la condición acreedora), resulta difícil la cesión en el lado pasivo (en la condición deudora). Porque deudor de la indemnización será siempre su autor. Tan difícil será ceder la deuda resarcitoria (salvo con el consentimiento del acreedor, claro es), como difícil es transmitir la que asume el dueño de un animal causante del daño por el solo hecho de luego dar o vender dicho animal; también la suya es una deuda personal determinada *ob rem* (cfr. art. 1905 CC). Solo será transmisible tal deuda, si la obra es transmitida *mortis causa* a título universal, como efecto de haber aceptado la herencia (cfr. arts. 661 y 1112 CC).

Advertida esta diferencia entre la eficacia de la obligación de pagar el valor de lo accedido y la puramente indemnizatoria, son muchos, en Italia sobre todo, quienes creen que mientras la deuda resarcitoria es puramente personal, *erga debitorem* (como, en efecto, lo es), la otra es auténtico deber jurídico-real, porque prácticamente se ejerce contra el tercero adquirente, quien, tras en efecto pagar lo que se le reclama, podrá dirigirse contra el transmitente exigiéndole la responsabilidad pertinente por evicción, esto es, por defecto de cabida o, en su caso, por vicio oculto (120). Así también cabría entenderlo en nuestro Derecho

---

art. 361 CC— *y que impide su aplicación a favor del constructor* —del caso—, *cual es el de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno pues ello no ocurre cuando, como ahora sucede y no se discute, el titular dominical del suelo adquirió la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encontraba ya incorporada al mismo y, por tanto, su existencia ya se habría tenido en cuenta para establecer su prestación en el negocio de transmisión».*

(120) Así, FAVARA, E. («Legitimazione passiva alla domanda di accessione invertita», en *Rivista Giuridica dell'Edilizia,* 1962, págs. 597 a 600); PARADISO, M. (*L'accessione al suolo: artt. 934-938,* Milán, 1994, pág. 290); MARTINI, R. («Accessione invertita e occupazione acquistiva», en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 1988, II, pág. 251); QUARANTA, A. y PREDEN, R. *(Commentario teorico-prattico al Codice Civile, Lib. III: Della proprietà,* dir. V. De Martino, Roma, 1971, págs. 517 y 518).

(cfr. arts. 1469 y sigs., y 1484 y sigs. CC) (121). Mas de suceder así, será porque el tercero adquirente-*solvens* no ha opuesto al reclamante su no enriquecimiento; de ahí que, como cualquiera que paga una deuda ajena, deba dirigirse contra el transmitente, el verdadero deudor por ser el único enriquecido. Pues, ¿en qué deber *propter rem, natura sua* ambulatorio con la cesión de la cosa, se fundaría tal reintegro o reembolso? Más que al mecanismo del deber *ob rem* recuerda, en cambio, tal reintegro a lo que podrá hacer el comprador de un piso después de pagar a la comunidad de vecinos cuotas que dejó pendientes el antiguo dueño vendedor y que aquel ignoraba o no asumió en el contrato de compraventa. A la evicción no se llegará en tal caso, pero sí al reintegro. Y lo mismo puede decirse —del supuesto antes indicado— de quien adquiere un animal y salda el daño que este causó antes de adquirirlo cuando otro era su dueño, y único responsable de la indemnización. Porque en todos estos casos (de la accesión, de la cuota comunitaria, y en el del animal), se trataba de verdaderas obligaciones personales, aunque determinadas *ratione rei*.

Quizá reste un último apunte, aunque referido al caso en que no hay deber pecuniario ninguno, esto es, al caso en que habiendo mala fe en el constructor invasor, luego, acabada o no la obra, este la haya trasmitido —onerosamente, desde luego— a un tercero que posteriormente se ve privado de ella, sin pago ninguno, por decisión del *dominus soli* invadido al amparo del artículo 362 del Código Civil. A ese tercero adquirente de la obra invasora, que por accesión es ajena, solo le queda exigirle al constructor la responsabilidad pertinente (como mínimo, la restitución del precio), anulándose la compraventa por defecto de legitimación, al no ser dicho constructor el dueño de la obra (arts. 1303 y sigs. CC) (122).

## CONCLUSIONES

I. Apegándose a la letra del artículo 361 del Código Civil, y en contraste con las demás normas (los arts. 360, 362 y sigs. CC), que regulan una accesión que opera automáticamente con la incorporación de la obra al suelo, práctica unanimidad hay en jurisprudencia y en doctrina, con solo alguna voz disonante, al afirmar que la accesión en la hipótesis del artículo 361 del Código Civil, la más frecuente en la realidad, no opera automáticamente tras la incorporación de la obra al suelo; que está doblemente condicionada: primero, a la opción contenida en dicha norma que sea elegida por el *dominus soli*

(121) Y así lo plantea, entre interrogantes, CARRASCO PERERA, A. (pág. 72), cuando quien transmite es de mala fe, y quien adquiere de buena fe.

(122) Así ya, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (pág. 140).

invadido, y, segundo, al pago de lo finalmente accedido. Entretanto se decida y pague lo debido, dentro de esta tesis mayoritaria, hay quienes estiman el edificio sin dueño, y hay quienes lo consideran del constructor, estando de momento separadas las propiedades del suelo y de la obra.

II. En contra de dicha tesis mayoritaria, en este trabajo se aboga por una interpretación sistemática de todos los artículos 360 a 365 del Código Civil (que regulan los efectos jurídico-obligacionales de la accesión), desde la única base lógica y natural del artículo 358 del Código Civil (del principio *superficies solo cedit* que determina su principal efecto jurídico-real).

III. Conforme al tradicional principio *superficies solo cedit* toda accesión inmobiliaria opera —ha operado siempre— automáticamente, por una razón lógica y natural, tras la incorporación inseparable de la obra al suelo. Es la propia Ley la que aquí funciona como fuente directa en la adquisición de la propiedad (*ex* art. 609 CC).

IV. La opción contenida originalmente en nuestro artículo 361 *in fine* del Código Civil no fue introducir sin precedentes una accesión diferida, sino otra: para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió por su propia voluntad, y que incluso puede resultarle dañina o indeseable. Justo, o proporcional, es que, pudiendo ser que no quiera, o peor aún, que no pueda pagarle al constructor el valor de tal obra, pueda deshacerse de ella vendiéndola (u ordenando su demolición en el caso del 363) de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquel impuso la ley.

V. En una visión unitaria, la opción que en general para la construcción en suelo ajeno disponen esos artículos 361 a 363 del Código Civil es la siguiente: o bien aceptar la accesión ya ganada, ya operada desde la incorporación, pagando la obra ajena solo si el obrante fue de buena fe (art. 361 CC), o gratuitamente si lo fue de mala fe (art. 362 CC); o bien renunciar a la acción ganada, ya producida, pudiendo hacerlo vendiendo el suelo y entregando la obra —naturalmente sin cobrar nada por ella—, solo si el edificante obró de buena fe (art. 361 *in fine*), o bien ordenando la demolición de la obra a costa del propio constructor, si este actuó de mala fe (art. 363 CC).

VI. Frente a los fantasmas teóricos y los inconvenientes prácticos de la tesis mayoritaria de la accesión diferida y condicionada (que habla de edificio sin dueño, o de propiedades separadas de suelo y obra entretanto el *dominus soli* decide y actúa), en la tesis de la accesión automática, que en este trabajo se defiende, todo es mucho más sencillo por ser mucho más lógico, más acorde al *superficies solo*

*cedit:* la accesión opera automáticamente, desde la incorporación inseparable de la obra al suelo, y tras ella se produce, en efecto, una disociación —bastante normal en muchos ámbitos del Derecho— entre la propiedad, que lo es de todo (suelo y edificio), y que por accesión corresponde al *dominus soli*, y la posesión que, recayendo también sobre aquel todo unitario (suelo y edificio), corresponde de momento al constructor, quien mientras siga poseyendo podrá retenerlo en garantía del valor de la obra que se le debe, y que podría llegar a adquirir ese todo por usucapión.

VII. Frente al debate interno habido dentro de la tesis mayoritaria acerca de la naturaleza, plazo y eficacia del derecho de opción del artículo 361 del Código Civil (que si de gestión o de disposición, que si a ejercitar en treinta, quince años o menos…), en la tesis que aquí se defiende, al operar automáticamente la accesión y al contener, en efecto, la opción del artículo 361 del Código Civil (o de los arts. 361 a 363 CC en general), un derecho potestativo, integrante del dominio ya adquirido por accesión, su ejercicio no puede estar sometido a plazo ninguno, como tampoco lo está la facultad de vender, de hipotecar, de usufructuar… el dominio. *In facultativis non datur praescriptio*. El que sea imprescriptible no impide la posibilidad en su contra de la usucapión por parte del edificante, o del tercero adquirente.

VIII. Una vez incorporada la obra al suelo, el *dominus soli* invadido, dueño de todo y titular del derecho potestativo, tiene dos opciones: reclamar y adquirir la posesión de la propiedad ya adquirida por accesión, o bien renunciar a esa propiedad ganada por accesión:

A) Si, en efecto, el dueño del solar invadido decide adquirir la posesión de lo que ya es suyo, para ello no estará sometido a ninguna condición previa si el constructor actuó de mala fe, pues en tal caso, según el artículo 362 del Código Civil, nada le debe. Pero si el edificante construyó de buena fe, entonces, por aplicación del artículo 361 del Código Civil, para adquirir la posesión de su dominio, para *hacer suya la obra,* como dice dicha norma, ha de pagar el valor del edificio. Al ser el pago de una deuda, su realización ha de estimarse como simple acto de gestión, de administración del dominio previa y legalmente adquirido. Tal acto habrá de ser *natura sua* eficaz *erga omnes*, frente a cualquier tercero que adquiera el edificio, con independencia de a quien deba corresponder el pago de lo establecido en el 361 *ab initio* y de la posible reclamación que pueda hacer aquel tercero al constructor que le transmitió la obra.

B) Si el *dominus soli* invadido desea renunciar a la propiedad ganada por accesión, se estará en tal caso ante un claro acto dispositivo del dominio, de pura renuncia, que es altruista —gratuita— en el caso del 363, o atributiva, onerosa y forzosa en el caso del 361 *in fine*. Como acto dispositivo integrado en el *jus disponendi* de la propiedad, su ejercicio es eficaz *erga omnes*. Pero como acto de renuncia que es, si la opción elegida es la destrucción de la obra, por haber actuado de mala fe el edificante, en virtud del artículo 6.2 del Código Civil tal decisión no puede afectar a los terceros adquirentes del edificio que lo sean de buena fe.

IX. En cuanto a si rige el principio nominalista o el valorista en las deudas pecuniarias —restitutoria e indemnizatoria— que recogen los artículos 360 y 361 del Código Civil (en el fondo, si los elementos a abonar —suelo u obra— se valoran en el momento de la incorporación o en el de su efectivo pago—), no debe haber problema ninguno en la tesis de la accesión automática al ser ambas deudas de valor: con la incorporación de la obra al suelo se produce, automáticamente y *ex lege* (*ex* 609 CC), la accesión (la adquisición de la propiedad de lo accesorio), y también en ese mismo instante nace, siempre *ex lege* (*ex* arts. 360 y 361 como ejemplos de fuente legal *ex* art. 1089 CC), la obligación de restitución y, en su caso, de indemnización, cuyo vencimiento, y liquidación, vendrán *a posteriori*, como sucede con toda deuda de valor, coincidiendo con el momento efectivo del pago tras su reclamación.

X. En los artículos 360 y 361 del Código Civil no se está en presencia de verdaderos deberes *propter rem;* su función no es la de garantizar, conforme al *neminem laedere,* una convivencia pacífica entre los derechos reales concurrentes o colindantes, sino la de reparar el daño causado y la de compensar un enriquecimiento injusto producido, precisamente, por haberse incumplido ese deber general de respeto que merece todo derecho real, al obrar con material o en suelo de propiedad ajenos. En ellos, la posibilidad deambulatoria de la acción obligacional no será ya *ratione rei* o *propter rem*, no es la ambulatoriedad, ni la exigibilidad real o *erga omnes* propias de los verdaderos deberes jurídico-reales, sino la propia variabilidad o fungibilidad —en nuestro caso— del valor a pagar o del daño a resarcir.

## BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA, AMÉN DE LA MANUALÍSTICA, PATRIA Y EXTRANJERA)


ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios al Código Civil, T. V-1.º (arts. 333-381)*, dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990.

ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», en *Aranzadi Civil*, 1996-III, pág. 87 y sigs.

ARCOS VIEIRA, M. L.: «Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil», en *Aranzadi Civil,* 1996-III, pág. 47 y sigs. (tomado de Internet: Westlaw).

BERLIRI, L. V.: «Obbiezioni al dogma *superficies solo cedit* nel Diritto odierno», en *Temi Emiliana*, 1932-II, págs. 1-61.

BRANCA, G.: Voz «Accessione», en *ED*, I, págs. 261-272.

CARRASCO PERERA, A.: Ius aedificandi *y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, con prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986.

— «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDP*, 1996, págs. 886-912.

CUSI ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 323-338.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código Civil», en *La Ley*, 1985-4, págs. 477-500.

DE LA PLAZA, M.: «Construcciones sobre suelo ajeno (Contribución al estudio de la accesión en Derecho español)», en *RDP*, 1947, págs. 439-448.

DE SOLAS RAFECAS, J. M.: «La construcción extralimitada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *AC*, 1989-1, págs. 857-866.

DÍEZ-PICAZO, L.: «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 829-861.

DORAL GARCÍA, J. A., y TORRES LANA, J. A.: «El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *RGLJ,* 1981, págs. 27-44.

GARRIDO PALMA, V. M.: «*¿Superficies solo cedit?* El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 89-164.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil,* T. II, Madrid, 1948.

GORLA, G.: «L'accessione nel Diritto Civile Italiano (Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà)», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, págs. 87-162.

GOUBEAUX, G.: *La régle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Accesiones inmobiliarias», en *Protección del derecho de propiedad, en Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1994, págs. 217-236.

HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, págs. 729-765.

HERRERA OVIEDO, M.: «Operatividad de la accesión invertida», en *AC*, 2006, págs. 743-749.

JOURDAIN, P.: «Empiétement sur le terrain d'autrui: une responsabilité *propter rem*», en *Rev. Trim. Droit Civ.,* 1999, págs. 638-640.

LATOUR BROTONS, J.: «La construcción extralimitada», en *RDP*, 1966, 261-265.

LIVIE, P.: *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951.

LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante», en *La Ley*, 1994-1.º, págs. 964-972.

MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004.

NAVAS NAVARRO, S.: «La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)», en *ADC*, 1995, págs. 85-162.

NÚÑEZ BOLUDA, M. D.: *La accesión en las edificaciones*, con prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1994.

NUTI, G.: «*Accessio, datio, translatio materiae*», en *Riv. Dir. Priv.,* 1940, págs. 289-329.

OROSA ROLDÁN, M. A.: «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1270-1286.

PARADISO, M.: *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994.

PASQUALI, G.: Voz: «Accessione (Dir. di)», en *DI*, págs. 286-322.

ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario, T. III y IV*, Barcelona, 1948 y 1968, respectivamente.

— «Ensayo sobre el derecho real de superficie», en *RCDI,* 1961, págs. 25 a 28, especialmente.

SANZ FERNÁNDEZ, A.: «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia,* Valencia, 1947, págs. 111-213.

SERRANO ALONSO, E.: «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil », en *RDP*, 1981, págs. 669-688.

SOTO NIETO, F.: «La construcción extralimitada», en *Estudios Jurídicos varios,* vol. I, Madrid, 1983, págs. 129-190.

STOLFI, G.: «In tema di acquisto delle costruzioni elevate sul suolo altrui», en *FI,* 1936, I, pág. 235.

TRAVIESAS, M.: «Ocupación, accesión y especificación», en *RDP,* 1919, págs. 289-303.

VOCI, P.: *Modi di acquisto della proprietà* (Corso di Diritto Romano), Milán, 1952.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

STS de 12 de diciembre de 1908 *(JC* 120).
STS de 28 de abril de 1923 (tomada de Alcubilla, Apéndice de 1924).
STS de 30 de junio de 1923 *(JC* 115).
STS de 2 de enero de 1928 *(JC* 1).
STS de 21 de mayo de 1928 *(JC* 137).
STS de 28 de octubre de 1931 *(RJ* 1930-1931, 2215).
STS de 23 de marzo de 1943 *(RJ* 1943, 405).
STS de 18 de marzo de 1948 *(RJ* 1948, 467).
STS de 31 de mayo de 1949 *(RJ* 1949, 721).
STS de 17 de diciembre de 1957 *(RJ* 1958, 535).

STS de 2 de diciembre de 1960 *(RJ* 1960, 3782).
STS de 17 de junio de 1961 *(RJ* 1961, 2728).
STS de 15 de octubre de 1962 *(RJ* 1962, 3870).
STS de 5 de julio de 1966 *(RJ* 1966, 3670).
STS de 20 de mayo de 1977 *(RJ* 1977, 2132).
STS de 11 de diciembre de 1978 *(RJ* 1978, 4357).
STS de 10 de diciembre de 1980 *(RJ* 1980, 4742).
STS de 27 de diciembre de 1980 *(RJ* 1980, 4759).
STS de 9 de febrero de 1981 *(RJ* 1981, 388).
STS de 15 de junio de 1981 *(RJ* 1981, 2524).
STS de 28 de mayo de 1985 *(RJ* 1985, 2831).
STS de 12 de noviembre de 1985 *(RJ* 1985, 5582).
STS de 6 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6520).
STS de 13 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6526).
STS de 24 de enero de 1986 *(RJ* 1986, 117).
STS de 31 de diciembre de 1987 *(RJ* 1987, 9715).
STS de 23 de febrero de 1988 *(RJ* 1988, 1277).
STS de 22 de noviembre de 1989 *(RJ* 1989, 7900).
STS de 9 de febrero de 1991 *(RJ* 1991, 1160).
STS de 17 de febrero de 1992 *(RJ* 1992, 1261).
STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 10276).
STS de 6 de noviembre de 1992 *(RJ* 1992, 9229).
STS de 22 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6275).
STS de 8 de febrero de 1994 *(RJ* 1994, 833).
STS de 12 de diciembre de 1995 *(RJ* 1995, 9601).
STS de 27 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5398).
Auto TS de 22 de julio de 1997 *(RJ* 1997, 9373).
STS de 16 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 5056).
STS de 15 de febrero de 1999 *(RJ* 1999, 1240).
STS de 17 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4387).
STS de 27 de enero de 2000 *(RJ* 2000, 126).
STS de 9 de febrero de 2006 *(RJ* 2006, 547).
SSTS de 28 de febrero de 2007 *(RJ* 2007, 821 y *RJ* 2007, 1627).

*RESUMEN*

*ACCESIÓN*
*PROPIEDAD*

*Frente a la tesis doctrinal mayoritaria y unánime de nuestra jurisprudencia que*

*ABSTRACT*

*ACCESSION*
*OWNERSHIP*

*The unanimous majority doctrinal thesis of our case-law deems accession under*

*entiende la accesión del artículo 361 del Código Civil, sobre construcción en suelo ajeno, condicionada a la opción elegida por el dueño del suelo invadido y al pago efectivo de lo accedido (sea la obra o el suelo), en este trabajo se entiende que la del artículo 361 del Código Civil, como toda accesión inmobiliaria en general, opera automáticamente con la incorporación de la obra al suelo, de conformidad con el tradicional principio* superficies solo cedit *que para toda accesión inmobiliaria consagra el artículo 358 del Código Civil.*

*Las ventajas prácticas que ofrece esta tesis —que aquí no se van a desvelar, como tampoco se descubre su fundamento jurídico— contrastan con los innumerables inconvenientes que en la realidad provoca el diferir y condicionar de aquel modo la accesión: así, por ejemplo, ¿a quién corresponde la propiedad del edificio mientras el dueño del suelo decide y después se paga lo debido: al que lo construyó, al* dominus soli, *o tal vez a ninguno de ellos?; ¿y a quién su posesión? ¿Cabe retener la obra como garantía del pago de lo accedido? ¿Cabría usucapir la propiedad de la obra levantada, o incluso la del suelo invadido, mientras transcurra el tiempo sin que el dueño del suelo reaccione de algún modo ante la invasión? Y, una vez tomada la decisión y pagado lo debido, ¿operará la accesión retroactivamente al momento de incorporación de la obra al suelo, al momento de la decisión, u operará irretroactivamente desde el pago? Son casi todos interrogantes, como tantos otros, que en la tesis de la accesión automática ni siquiera se suscitan o se resuelven de un modo muy sencillo.*

*article 361 of the Civil Code (concerning construction on third-party ground) to hinge upon the option chosen by the owner of the invaded land and actual payment for the object of accession (be it the construction or the land). This paper takes the opposite view. It deems accession under article 361, like all real property accession in general, to operate automatically with the addition of the construction to the ground, in conformity with the traditional rule of* superficies solo cedit, *which is established for all real property accessions by article 358 of the Civil Code.*

*This thesis's practical advantages (which, with the legal foundations of the thesis, will not be revealed here) contrast with the innumerable drawbacks that crop up in actual practice when accession is deferred and predicated as described above. For example, who holds ownership of the building while the land owner is deciding and until the land owner pays what is due, the person who built it, the* dominus soli, *or perhaps neither? Who holds possession of the building? Can the building be withheld as security for payment on the object to which the land owner wishes to accede? Would ownership of the raised construction, or even ownership of the invaded land, be liable to usucaption until and unless the landowner reacts somehow to the invasion? And, once the decision has been taken and the sum due has been paid, will accession apply retroactively as of the time when the construction was put on the land or the time when the decision was made, or will it apply non-retroactively as of the time of payment? These and many other questions are almost all issues that either do not even arise or are settled very simply under the thesis of automatic accession.*

*(Trabajo recibido el 28-9-2010 y aceptado*
*Para su publicación el 29-11-2011)*

# El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar

por

ANA LÓPEZ FRÍAS

*Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada*

*SUMARIO*

I. PLANTEAMIENTO.

II. HIPOTECA *VERSUS* DERECHO DE USO.

1. Uso anterior a la constitución de la hipoteca.

A) *Impugnación del acto de enajenación.*
B) *Ejecución hipotecaria: ¿subsistencia del uso?:*

*a)* Uso no inscrito.
*b)* Uso inscrito.

2. Uso posterior a la constitución de la hipoteca.

III. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. PLANTEAMIENTO

El derecho de uso de la vivienda asignado a uno de los cónyuges en sentencia de nulidad, separación o divorcio entra a veces en conflicto con los derechos que sobre ese inmueble pueda ostentar un tercero. Tal colisión apenas ha recibido atención en el Código Civil. Únicamente encontramos una referencia normativa

relacionada en parte con este tema en el párrafo 4.º del artículo 96, cuando establece que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso se haya asignado al cónyuge no titular será necesario el consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial.

Al margen de las dificultades de interpretación que ha suscitado este apartado, lo cierto es que la casuística práctica ha desbordado tan breve previsión del legislador (1). De ello son reveladores los numerosos litigios que han surgido con motivo de la hipoteca o del embargo de una vivienda cuyo uso corresponde al cónyuge no propietario tras la crisis matrimonial. Se suscita en estos pleitos el problema de determinar en qué situación queda el derecho de uso al producirse la ejecución forzosa de la finca: si es o no oponible al adjudicatario, si se mantiene o se extingue al cambiar la titularidad del inmueble como consecuencia del procedimiento de ejecución. La pregunta es, al mismo tiempo, en qué casos debe respetar el adjudicatario la ocupación del inmueble, y cuándo puede, por el contrario, instar legítimamente el desalojo de quienes lo habitan.

No solo la ausencia de una regulación específica sobre esta cuestión hace que sean complejas las relaciones entre el derecho de uso de la vivienda y los derechos derivados de la hipoteca o del embargo. También incide muy significativamente a este respecto la circunstancia de que nos encontramos ante una figura conceptualmente «incómoda» que resulta difícil de encuadrar en las categorías existentes. Esa dificultad se explica, entre otras razones, por la doble dimensión (familiar y patrimonial) del derecho de uso, así como por el hecho de que la situación jurídica previa del inmueble sobre el que recae varía según los casos. Nos referimos a que la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges o a uno solo; o bien puede ser propiedad de un tercero, y en este caso cabe que se trate de un inmueble arrendado o también que haya sido cedido gratuitamente por el dueño y ocupado por la familia en precario. Tal diversidad de situaciones en relación con la titularidad o goce de la vivienda hace más difícil reconducir el derecho de uso a una determinada institución que actúe como fuente normativa en las materias en las que carece de regulación propia.

Pero el presente trabajo no va a centrarse en la tan estudiada naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, sobre la que, como se ha dicho, han corrido «ríos de tinta» (2). Su propósito es mucho más concreto y también

---

(1) Subraya Martín Muñoz, A. («El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 44, 2009, pág. 65) cómo esa abundante casuística contrasta con la juventud legal del derecho que nos ocupa (1981) y con su orfandad de posterior desarrollo legislativo.

(2) La expresión es de Pérez Ureña, A. A., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad, a la luz de la jurisprudencia registral», en *El consultor inmobiliario,* núm. 98, febrero de 2009, La Ley digital 30/2009. Y, efectivamente, la bibliografía sobre el tema es muy abundante. Vid., entre otros muchos autores, Cervilla Garzón, M. D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», Marcial Pons, 2005,

más modesto: buscar una respuesta al conflicto apuntado que surge con motivo de la hipoteca o del embargo de la vivienda cuando el deudor es el cónyuge no titular del uso. Ello implica que quedan fuera del estudio los supuestos en que la casa se ha ocupado en la fase de normalidad matrimonial en virtud de un arrendamiento, un comodato o un precario, es decir, los casos en que la vivienda no pertenece a ninguno de los esposos. Porque en esas hipótesis no se plantea el problema que se pretende explicar, aunque sí puedan surgir otros debates (3).

---

págs. 41 y sigs.; Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar,* Aranzadi, 1995, págs. 503 y sigs.; Gómez Gálligo, F. J., «Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España,* julio de 1996, págs. 1694 y sigs.; Goñi Rodríguez de Almeida, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI,* núm. 710, 2008, pág. 2519 y sigs.; Juanes Peces, A., y Galván Arias, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *BCNR,* enero de 1993, págs. 16 y sigs.; Lucini Casares, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición sobre la misma», en *RCDI,* núm. 596, 1990, págs. 99 y sigs.; Luque Torres, G., *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias,* Comares, 2002, págs. 22 y sigs.; Martín Meléndez, M. T., «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal», en AA.VV. (coordinador: Llamas Pombo): *Estudios de Derecho de Obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso,* tomo II, La Ley, 2007, págs. 249 y sigs.; De la Puente Alfaro, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI,* 2006, págs. 2371 y sigs.; Tamayo Carmona, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición,* Aranzadi, 2003, págs. 110 y sigs.

(3) Por ejemplo, el problema que aparece cuando los dueños de una vivienda la ceden gratuitamente a su hijo casado para que habite en ella con su familia, y después, tras la crisis del matrimonio, se atribuye el uso del inmueble a la exnuera. Se suscita entonces la pregunta de si los propietarios de la casa pueden recuperar la posesión de la misma. La STS de 2 de octubre de 2008, seguida por otras posteriores (SSTS de 29 de octubre, 30 de octubre, 13 de noviembre y 14 de noviembre de 2008, 30 de abril de 2011, entre otras), fija al respecto como doctrina jurisprudencial la siguiente: *«La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».* En consecuencia, cuando se produce la nulidad, separación o divorcio de los poseedores del inmueble, sus propietarios pueden recuperarlo en cualquier momento, ejercitando la acción reivindicatoria o recurriendo al denominado desahucio por precario. Vid. Marín López, M. J., «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008», en *CCJC,* núm. 80, ref. 2120, pág. 677 y sigs., y «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar», en *RDP,* 2008, núm. 2, págs. 13 y sigs.; y Costas Rodal, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil,* núm. 5/2010, BIB 2010/1501. El criterio del Supremo sobre este tema es también el que se ha acogido en el artículo 233-21 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al disponer que «si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución del uso acaban cuando este reclama su restitución».

Delimitado, pues, el objeto de estas páginas, y aun queriendo eludir las disquisiciones sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso, es obligado adoptar una determinada postura en torno a su configuración y alcance en los supuestos que sí entran en el presente trabajo. Postura necesaria como punto de partida para después poder exponer la interacción del uso con el embargo o la hipoteca de la vivienda.

A este respecto, se considere propiamente un derecho real o bien se le denomine como derecho de carácter familiar, según prefiere en los últimos tiempos la jurisprudencia, lo cierto es que el derecho de uso supone una limitación del dominio pues restringe las facultades de libre disposición y de goce o utilización que corresponden al propietario de la vivienda. Desde esta perspectiva, puede entenderse que constituye una carga que recae sobre el inmueble y que, como tal carga o gravamen, ha de tener eficacia frente a terceros. De hecho, afirman esa eficacia del uso más allá de los cónyuges numerosas sentencias, se pronuncien o no sobre la naturaleza del derecho que nos ocupa, añadiendo seguidamente su posible inscripción en el Registro de la Propiedad (4).

Sin embargo, la afirmación de la trascendencia real del derecho de uso no resuelve por sí sola todas las situaciones de colisión del mismo con los derechos que pueden derivar de un procedimiento de ejecución sobre la vivienda. Hay que precisar cuáles son, en este ámbito, los requisitos, los límites o las excepciones de la oponibilidad frente a terceros de la ocupación familiar tras la crisis del matrimonio. Ese es el propósito de los siguientes epígrafes.

## II. HIPOTECA *VERSUS* DERECHO DE USO

La conexión del derecho de uso y la hipoteca sobre la vivienda familiar y, más concretamente, el análisis de cuándo ha de prevalecer un derecho sobre

(4) Vid., entre las más recientes sentencias del Supremo, las de 4 de enero de 2010, 18 de enero de 2010, 8 de octubre de 2010 y 22 de noviembre de 2010. La posibilidad de inscripción está consolidada en la práctica y de ella no se duda en la doctrina actual. Sobre el fundamento y los requisitos de esta inscripción, vid. Goñi Rodríguez de Almeida, M., *La especial naturaleza del derecho de uso…,* cit., pág. 2522 y sigs.; y Martín Muñoz, A., *El derecho de uso de la vivienda familiar…,* cit., págs. 71 y 7; así como las Resoluciones de la DGRN de 25 de octubre de 1999 y 19 de septiembre de 2007. Esta última afirma: «el derecho de uso, si bien de naturaleza, personal o real, discutida, limita las facultades dispositivas del propietario de la finca (art. 96 del CC), por lo que incuestionablemente merece la protección registral. Con ello se evita la aparición de eventuales terceros que, ante la falta de inscripción del uso, invoquen la protección que dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». En cuanto a los requisitos necesarios para la inscripción, apunta esta resolución los siguientes: reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial, atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda e inscripción registral del inmueble a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de un tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio solo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros).

el otro va a depender de distintas circunstancias, y la primera de ellas es el momento de su constitución. Se trata de un elemento inicial pero básico para decidir cómo se resuelve el posible conflicto entre el interés del acreedor hipotecario o del adjudicatario y el del cónyuge que habita en la vivienda hipotecada.

El momento en que surge al mundo jurídico la hipoteca está claro, pues, tratándose de un derecho de constitución registral, solo existe como tal desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, ¿cuándo nace el derecho de uso?

Frecuentemente se parte de la base de que es la sentencia de nulidad, separación o divorcio la que origina el derecho que estudiamos. Pero, como ya han explicado otros autores (5), no tiene por qué ser así. Cabe entender que el derecho de uso existe desde que se acuerda en el convenio regulador de fecha fehaciente o bien desde que la autoridad judicial lo atribuye a uno de los cónyuges en las medidas provisionales (art. 103 CC) o previas (art. 104), es decir, antes de que el proceso culmine o incluso antes de iniciarse. Ello sin perjuicio de que el acuerdo de los cónyuges deba ser homologado o la medida procesal ratificada en la correspondiente sentencia definitiva y firme para que se consolide la facultad de ocupar el hogar familiar tras la crisis del matrimonio.

En todo caso, el nacimiento del derecho de uso *ex* artículo 96 no implica de forma automática que sea oponible a titulares posteriores de derechos sobre el inmueble. La oponibilidad del uso frente a terceros es un problema adicional al de la determinación de su fecha de nacimiento. Esa oponibilidad depende no solo de que la ocupación de la vivienda sea anterior a la garantía hipotecaria, sino también de otras variables, como la inscripción o no del derecho de uso y la buena o mala fe del sujeto frente al que se pretende hacer valer.

## 1. Uso anterior a la constitución de la hipoteca

Una vez que hemos identificado cuándo nacen los posibles derechos en conflicto, nos vamos a plantear como primera hipótesis aquella en la que el propietario de la vivienda la hipoteca cuando ya se ha producido la crisis matrimonial y se ha atribuido el uso de la misma al otro cónyuge (6). Aludiremos a dos cuestiones: la posible impugnación del gravamen constituido y, de no producirse esa impugnación, las consecuencias de la ejecución sobre el derecho de uso.

---

(5) Vid. Cervilla Garzón, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...,* cit., pág. 99, y Mondéjar Peña, M. I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», en *Rev. D. Patr.,* núm. 8 (2002-1), pág. 442.

(6) El hipotecante puede ser el dueño de la totalidad del inmueble o bien puede tratarse de una vivienda perteneciente a los cónyuges en comunidad ordinaria, hipotecando quien no tiene el derecho de uso su mitad indivisa.

A) *Impugnación del acto de enajenación*

La válida realización del acto de constitución de la hipoteca exige, por aplicación del artículo 96.4 del Código Civil, el consentimiento del titular del uso, como también es necesaria la conformidad de ambos cónyuges, conforme al artículo 1320, para realizar actos de disposición en las situaciones de estabilidad matrimonial. Ahora bien, cuando está separado o divorciado quien pretende hipotecar por sí solo una vivienda de su propiedad, hay que preguntarse si debe manifestar en la escritura el carácter no familiar del inmueble, lo que equivale a plantear si, habiéndose producido la separación o el divorcio, resulta de aplicación el artículo 91 RH, que sí exige esa manifestación negativa por parte de quien dispone unilateralmente estando vigente su matrimonio.

La RDGRN de 31 de marzo de 2000 afirma que el dueño de una vivienda, de estado civil separado, puede hipotecarla sin que preste su consentimiento el excónyuge, siempre que no esté inscrito a favor de este último un derecho de uso. Y lo hace en un caso en el que el hipotecante omitió una manifestación clara sobre la situación de la finca. De ahí se deduce que el criterio de esta resolución es no exigir tal pronunciamiento para la inscripción de la hipoteca, criterio que actualmente se mantiene en la práctica registral.

En todo caso, y al margen de la cuestión apuntada, lo cierto es que cuando el derecho de uso existe y su titular no ha consentido la constitución de la garantía, este acto de enajenación puede ser impugnado por quien ocupa la vivienda (7). Surge entonces otro interrogante de interés: si el uso no está inscrito en el Registro de la Propiedad, ¿puede alegar el acreedor hipotecario que es un adquirente de buena fe y que debe ser mantenido en su derecho a pesar de la impugnación?

Se suscita esta cuestión en la SAP de Granada de 17 de julio de 2009, en un supuesto en el que el dueño de la vivienda manifiesta en la escritura de constitución de la hipoteca que es soltero, cuando en realidad estaba separado judicialmente y el uso del hogar familiar había sido adjudicado a su mujer y a sus hijos menores de edad. La Audiencia pone en conexión el artículo 96.4 con el 1320.2 del Código Civil («la manifestación falsa o errónea del disponente

(7) Luque Torres, G. (*Crisis matrimoniales...,* cit., pág. 77) afirma que si el uso está inscrito y el acto de disposición es posterior, no es preciso el consentimiento del ocupante ya que no está en peligro su derecho, lo que implica que el negocio no es impugnable si falta ese consentimiento. En cambio, otros autores (Martín Meléndez, M. T., *El uso de la vivienda familiar...,* cit., pág. 296; y Gimeno Gómez-Lafuente, J. L., «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales,* Pamplona, 1986, pág. 153) consideran exigible el doble consentimiento en todo caso, conste o no conste tabularmente el uso. La Resolución de 31 de marzo de 2000 implícitamente se pronuncia en este último sentido.

sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe») y se centra en analizar si la entidad bancaria conoció o pudo conocer el derecho de uso de la recurrente, es decir, si adquirió o no su derecho de buena fe. La conclusión a la que llega es que el acreedor hipotecario sí pudo haber conocido, con la diligencia adecuada al caso, la crisis del matrimonio y la situación de la vivienda familiar (8), por lo que no le ampara el artículo 1320.2 y procede decretar la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca.

Sin embargo, aun estando de acuerdo con la decisión final que adopta esta sentencia, hay que advertir que la forma de proceder en su argumentación choca con la opinión de la doctrina mayoritaria, que limita la aplicación del citado artículo 1320.2, incluido en el régimen matrimonial primario, a los actos de disposición del hogar conyugal realizados en situación de estabilidad del matrimonio: la doctrina dominante no lo considera aplicable cuando tiene lugar la nulidad, separación o divorcio (9). Se han esgrimido en este sentido distintas razones, entre las que destaca el carácter excepcional de dicha norma, la cual mantiene en su adquisición a un sujeto que es parte en un negocio anulable. En nuestro sistema, la regla es que la buena fe (unida a otros requisitos) puede dar lugar a la protección de quien es tercero en relación con un contrato nulo o anulable, pero lo que no se admite es que quien presta su consentimiento en el mismo contrato impugnable pueda invocar a su favor la buena fe como remedio para evitar que la impugnación prospere, ni siquiera en los casos en que el transmitente es titular registral (art. 33 LH). Por tanto, no existiendo en el artículo 96 una norma similar a la del artículo 1320.2, y constituyendo este precepto una regla de excepción en nuestro Ordenamiento, no cabe trasponerla a un ámbito distinto de aquel para el que el legislador la ha establecido (10).

---

(8) Llega a tal conclusión por la existencia previa de relaciones comerciales entre el Banco y el matrimonio que después se separó, así como por el hecho de que la entidad tasadora del inmueble comunicó a la institución bancaria que la vivienda se encontraba ocupada por «familiares» del disponente que no le permitieron acceder a la misma.

(9) Vid. Cervilla Garzón, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...,* cit., págs. 73 y sigs.; Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar,* cit., págs. 550 y 551; Larrondo Lizarraga, J. M., *Jurisprudencia patrimonial comentada. 1995-1998,* Centro de Estudios Registrales, 1999, pág. 977; Lucini Casares, A., *La vivienda familiar en el régimen del Código Civil...,* cit., pág. 95; Martín Meléndez, M. T., *El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular...,* cit., págs. 276 y 277; y «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil,* 1-15 de noviembre de 2009, La Ley Digital 4975\2005.

(10) Es entonces claro que quienes habitan la vivienda reciben un trato diferente en los supuestos de normalidad matrimonial en relación al que tienen cuando se ha producido la ruptura de los cónyuges: el núcleo familiar queda más protegido en este último caso frente a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular. Esa diferencia parece conscientemente querida por el legislador, seguramente con la idea de extremar la protección del derecho a

Lo anterior significa que en la sentencia de la Audiencia de Granada antes referida no habría sido necesario entrar a discutir la buena o mala fe de la entidad prestamista para decretar la ineficacia de la hipoteca constituida sobre la vivienda sin consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Porque en ambas circunstancias puede este cónyuge que ocupa el inmueble hacer valer la limitación de la facultad dispositiva del dueño que establece a su favor el artículo 96.4. O dicho con otras palabras: haya o no haya buena fe del acreedor hipotecario, la constitución de la garantía es anulable (11).

Situación diferente es la que se da cuando el titular del uso impugna la hipoteca y la finca es ejecutada estando pendiente de resolución el juicio sobre la ineficacia de la garantía. ¿Alcanzará el resultado del mismo al adjudicatario? Lo que aquí se plantea es si la nulidad de la hipoteca perjudica al adquirente en la subasta, quedando sin efecto su adquisición. Y la respuesta será negativa siempre y cuando, conforme a las reglas generales de la fe pública registral, dicho adquirente sea un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH. Por consiguiente, la nulidad sí afectará al adjudicatario que no es un tercero sino el propio acreedor hipotecario y al que, aun siendo tercero, conozca o pueda conocer que la hipoteca se ha constituido sin el consentimiento del titular del uso. Así ocurre, por ejemplo, si se ha anotado tempestivamente en el Registro la demanda de nulidad, en cuyo caso queda enervado el juego de la fe pública, de forma que tanto la hipoteca como la transmisión dominical que trae causa de ella resultará ineficaz.

---

permanecer en la vivienda frente a posibles actuaciones fraudulentas de su propietario, que en muchos casos no tiene buena relación con su excónyuge. Ello no obstante, algunos autores consideran criticable ese régimen distinto de tutela del domicilio familiar según se haya o no producido la nulidad, separación o divorcio. Cfr. ALGARRA PRATS, E., «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», en *Derecho Privado y Constitución,* núm. 16, 2002, pág. 121 y sigs.

(11) Un criterio distinto, equivocado a nuestro juicio, sigue la SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2003, que, en un supuesto muy similar al que nos ocupa, da la consideración de tercero hipotecario al Banco, cuando es claro que este no puede ampararse en la fe pública registral siendo parte del contrato anulable. En cambio, mantiene la misma posición que la Audiencia de Barcelona, CERVILLA GARZÓN, M. D. (*op. cit.*, págs. 75 y 76), al afirmar que, aunque el adquirente de buena fe no puede acogerse al artículo 1320.2, sí puede quedar protegido frente a la acción de anulabilidad por la normativa hipotecaria. En todo caso, hay que aclarar que la sentencia mencionada fue dictada antes de que entrase en vigor la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 233-25 establece que «el propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso».

B) *Ejecución hipotecaria: ¿subsistencia del derecho de uso?*

*a)* Uso no inscrito

Supongamos ahora que el titular del uso (que carece de reflejo registral) no impugna la garantía hipotecaria, el propietario de la vivienda no paga el préstamo y se produce la ejecución de la hipoteca, adjudicándose el inmueble en subasta al mejor postor. Esta enajenación no es de los actos dispositivos que puede atacar el cónyuge que no ha consentido. Estamos ante una enajenación forzosa por impago de una deuda del dueño cuya validez no depende del consentimiento del deudor ni de su cónyuge o excónyuge (12). La cuestión es entonces si, una vez que el inmueble ha cambiado de propietario, subsiste el derecho de uso que no se inscribió pero que es anterior a la constitución de la hipoteca (13).

Para resolver esta pregunta debemos tener en cuenta que el derecho de uso no ha sido configurado por el legislador como un derecho «blindado» frente a las vicisitudes por las que puede atravesar la titularidad del hogar familiar (sobreprotección que, en cambio, sí se da en el arrendamiento de vivienda durante los primeros cinco años). La tutela específica del uso se contempla en el tan citado artículo 96.4 del Código Civil, pero, más allá de esa previsión, habrá que recurrir a las reglas generales relativas a la colisión de derechos sobre bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad (14). Ello supone que si el derecho de uso no se ha inscrito, el tercero que adquiera cualquier derecho real sobre la finca puede quedar indemne frente al uso en base al artículo 32 LH, es decir, al inscribir de buena fe su adquisición onerosa. Pero adviértase que la adquisición protegida puede tener por objeto un derecho real limitado como es la hipoteca: el acreedor hipotecario, si es de buena fe, no debe verse perjudicado por lo no inscrito. Cierto que la entidad prestamista es parte en el negocio dispositivo (hipoteca) y, como hemos dicho antes, resultará afectada por su impugnación en caso de que se produzca. Pero si la anulación no tiene lugar,

---

(12) Vid. STS de 18 de febrero de 1995. La limitación a la facultad de disponer que resulta del artículo 96.4 del Código Civil se refiere, al igual que la establecida en el artículo 1320.1, a los actos dispositivos de la vivienda realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no impide el embargo ni la ejecución hipotecaria del hogar familiar para satisfacer el derecho de los acreedores. Vid., igualmente, De la Puente Alfaro, F., *La protección de la vivienda familiar...,* cit., pág. 2366, y Luque Torres, G., *Crisis matrimoniales...,* cit., pág. 93.

(13) Obsérvese que ahora planteamos la oponibilidad del uso frente al adjudicatario, mientras que en el epígrafe anterior nos hemos referido a la oponibilidad a dicho sujeto de la nulidad de la hipoteca, si la impugnación de la garantía se produce. Son, por tanto, dos cuestiones distintas.

(14) Cfr. Cervilla Garzón, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar...,* cit., págs. 97-99; y Mondéjar Peña, M. I., *Oponibilidad al adquirente judicial...,* cit., págs. 447 y 448.

el negocio queda confirmado y la cuestión deviene otra: la eventual oponibilidad del uso frente a terceros, entre los que está el acreedor hipotecario, quien sí es tercero en relación a la atribución de ese derecho, por lo que, reuniendo los requisitos necesarios, podrá ampararse en la fe pública registral.

Lo que sucede es que el problema de la oponibilidad del uso no se suele plantear cuando la hipoteca está constituida pero la vivienda no ha cambiado de propietario. Lo normal en la práctica es que surja cuando ya se ha producido la ejecución hipotecaria y hay un nuevo dueño de la vivienda que reclama su posesión. Es aquí donde se manifiesta el conflicto que indicábamos al principio del epígrafe entre la persona a la que se atribuyó el uso de la vivienda familiar y el adjudicatario. Pues bien, si, como estamos contemplando, el uso no está inscrito y el acreedor hipotecario adquirió su derecho de buena fe, ese conflicto ha de resolverse a favor del adjudicatario en el proceso de ejecución. Porque estando el titular de la hipoteca protegido por la fe pública registral, el objeto hipotecado va a ser la vivienda sin la carga del uso: eso es lo que se ejecuta y eso es lo que adquiere el adjudicatario. El nuevo dueño deriva su adquisición de la garantía hipotecaria, cuyo alcance no está restringido por el uso. Sería no solo incongruente sino también incorrecto afirmar que este derecho es inoponible al acreedor hipotecario y que en cambio sí se puede hacer valer frente al adquirente en la ejecución, pues la protección que la fe pública otorga a ese acreedor se concreta en el valor de la garantía, o sea, en lo que es objeto de la ejecución, en lo que adquiere el adjudicatario: el inmueble tal y como quedó gravado por la hipoteca, libre del uso.

Por tanto, el asunto de la subsistencia del derecho de uso no inscrito tras la ejecución hipotecaria de la vivienda, hay que resolverlo analizando si el uso es o no oponible al acreedor hipotecario. De forma que si se concluye que este sujeto adquirió el derecho real de hipoteca de buena fe, no solo queda protegido él, sino también el adjudicatario, quien podrá obtener la posesión de la finca ejecutada. Y ello al margen de que este adjudicatario conozca o no que determinadas personas ocupan el inmueble en base a un derecho que no estaba inscrito cuando se constituyó la hipoteca.

Es en el supuesto de quedar demostrada la mala fe del acreedor hipotecario cuando verdaderamente habrá que plantearse si la ocupación de la finca ejecutada es oponible al adquirente. Sí lo será, desde luego, en los casos en que se adjudica la vivienda el propio acreedor hipotecario que conoce la situación de hecho. Pero en las demás hipótesis, es decir, cuando el adjudicatario sea un sujeto distinto al acreedor, habrá que examinar las circunstancias en que se ha producido la ejecución y, en particular, la buena fe del adquirente en la subasta (15).

---

(15) ¿Y qué contenido o alcance ha de tener la buena fe del adjudicatario? El desconocimiento de la verdadera situación del inmueble implica no solo que el derecho de uso debe carecer de publicidad en el Registro, sino también que no conste en el mismo el destino

Las opiniones y razonamientos que se han expuesto no aparecen reflejados en las sentencias que han enjuiciado casos de derecho de uso no inscrito atribuido antes de constituirse la hipoteca. Así, la SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2005 afirma que no resulta oponible el uso de la vivienda familiar a la rematante y adjudicataria por estar amparada en el artículo 34 LH. Pero en realidad esta sentencia no analiza la buena o mala fe del acreedor hipotecario, cuya posición es clave, como ya se ha explicado, para determinar las posibilidades que tiene el adjudicatario de obtener o no la posesión de la vivienda ejecutada. Por su parte, la SAP de Córdoba de 2 de abril de 2003 entiende que no procede el desalojo del cónyuge que habita el hogar familiar tras la ejecución hipotecaria, porque dicho sujeto «tiene a su favor un derecho real de uso que le permite el derecho a poseerla», añadiendo que coexisten en estos supuestos la posesión mediata del nuevo propietario y la inmediata del ocupante. Estas afirmaciones genéricas, realizadas sin tener en cuenta un prin-

---

familiar de la vivienda, pues tal dato avisa a terceros sobre la posible limitación de disponer de la finca que tenga tal carácter. La buena fe del adjudicatario exige igualmente que en el seno del procedimiento hipotecario no se haya puesto de manifiesto, conforme al artículo 661 LEC, que la vivienda está ocupada. De forma que si en el anuncio de la subasta se ha expresado la situación posesoria del inmueble, quedará desvirtuada la buena fe del adjudicatario, a efectos del artículo 32 LH, y el derecho de uso le será oponible.

Así pues, y como regla general, la buena fe ha de basarse en la información que el Registro y el mismo procedimiento de ejecución proporcionan, sin perjuicio de que el titular del uso pueda demostrar, por otras vías, que el adjudicatario conocía el derecho no inscrito. No creemos, en cambio, que la presunción de buena fe quede automáticamente destruida por el hecho de que el adjudicatario no haya visitado o inspeccionado la vivienda. No cabe exigir, en nuestra opinión, esa diligencia adicional del adquirente porque en ninguna norma civil o hipotecaria se establece que la inoponibilidad del derecho de uso no inscrito deba apoyarse en la publicidad posesoria acorde con la información registral. Entenderlo así sin el oportuno apoyo normativo supondría dejar vacío de contenido, al menos en parte, el principio de fe pública (sobre la buena fe del tercero que adquiere en un procedimiento de ejecución puede verse mi trabajo «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *RCDI,* núm. 721, septiembre-octubre de 2010, págs. 2088 y sigs.).

Por tanto, la diligencia especial que supone cerciorarse del estado posesorio de la vivienda no nos parece imprescindible si el adquirente confía en los datos que constan en el Registro y en los autos (cfr. Erdozain López, J. C., «La disposición de los derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil,* 1997, vol. II, BIB 1997/51, y Mondéjar Peña, M. I., *Oponibilidad al adquirente judicial...,* cit., págs. 447 y 448). La situación es distinta cuando, no habiéndose producido la crisis matrimonial, uno de los cónyuges enajena la vivienda sin consentimiento del otro y el adquirente invoca su buena fe *ex* artículo 1320.2 del Código Civil para evitar la ineficacia del acto dispositivo. Aquí sí debe exigirse una cierta investigación personal sobre el carácter familiar de la vivienda enajenada, ya que el adquirente es parte del acto anulable y la protección que le dispensa el Código Civil, ante la manifestación falsa del cónyuge transmitente, no está basada ni en la fe pública registral ni en datos judiciales. En relación con la conducta diligente que es necesaria para la aplicación del artículo 1320.2, vid. Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar,* cit., pág. 412; Murcia Quintana, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC),* Civitas, págs. 355 y sigs.; y Tamayo Carmona, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual...,* cit., pág. 60.

cipio básico de nuestro sistema como es la fe pública registral, no nos parecen adecuadas. Pero es cierto que la solución adoptada por la Audiencia, aunque incorrecta a nuestro entender, seguramente vino a salvar una decisión judicial previa absolutamente desafortunada. En un pleito anterior la mujer titular del uso había solicitado que se declarase la nulidad de la hipoteca constituida sin su consentimiento, y el Juzgado que conoció del caso no dio lugar a dicha nulidad por considerar a la entidad financiera tercero hipotecario, lo cual, como ya se ha expuesto, es erróneo, pues si lo que se discute es la validez de un determinado acto jurídico, quien ha participado directamente en él no puede ser tercero ni, por tanto, tercero del artículo 34 LH.

*b)* Uso inscrito

Nos ocupamos ahora de las situaciones que se plantean cuando el titular del derecho de uso, atribuido con anterioridad a la constitución de la hipoteca, lo hace constar en el Registro de la Propiedad (16). Aquí resulta necesario distinguir según que la inscripción del uso sea anterior a la de la hipoteca o bien sea posterior a ella.

En el primer caso, es decir, si la publicidad del uso es previa a la garantía hipotecaria, no hay duda de que la ocupación de la vivienda familiar es oponible tanto al acreedor hipotecario como al adjudicatario tras la ejecución: al haberse hipotecado un inmueble con un gravamen preexistente e inscrito, los adquirentes de derechos sobre la finca no son inmunes a él, pues en ningún caso pueden ampararse en la fe pública registral. En consecuencia, el citado adjudicatario no está legitimado para reclamar la posesión de la vivienda mientras el derecho de uso esté vigente (17).

El segundo supuesto tiene lugar conforme a la siguiente secuencia cronológica: 1.º nace el derecho de uso a favor del cónyuge no titular; 2.º el dueño del inmueble lo hipoteca; 3.º se inscribe el uso; 4.º se produce la ejecución de la garantía y se adjudica la finca a un tercero o al propio acreedor hipotecario, que inscribe su adquisición.

Desde la perspectiva registral, la inscripción del decreto (antes auto) de adjudicación lleva consigo, una vez que se presente el correspondiente mandamiento, la cancelación de la hipoteca y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, conforme al artículo 674 LEC. Quedará, por tanto, cancelado el

(16) El uso puede acceder al Registro tanto si se ha asignado al cónyuge no titular en calidad de medida provisional como si se ha decretado en la sentencia de nulidad, separación o divorcio (vid. Montero Aroca, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* www.tirantonline.com; y Tamayo Carmona, J. A., *op. cit.*, pág. 108).

(17) En el mismo sentido se pronuncia Cervilla Garzón, M. D., *op. cit.*, pág. 97.

asiento que publica el derecho de uso (18). Pero también hay que plantearse la cuestión de fondo, estrictamente civil. ¿Subsiste el derecho de uso frente al adjudicatario?, ¿tiene este sujeto derecho a desalojar a los ocupantes?

Se refiere a esta cuestión la SAP de las Islas Baleares de 20 de mayo de 1999. Afirma que el derecho de uso tiene «carácter de derecho real oponible a terceros que le hace subsistir a pesar de los sucesivos cambios de titularidad del bien que deberán respetar el uso acordado en la sentencia matrimonial, mientras el Juez no modifique dicha medida». Y a continuación, centrándose en el caso concreto, resuelve que el adjudicatario de la vivienda no es tercero hipotecario frente a la titular del derecho de uso por faltarle el requisito de la buena fe, dado que en el momento de adquirir ya estaba inscrito el uso y además en los autos del procedimiento constaba la comparecencia de la *ex* mujer del ejecutado manifestando ser titular del derecho de uso de la vivienda por sentencia dictada en juicio matrimonial.

A pesar de que este planteamiento nos pueda parecer «socialmente adecuado», lo cierto es que no resulta correcto, a nuestro juicio, desde el punto de vista técnico-jurídico. La Audiencia analiza la operatividad de la fe pública registral directamente frente al adjudicatario, pero con ello se salta un paso determinante: el examen de si el derecho de uso es oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito a su favor la hipoteca cuando todavía no constaba ese derecho de uso en el Registro. Como ya hemos explicado, la posición del adquirente en la ejecución deriva de la que tenga el acreedor hipotecario, en el sentido de que si este último es de buena fe y está amparado por el artículo 32 LH, quedará consolidada la hipoteca de la vivienda sin la carga del uso. Y ese será el objeto que adquiera el adjudicatario (el inmueble libre), aunque pueda conocer cuando adquiere que existió un derecho de uso sobre la vivienda derivado de la nulidad, separación o divorcio del deudor y propietario. Solo en el caso de que esté demostrada la mala fe de la entidad financiera habrá que entrar a decidir si el principio de fe pública ampara al adjudicatario, y entonces sí será decisivo para negar tal protección que el derecho de uso conste inscrito antes de la adquisición derivada de la ejecución hipotecaria. O dicho de otra forma: si la entidad prestamista conoce la ocupación de la vivienda, le afecta el derecho de los habitantes de la misma, y el adquirente en la ejecución no puede apoyarse en el derecho de hipoteca para invocar la inoponibilidad frente a él del uso; esa inoponibilidad tendrá lugar únicamente en el supuesto de que el adjudicatario, personalmente, logre la tutela de la fe pública mediante la concurrencia de los requisitos que la aplicación de este principio exige. Lo que no ocurre, por quedar destruida la buena fe, estando inscrito el uso.

De todo lo que precede se desprende que, siendo el derecho de uso anterior a la constitución de la hipoteca, es vital, para los intereses de las personas que

(18) Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2001.

ocupan la vivienda, inscribir su derecho y hacerlo a tiempo, antes de que aparezcan nuevos titulares de derechos sobre el inmueble que puedan ampararse en la falta de publicidad del uso para invocar su inoponibilidad. En particular, como se ha visto, la pronta constancia tabular de este derecho otorgado en el juicio matrimonial garantiza su permanencia en caso de cambiar el dueño del inmueble con motivo de una eventual ejecución hipotecaria. Por ello es muy importante que el abogado que representa al titular del uso le asesore para exponerle las ventajas de inscribirlo, pues en la gran mayoría de las ocasiones el afectado desconoce la posibilidad de dar publicidad a su derecho a habitar la vivienda y las consecuencias que puede tener no hacerlo constar en los libros del Registro.

## 2. Uso posterior a la constitución de la hipoteca

A veces sucede que el dueño de la vivienda obtiene un préstamo hipotecario, bien estando soltero, bien estando casado, pero con carácter previo a la concesión del uso del inmueble al cónyuge no titular (19): la hipoteca es temporalmente anterior al derecho de uso. Cuando el impago de la deuda motiva la ejecución hipotecaria, los sujetos afectados deben saber con certeza qué suerte corre la ocupación de la vivienda familiar. ¿Subsiste o se extingue el derecho de uso?

La SAP de Madrid de 29 de marzo de 2010, tras afirmar que en estos supuestos «entran en colisión dos intereses legítimos y, por ende, dignos ambos de protección jurídica», se decanta por el mantenimiento del derecho de uso. Las principales razones en las que se apoya son el carácter real de este derecho y la circunstancia de que se constituyó antes de que comprase la vivienda el adjudicatario y la sociedad a quien este la transmitió. No toma en consideración la Audiencia el hecho, decisivo a nuestro entender, de que el derecho de uso es en esta hipótesis posterior a la hipoteca, y por tanto su existencia está supeditada al devenir de la misma. Olvida así un principio básico de nuestro sistema hipotecario: el adjudicatario ha de soportar las cargas que estuvieran vigentes cuando se constituyó la garantía pero no las que puedan nacer posteriormente aunque sean previas al momento en que adquiere el rematante (20). La fecha clave a estos efectos es la de la constitución de la hipoteca, no la de la adjudicación en el procedimiento sobre el inmueble. Y ello con independencia de que el derecho de uso se haya inscrito o no en el Registro de la Propiedad, pues la prevalencia de la posición del adjudicatario no deriva del principio de

(19) Nos referimos en todo el trabajo a los casos en que el uso del hogar familiar se atribuye al cónyuge no propietario y a los hijos con los que convive, así como a aquellos casos, excepcionales, en que no habiendo hijos se asigna la utilización de la vivienda a quien no es dueño.

(20) Con la excepción legal de los arrendamientos de vivienda en los términos del artículo 13 LAU.

fe pública registral, sino de la prioridad que ostenta la hipoteca sobre derechos o cargas posteriores.

Otras sentencias que han decidido sobre la situación que ahora nos ocupa otorgan al adjudicatario la facultad de instar el desalojo del inmueble hipotecado, aunque apoyándose en argumentos de distinta índole (21). Entre ellas destaca la STS de 8 de octubre de 2010, que precisamente revoca una sentencia de la Audiencia de Madrid (con fecha 18 de enero de 2006) dictada en el mismo sentido que la que acabamos de comentar.

Los hechos son muy claros y con igual claridad los expone la Magistrada Ponente. La hipoteca se constituye sobre un bien privativo del marido con el consentimiento de su esposa. Cinco años más tarde el matrimonio se separa y en la sentencia de separación se atribuye el uso de la vivienda a la mujer y a las hijas. Ante el impago del préstamo hipotecario, el Banco insta la ejecución, haciéndose constar en los edictos que la finca está ocupada. Se celebra la subasta y posteriormente la entidad adjudicataria demanda a la mujer ocupante solicitando que se declare su derecho a poseer la vivienda.

---

(21) Vid. STS de 22 de abril de 2004; SAP de Girona de 23 de febrero de 1998; SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2000 y 3 de octubre de 2002; SAP de Baleares, de 20 de junio de 2006; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2008, y SAP de Valladolid de 27 de noviembre de 2008. La SAP de Girona citada fundamenta su decisión, principalmente, en la existencia de la acción prevista en el artículo 96.4 del Código Civil para impugnar el acto de disposición del cónyuge titular por el que se priva o se compromete el derecho de la familia al disfrute de la vivienda, recordando que la razón de ser de dicha acción es precisamente el perjuicio que ese acto de enajenación o gravamen le provoca, y por consiguiente, la imposible compatibilidad del derecho a la vivienda de la familia con el dominio adquirido por un tercero en ejecución de la hipoteca. Se argumenta que si no se diera esa situación, es decir, si en todo caso subsistiera el derecho de uso a pesar de la enajenación, no se otorgaría la acción para demandar su nulidad. Por su parte, la SAP de Baleares de 20 de junio de 2006, se refiere a la ruptura de una pareja no casada que habitaba en una vivienda propiedad del varón. Se atribuyó el uso de la vivienda, previamente hipotecada, a la mujer y a una hija común, uso que se inscribió una vez iniciada la ejecución hipotecaria pero antes de la venta en subasta del inmueble. La adjudicataria vendió la vivienda a una sociedad que es la que solicita que se declare la extinción del derecho de uso y se le otorgue la posesión de la finca. La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia, estima la demanda. Afirma que la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca no es solo una consecuencia registral de la ejecución de la garantía, sino que también tiene alcance sustantivo en el marco del artículo 1876 del Código Civil y concordantes, donde se determina el concepto y eficacia de la hipoteca. También aclara que aunque la actora conociera la atribución del derecho de uso en la fecha en la que adquirió, tal conocimiento no opera en su perjuicio, en cuanto que el derecho de uso estaba vinculado a la suerte de la hipoteca precedente. Finalmente subraya la sentencia que los derechos del acreedor hipotecario y de sus causahabientes no pueden depender del eventual advenimiento de una crisis familiar ni de los intereses del cónyuge custodio y de los menores. Añadiendo incluso: «la posibilidad de que el impago de la hipoteca haya podido ser predeterminada por el padre en perjuicio de la madre e hija, tampoco alcanza a condicionar los derechos del acreedor hipotecario ni los de aquellos que de él traen causa, pues el derecho real de hipoteca no queda al albur de tales acontecimientos».

La Audiencia hace prevalecer el derecho de uso sobre el dominio de la adquirente en subasta, subrayando que esta no es de buena fe pues tuvo posibilidad de conocer la situación real de la finca a través de los edictos, y considerando aplicable el artículo 669.2 LEC, según el cual: «por el hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista esa titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor». Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no hay que analizar en el supuesto enjuiciado la buena o mala fe del adquirente, como tampoco resulta de aplicación el citado artículo de la LEC. Porque el derecho de uso es posterior a la hipoteca y además la mujer consintió la constitución de este gravamen. «No pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges» (22).

Así pues, la hipoteca previa triunfa sobre el derecho de uso posterior. El valor de la garantía, en la regulación actual, no puede verse minorado por un derecho de ocupación de la vivienda que no existe cuando el acreedor concede el préstamo hipotecario (23). Y ello con independencia de que el adjudicatario conozca (a través del proceso, del Registro o personalmente) que se ha producido la crisis matrimonial y que el inmueble está ocupado por una parte de la familia. Tal conocimiento es irrelevante cuando, siendo la hipoteca anterior al uso, lo que resulta de aplicación es la purga de los derechos posteriores a aquella (24). Procede por tanto el desalojo de la vivienda, pues el derecho del adjudicatario deriva de la garantía hipotecaria, que ya grava el inmueble (con la necesaria publicidad registral, por ser la inscripción constitutiva) cuando se atribuye el uso a uno de los cónyuges (25).

---

(22) Añade la SAP de Valladolid de 27 de noviembre de 2008, que enjuicia un caso muy parecido, lo siguiente: «La protección de los derechos de la esposa que se ve privada del derecho de uso de la vivienda familiar en un procedimiento de ejecución hipotecaria, no pasa porque deba mantenerse a toda costa en el uso de dicha vivienda en perjuicio de un tercero, extraño al matrimonio, que legítima y regularmente ha adquirido la misma en pública subasta, sino por instar, dentro del ámbito del procedimiento matrimonial, una modificación de medidas en solicitud de incremento de las prestaciones económicas a fin de ser compensada por la pérdida de ese derecho de uso».

(23) Vid. SAP de Tenerife de 20 de febrero de 2008.

(24) Esta es una regla básica de nuestro sistema hipotecario, que el antiguo artículo 131, regla 17 LH hacía explícita y que hoy establece el artículo 134 LH. Igualmente se puede deducir, *a sensu contrario,* del antes mencionado artículo 669.2 LEC. En este sentido se pronuncia Marín Velarde, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010», en *Rev. D. Patr.,* núm. 26, 2011, págs. 368 y 369.

(25) La inoponibilidad del derecho de uso al adjudicatario en el caso que nos ocupa ha sido sostenida por varios autores. Vid. Campuzano Tomé, H., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004», en *CCJC,* núm. 67, enero-abril de 2005,

## III. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DERECHO DE USO

Una vez que hemos analizado cómo incide la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar sobre el derecho de uso derivado de la nulidad, separación o divorcio, vamos a abordar una problemática similar pero que contiene algunos elementos propios o peculiaridades. Se trata de la incidencia del embargo y de la ejecución ordinaria subsiguiente en el citado derecho de uso.

Recordemos que nos estamos refiriendo en el presente trabajo a los supuestos en que el cónyuge deudor es propietario de la vivienda, cuya ocupación corresponde por sentencia al otro cónyuge y a los hijos comunes. Si resulta impagado el crédito (no garantizado en este caso con hipoteca) y se procede al embargo y a la posterior venta en subasta del inmueble, ¿en qué situación queda el derecho de uso?, ¿subsiste o se extingue? (26).

Se ha sostenido la oponibilidad del derecho de uso frente al adquirente en el procedimiento de apremio con apoyo en la eficacia *erga omnes* de este derecho, pero sin especificar requisitos, matices o supuestos (27). Más adecuada nos parece la postura de considerar aplicables en esta materia los principios que rigen la eficacia del embargo y de su anotación en relación con los adquirentes de derechos sobre el inmueble objeto de la traba (28). Ello implica que las relaciones entre el embargo y el derecho de uso van a depender de varios elementos y circunstancias. Por un lado, es decisiva a estos efectos la fecha en la que se decreta el embargo y, en su caso, se anota en el Registro de la Propiedad. E igualmente resulta esencial tener en cuenta cuándo nace el uso, si el mismo se inscribe o no y en qué momento. La interconexión de estas variables es la que va a determinar, en cada caso,

---

pág. 181; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda...,* cit., pág. 99; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *El uso de la vivienda familiar...,* cit., pág. 278; y DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI,* 2006, pág. 2373.

(26) No cabe aquí la impugnación de negocio alguno *ex* artículo 96.4 del Código Civil, pues el titular de la finca embargada no ha realizado ningún acto dispositivo voluntario. En cambio, la hipoteca sí tiene tal naturaleza y por eso cuando se ha constituido sin el consentimiento del cónyuge a quien corresponde el uso es posible su anulación.

(27) Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil,* 1998, ref. XVII, La Ley digital 1894/2001.

(28) MARTÍN MELÉNDEZ, A. (*El uso de la vivienda familiar...,* cit., pág. 277) entiende que, no habiendo normas especiales que resulten de aplicación al problema que nos ocupa, procede acudir a las reglas generales. En la misma línea, incidiendo en la cronología de los derechos en conflicto, se pronuncian MONDÉJAR PEÑA, M. I. (*Oponibilidad al adquirente judicial...,* cit., págs. 446 y 447), y CERVILLA GARZÓN, M. D. (*La atribución del uso de la vivienda...,* cit., págs. 97 a 99). También LUQUE TORRES, C. (*Crisis matrimoniales...,* cit., págs. 89 y sigs.) parece inclinarse por la aplicación de las «reglas generales del tráfico inmobiliario».

si la ocupación de la vivienda familiar es o no oponible al adjudicatario en el procedimiento de ejecución.

Para concretar más, y a título ilustrativo, vamos a diferenciar varios supuestos, en los que la solución a la cuestión que nos ocupa exige tomar en consideración, además de la naturaleza de los derechos implicados, el orden cronológico de los hechos acaecidos así como los principios hipotecarios de prioridad y fe pública registral (29).

*Primera hipótesis.* El derecho de uso no se ha inscrito y es anterior al embargo, anotado en el Registro de la Propiedad.

Aquí sucede que, cuando el embargo tiene lugar, la vivienda ya está afectada por una carga previa (el uso). Pero, habida cuenta de la falta de inscripción de este derecho, el adjudicatario podrá instar el desalojo de los ocupantes si reúne los requisitos para alcanzar la protección de la fe pública registral (30). Tal protección requerirá la buena fe del citado adjudicatario (desconocimiento de la existencia del derecho de uso), que no se podrá apreciar cuando en el Registro figura que el inmueble embargado es vivienda familiar o si en los autos del procedimiento hay constancia de la situación posesoria.

*Segunda hipótesis.* El derecho de uso es previo al embargo y a su anotación; seguidamente se inscribe el uso; y finalmente el adjudicatario adquiere e inscribe el dominio a su favor.

En este caso el derecho de uso es oponible al nuevo dueño, porque el inmueble ya estaba gravado con tal derecho cuando se decretó el embargo y el adquirente en el procedimiento de ejecución no puede invocar a su favor el artículo 32 LH, pues conoce a través de la publicidad registral la ocupación de la vivienda (31).

---

(29) El método de trabajo y los elementos a considerar son básicamente los mismos, *mutatis mutandi,* que actúan cuando una finca se ve afectada por un procedimiento de ejecución y el deudor la enajena a un tercero, bien antes, bien después de que se decrete el embargo, suscitándose en estos supuestos el dilema de si debe prevalecer el derecho del adjudicatario o el de quien compró ese inmueble, embargado por el impago de una deuda ajena. Al respecto puede verse nuestro trabajo «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», ya citado.

(30) El criterio de solución es el mismo que la STS del Pleno de la Sala Civil de 5 de marzo de 2007 estableció para el supuesto de producirse una transmisión dominical no inscrita y un embargo posterior por deudas del transmitente, inscribiendo el adjudicatario su adquisición.

(31) Esta es, en esencia, la decisión de la SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2002, cuyos hechos, ordenados temporalmente, fueron los siguientes:

1.º En sentencia de separación se adjudica el uso de un piso, propiedad del marido, a la mujer y a la hija.

2.º Por deudas del dueño de la vivienda con la Agencia Tributaria, se decreta y anota el embargo del inmueble.

3.º La mujer se dirige a la Agencia Tributaria para que conste en el expediente la existencia de su derecho de uso. En los edictos de la subasta se consigna tal circunstancia.

4.º Se hace constar en el R.P. mediante nota marginal el derecho de uso.

Es importante advertir que en ambas hipótesis, a diferencia de lo que hemos visto que sucede cuando se ha constituido hipoteca, la aplicación de la fe pública registral ha de analizarse directamente en la persona del adjudicatario, y no plantearse en relación al acreedor embargante, dado que este sujeto no es titular de un derecho real y por ello no le alcanza la tutela derivada de la fe pública (32). O dicho de otra forma: el ejecutante sin garantía real no puede esgrimir la inoponibilidad del uso no inscrito, cosa que sí está en condiciones de hacer el acreedor hipotecario y, en su caso, el adquirente del dominio en cualquier procedimiento de apremio si reúne los oportunos requisitos.

*Tercera hipótesis.* Después de ordenado el embargo y hecha su anotación en el Registro de la Propiedad, nace el derecho de uso; se ejecuta la vivienda y el adjudicatario inscribe su adquisición.

No hay duda de que el derecho de uso, esté o no inscrito, queda supeditado a las resultas de la ejecución. El gravamen que supone el uso es posterior al embargo anotado, del cual deriva su derecho el adjudicatario: este adquiere la vivienda tal como estaba cuando se acordó la traba de la finca (sin el uso), por lo que podrá poner fin a la ocupación derivada de la crisis matrimonial (33).

---

5.º Se subasta la finca y se adjudica al mejor postor, quien inscribe su adquisición. El Registrador cancela la anotación de embargo y las inscripciones posteriores, incluido el derecho de uso.

La mujer interpone demanda solicitando que se declare la subsistencia de su derecho y la oponibilidad del mismo frente al nuevo propietario del inmueble. La Audiencia, como ya había hecho el Juzgado, estima la demanda. Distingue con claridad entre la perspectiva registral y la civil. Y argumenta del siguiente modo: la cancelación del derecho de uso tras la ejecución es correcta, pero no implica que desaparezca el mencionado uso de la realidad sustantiva. Tal derecho es anterior al embargo, aunque este último accediera antes al Registro, el cual carece, en general, de eficacia constitutiva. Por ello el uso solo será inoponible al adjudicatario si es un tercer hipotecario. Y no lo es porque tuvo conocimiento de la existencia del derecho de uso por dos vías: en el procedimiento de apremio (edicto de la subasta) y a través del propio Registro, pues en el asiento que publica la ocupación familiar consta su fecha de constitución, muy anterior al embargo.

También la STS de 4 de diciembre de 2000 adopta la misma solución, en un caso en el que se dieron algunos hechos peculiares, como el de ser adjudicatario un amigo personal del deudor dueño de la casa. Vid. el comentario de Mondéjar Peña, M. I., en *Rev. D. Patr.,* núm. 8 (2002), págs. 437 y sigs.

(32) Son muy numerosas las sentencias del Supremo que excluyen a quien anota un embargo en el Registro de la aplicación de los artículos 32 y 34 LH. Esa es también la postura actualmente dominante en la doctrina. Vid., por todos, Rivas Torralba, R., *Anotaciones de embargo,* Centro de Estudios Registrales, 2008, págs. 164 y sigs.

(33) Vid. la SAP de Valladolid de 20 de junio de 2011. La Audiencia hace hincapié en que en el ámbito de la ejecución de bienes inmuebles, las legislaciones procesal (art. 674 LEC), hipotecaria (arts. 134 LH y 175 RH) y tributaria (art. 111.3 RGR) acogen el principio de purga de cargas y gravámenes posteriores. «El adjudicatario ha de recibir los bienes públicamente enajenados libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser constituida la carga objeto de ejecución».

*Cuarta hipótesis.* Los hechos suceden en el siguiente orden: 1.º embargo; 2.º atribución del uso; 3.º anotación del embargo; 4.º inscripción del uso; 5.º ejecución y adjudicación.

Sucede en este supuesto que cuando nace el derecho de uso el embargo ya se ha trabado pero todavía no se ha hecho constar en el Registro. Recordemos que, conforme al artículo 587 LEC, el embargo existe desde que se dicta la resolución correspondiente, aunque no se hayan tomado medidas de publicidad, pero ello es sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de las normas sobre protección del tercero de buena fe. Podría pensarse entonces que el titular del uso está protegido por la fe pública, al no encontrarse anotado el embargo cuando adquiere su derecho. Pero, teniendo en cuenta que la anotación sí está practicada cuando se inscribe el uso, habrá que preguntarse si la buena fe del usuario debe apreciarse solo en el momento de su adquisición o debe pervivir hasta la inscripción. La postura que de hecho (no de forma explícita) acoge actualmente la jurisprudencia sobre esta materia, en casos similares al que ahora estudiamos, es la de mantener la exigencia de la buena fe hasta que el tercero inscribe (34). Así es que, siguiendo esta tesis, que hacemos nuestra, llegamos a la conclusión de que cuando la anotación preventiva es previa a la constancia registral del uso, el titular de este derecho no puede ampararse en el artículo 32 LH y su posición no prevalecerá frente a la del adjudicatario que solicite obtener la posesión de la vivienda.

*Quinta hipótesis.* Con posterioridad al embargo de la vivienda, se atribuye el uso de la misma al cónyuge no deudor, quien inscribe su derecho. Después se anota el embargo y, como consecuencia del procedimiento de apremio, adquiere el inmueble el propio ejecutante o un tercero.

La cuestión que surge en esta hipótesis es si, ante el embargo decretado pero no anotado aún, el posterior titular del uso inscrito puede alegar que la traba le es inoponible. En principio cabe pensar que así es, siempre que dicho sujeto reúna los requisitos para alcanzar la protección registral frente a lo no inscrito. Pero nuevamente hay que detenerse en la exigencia de la buena fe (ahora, desconocimiento de la ejecución en curso) y advertir las peculiaridades que tal requisito presenta en este caso. Y es que, al tratarse del embargo de la

(34) STS de 30 de noviembre de 2004; STS de 14 y 21 de junio de 2007; autos de la AP de Cádiz de 6 de octubre de 2009; de la AP de Granada de 2 de febrero de 2005, y de la AP de Madrid de 21 de noviembre de 2008. En estas sentencias no resulta afectada la vivienda familiar ni el derecho de uso, pero el problema de fondo es el mismo que ahora estamos comentando. Concretamente la situación, desde el punto de vista cronológico, es la siguiente: 1.º) embargo en procedimiento de ejecución seguido contra el propietario de un inmueble; 2.º) venta del bien embargado; 3.º) anotación del embargo; 4.º) inscripción de la finca a nombre del comprador. Ante tal hipótesis la decisión judicial es que el adquirente, que inscribió cuando el embargo ya estaba anotado, ha de soportar el gravamen y no está protegido por la fe pública registral.

vivienda habitual, es probable que el cónyuge no deudor conozca personalmente que la traba se ha producido, no solo por la relación que le une al ejecutado, sino también porque, si en el Registro consta el carácter familiar de la vivienda objeto de ejecución, conforme al artículo 144.5.º RH es preceptiva la notificación del embargo al cónyuge del deudor para poderlo anotar.

Lo anterior no significa, en absoluto, que en todos los conflictos que se encuadren en esta hipótesis el titular del uso va a ser de mala fe. Solo se quiere manifestar que la presunción de buena fe puede ser aquí más fácilmente desvirtuable teniendo en cuenta quién la invoca y cuál es el objeto del embargo.

En todo caso, es claro que las hipótesis que acabamos de comentar no son las únicas que pueden presentarse, pero creemos que ilustran sobre las posibilidades de concatenación de los hechos y la aplicación de los principios relevantes en esta materia. A la vista de las circunstancias y de las reglas expuestas, puede decirse con carácter general, aunque simplificando mucho, que el derecho de uso anterior al embargo afecta al adjudicatario salvo que este sujeto esté protegido por la fe pública registral. Mientras que el embargo anterior al derecho de ocupación prevalece sobre este a no ser que no se haya anotado (o se anote con posterioridad a la inscripción del uso) y el cónyuge ocupante pueda alcanzar la tutela del artículo 32 LH (35).

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

Actualmente son muy numerosos los procedimientos de apremio que tienen por objeto viviendas familiares. Este es, como todos sabemos, un claro efecto de la crisis económica que la sociedad española sufre. De igual modo, el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges (y, si los hay, a los hijos) tiene una amplísima implantación en la realidad jurídica de nuestro país, debido al elevado índice de separaciones y divorcios. Quiere decirse con esto que no es en absoluto extraño el encuentro, o más bien la colisión, entre esas dos realidades que son la ejecución y el derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil. Por ello nos ha parecido de interés preguntarnos sobre la situación en que queda este derecho de uso cuando, como consecuencia de un procedimiento de apremio por deudas del cónyuge que no habita la vivienda, adquiere el inmueble un tercero o el propio acreedor ejecutante (36).

---

(35) En el caso de que, como consecuencia de los criterios que se han expuesto, el usuario sea desalojado del inmueble, podrá solicitar una modificación de las medidas acordadas en convenio regulador o determinadas por el Juez (por ejemplo, un incremento de los alimentos debidos por el progenitor no custodio a los hijos que compense la pérdida por estos del uso del hogar familiar).

(36) El trabajo ha tomado como punto de referencia el matrimonio y la crisis matrimonial, pero el problema planteado también surge y ha de resolverse básicamente con iguales

Del estudio realizado se desprende que la oponibilidad del derecho de uso frente al adjudicatario de la vivienda ha de someterse, en la regulación actual, a los principios y reglas básicas que disciplinan el enfrentamiento entre derechos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. Eso sí, teniendo en cuenta las particularidades que la hipoteca, la ejecución ordinaria y el propio derecho de uso llevan consigo en orden al funcionamiento de los principios de prioridad y fe pública registral. Lo que no nos parece correcto es afirmar, como hacen algunas sentencias, la eficacia frente a terceros del uso sin restricción alguna, o sea, independientemente de su fecha de nacimiento y de su publicidad registral. Mantener tal criterio sin apoyo legal explícito supondría dar carta de naturaleza a una carga clandestina, de existencia y duración desconocida para los terceros, en claro perjuicio de la seguridad jurídica y de la circulación del crédito (37).

Cosa distinta es que nuestro legislador considere oportuno fortalecer o reforzar el derecho de uso a semejanza de lo que en su día hizo con los arrendamientos de vivienda en los artículos 13 y 14 de la LAU. Se trataría de establecer un sistema por el que la ocupación de la vivienda tendría eficacia legal expresa frente a terceros en caso de enajenación voluntaria o forzosa de dicho inmueble. Pero tal modificación legislativa exigiría pensar detenidamente qué hipótesis merecerían ese trato especial y cuáles serían los requisitos necesarios para su aplicación.

En este sentido y en relación con la ejecución hipotecaria, pensamos que la normativa protectora del ocupante de la vivienda solo debería referirse a los supuestos en que el uso es anterior a la hipoteca. Cuando es posterior, a nuestro juicio debe mantenerse la regla general actualmente aplicable que supone su extinción si se produce la enajenación forzosa. Piénsese que el acreedor hipotecario no debe verse perjudicado por la eventual y futura crisis familiar del deudor, pues si así fuera se introduciría un grave factor de incertidumbre e inseguridad en el tráfico inmobiliario, de consecuencias claramente negativas para su normal desarrollo. En cambio, la oponibilidad absoluta del uso frente al adjudicatario de la vivienda sí podría imponerse legalmente cuando el uso sea anterior al gravamen que motiva la ejecución, incluso no estando ese uso inscrito en el Registro (38). Pero, en todo caso, el mantenimiento del mismo

---

criterios cuando la ruptura tiene lugar en el seno de una pareja de hecho con hijos menores. En este caso el interés superior de los menores lleva a que proceda atribuir el uso del hogar al miembro de la pareja que se queda con la custodia de los hijos (STS de 1 de abril de 2011), aunque no sea propietario de la totalidad o de una parte del inmueble, por lo que igualmente puede producirse la ejecución forzosa por impago de deudas que le son ajenas.

(37) En términos análogos se pronuncian Larrondo Lizarraga, J. M., *Jurisprudencia patrimonial...,* cit., pág. 977, y Martín Meléndez, M. T., *El uso de la vivienda familiar...,* cit., págs. 279 y 280.

(38) Ello obligaría a los Bancos a informarse sobre el estado civil del deudor y sobre la situación posesoria del inmueble hipotecado, con la finalidad de verificar el verdadero valor de la garantía.

habría de ser por un tiempo limitado. Por ejemplo, hasta completar cinco años de vigencia (como ocurre con el arrendamiento) u otro plazo similar que se estime oportuno. Y esto, claro está, sin perjuicio de que el tan mencionado derecho de uso se extinga de forma natural con anterioridad (39).

Tratándose de la ejecución ordinaria, también podría establecerse la subsistencia en todo caso del uso anterior al embargo durante el periodo legal de cinco años, sin perjuicio de que la inscripción del uso permita a quien habita en el inmueble mantener su situación durante un plazo mayor, hasta el momento previsto en la sentencia derivada de la crisis matrimonial.

Tales medidas deberían acompañarse de otra que permita al dueño de la vivienda realizar actos de disposición sobre ella sin necesidad de contar con el consentimiento de su *ex* cónyuge, cuyo derecho de uso (necesariamente anterior) quedaría a salvo, a pesar de la ejecución, no solo si se inscribió en el Registro de la Propiedad tempestivamente, sino también, aun no estando inscrito, durante el tiempo «de reacción» que se considere más adecuado (40).

Ello no obstante, en el supuesto de que nuestro legislador decidiera mantener la situación actual y no suprimir el doble consentimiento que exige el artículo 96.4 del Código Civil, nos parece imprescindible aclarar, si es preciso reformando el artículo 91 RH, la necesidad de que quien dispone de una vivienda estando separado o divorciado, manifieste si el uso de la misma corresponde a su *ex* cónyuge. Se trata de una cautela cuyo cumplimiento no resulta difícil y que, como contrapartida, posee notables ventajas. Porque contribuye a proteger al ocupante de la vivienda e informa de un dato relevante a quien adquiere derechos sobre ella.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J.: «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley,* núm. 7378, Sección Doctrina, 12 de abril de 2010, ref. D-119, La Ley digital 1290/2010.

---

(39) Quede claro, por otra parte, que la protección completa del derecho de uso anterior a la hipoteca tendría lugar, como ocurre ahora, a través de su inscripción con carácter previo al gravamen hipotecario, pues en tal caso habría de mantenerse durante todo el tiempo previsto en la sentencia que lo atribuyó a su titular.

(40) Como ya hemos comentado, en el Derecho catalán se ha eliminado esa limitación de la facultad de disposición, de forma que el dueño de la vivienda puede venderla o hipotecarla «sin perjuicio del derecho de uso» (art. 233-25 de la Ley 25/2010, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). Sin embargo, no queda claro en este precepto si esa subsistencia del uso se produce en todo caso o bien, lo que resulta más probable, se sujeta a la legislación hipotecaria, de forma que, no estando inscrito el uso, el adquirente de buena fe que inscribe su derecho pueda invocar a su favor el artículo 32 LH.

ALGARRA PRATS, E.: «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», en *Derecho Privado y Constitución,* núm. 16, 2002, págs. 7 y sigs.

CAMPUZANO TOMÉ, H.: «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004», en *CCJC,* núm. 67, enero-abril de 2005, págs. 171 y sigs.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, 2005.

COSTAS RODAL, L.: «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil,* núm. 5/2010, BIB 2010/1501.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil,* 1998, ref. XVII, págs. 363 y sigs., La Ley digital 1894/2001.

ELORRIAGA DE BONIS, F.: «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *Aranzadi,* 1995.

ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil,* 1999, vol. II, BIB 1997/51.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en AA.VV.: *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales,* Universidad de Pamplona, 1986, págs. 125 y sigs.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Efectos de la atribución del uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España,* julio de 1996, págs. 1694 y sigs.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *RCDI,* núm. 710, 2008, págs. 2518 y sigs.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil,* 1994, vol. I, BIB 1994/72.

JUANES PECES, A., y GALVÁN ARIAS, J. R.: «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores,* enero de 1993, págs. 16 y sigs.

LARRONDO LIZARRAGA, J. M.: *Jurisprudencia patrimonial comentada. 1995-1998,* Centro de Estudios Registrales, 1999.

LUCINI CASARES, A.: «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición sobre la misma», en *RCDI,* núm. 596, 1990, págs. 88 y sigs.

LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias,* Comares, 2002.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar», en *Revista de Derecho Privado,* 2008, núm. 2, págs. 13 y sigs.

— «Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008», en *CCJC,* núm. 80, ref. 2120, págs. 677 y sigs.

MARÍN VELARDE, A.: «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código Civil. Comentario a la

sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 26, 2011, págs. 363 y sigs.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T.: «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal», en AA.VV. (coordinador: LLAMAS POMBO): *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso,* tomo II, La Ley, 2007, págs. 247 y sigs.

MARTÍN MUÑOZ, A.: «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho de Familia,* núm. 44, 2009, págs. 63 y sigs.

MONDÉJAR PEÑA, M. I.: «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 8 (2002-1), págs. 437 y sigs.

MONTERO AROCA J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales,* tirantonline.com.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xuridica Galega,* núm. 33, págs. 91 y sigs., https://rexurga.es.

PÉREZ UREÑA, A. A.: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad a la luz de la jurisprudencia registral», en *El Consultor Inmobiliario,* núm. 98, febrero de 2009, La Ley digital 30/2009.

DE LA PUENTE ALFARO, F.: «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI,* núm. 698, 2006, págs. 2359 y sigs.

SALAZAR BORT, S.: «El uso de la vivienda familiar», en AA.VV. (coordinador: LLOPIS GINER): *El contenido del convenio regulador,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 169 y sigs.

TAMAYO CARMONA, J. A.: «Protección jurídica de la vivienda habitual y facultades de disposición», *Aranzadi,* 2003.

*RESUMEN*

*PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR*

*La situación de hecho que constituye la base del presente trabajo consiste en la enajenación forzosa de una vivienda cuyo uso no corresponde a su propietario sino a su excónyuge. Se plantea entonces si el derecho de uso derivado de la crisis matrimonial debe mantenerse, o bien se extingue al adquirir el inmueble el adjudicatario en el procedimiento de apremio. Para analizar este tema se diferencia según que el crédito cuyo impago motiva la ejecución esté garantizado con hipoteca o no lo*

*ABSTRACT*

*FORECLOSURE PROCEDURE RIGHT TO USE THE FAMILY HOME*

*The de-facto situation on which this paper is based concerns the forced disposal of a home that is used not by its owner, but by its owner's ex-spouse. The issue is whether the right of use created at the break-up of the marriage ought to remain in force or whether the right is terminated when the property is awarded in legal proceedings for collection. In analyzing this situation, whether the defaulted loan at issue in the foreclosure proceedings was secured with a mortgage or not makes a difference in the explanation of*

*esté, con objeto de explicar cómo juegan los principios de prioridad y fe pública registral en cada hipótesis, pero resultando esencial para resolver el problema de la oponibilidad del uso, en ambos casos, la fecha de nacimiento de este derecho en relación con la hipoteca o el embargo y su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad. En todo el trabajo se destaca la importancia de no confundir la solución que se considere más justa o deseable en el caso concreto con la necesaria aplicación de las reglas y principios vigentes. Ello sin perjuicio de que el legislador decida acometer una reforma dirigida a reforzar la eficacia del derecho de uso frente a terceros durante un plazo de garantía similar al que contemplan para el arrendamiento de vivienda los artículos 13 y 14 de la LAU.*

*how the rules of priority and conclusive title work in each hypothesis. What is essential for settling the problem of the enforceability of use in both cases, however, is the date when the right of use was created in relationship with the dates when the mortgage or attachment was created and registered. Throughout the paper emphasis is laid on the importance of not mistaking the solution that is felt to be fairest or most desirable in a particular case with the necessary application of legal rules and principles. Legislators may eventually decide to conduct a reform to strengthen the efficacy of the right of use against attacks by third parties for a period similar to the guaranteed period envisioned for home leases in sections 13 and 14 of the Spanish Urban Lease Act.*

*(Trabajo recibido el 17-10-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# La obtención de financiación para la compra de vivienda y las arras

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
*Universidad Rey Juan Carlos*

*SUMARIO*

1. LAS ARRAS Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA.
2. SUPUESTO DE CLÁUSULA DE ARRAS.
3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA: ARRAS CONFIRMATORIAS Y FACULTAD «RESOLUTORIA».
4. LA INCLUSIÓN DE ARRAS PENITENCIALES.
5. CONCLUSIONES.

## RESUMEN

Durante la década de los años noventa y la mitad de la siguiente, España se ha beneficiado de una época de bonanza y crecimiento económicos de alcance mundial que, en su caso, se ha traducido principalmente en un fuerte desarrollo del mercado inmobiliario, lo que ha propiciado, a su vez, en pura lógica, un gran incremento en las ventas de vivienda. Los contratos y escritos que documentan estas ventas normalmente incluyen cláusulas de arras que poseen una finalidad de confirmación, de facultad de desistimiento reconocida a cada parte o de pena por su incumplimiento, en su caso. Sin embargo, los pretendidos objetivos de las arras producen consecuencias de signo diverso a los deseados en épocas de crisis, en las que los compradores encuentran grandes dificultades para poder concluir con éxito las ventas proyectadas —principalmente, por estrangulamiento de la actividad crediticia y la consiguiente falta de financiación—, el juego y

significado de las arras pueden sufrir alteraciones. En efecto, la imposibilidad de comprar la vivienda por causas ajenas a la voluntad del comprador puede ocasionar la pérdida de la cantidad entregada como arras. Por esta razón, se han articulado en la práctica cláusulas que persiguen fines similares a los que proporciona el pacto arral, a la vez que evitan la pérdida de las arras ocasionada por la no conclusión de la compraventa.

Por todo lo anterior, vamos a analizar en este trabajo una cláusula que proporciona una facultad de desistir y, por ello, presenta cierta cercanía con las arras penitenciales, con el fin de desentrañar su naturaleza y, por ende, su calificación. A su vez, se estudian diferentes cuestiones relacionadas con las características y el ejercicio de la facultad que incluyen las arras penitenciales, para determinar las posibilidades que su inclusión en un contrato otorgan al comprador en un contexto de crisis como el que vivimos en la actualidad.

*Palabras clave:* compraventa de vivienda, arras, desistimiento.

## 1. LAS ARRAS Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA

En la contratación civil, concretamente en las compraventas, es muy usual la entrega por parte del comprador de cantidades a cuenta del precio recibido. Dichas cantidades poseen un objetivo de confirmación o aseguramiento del contrato celebrado de compraventa de vivienda, pues es común el empleo de las arras en las compras de dichos bienes. Las arras, en tales casos, son confirmatorias del contrato y la cantidad entregada tiene, por voluntad de las partes, la consideración de parte del precio total que finalmente se pagará como precio de la vivienda. En otras ocasiones, las sumas se entregan como arras penitenciales, que permiten a las partes desligarse de la obligación o contratos pactados a cambio de la pérdida de las mismas o de su devolución doblada, según quien haga uso de dicha facultad. En cualquier caso, estas arras también poseen cierto carácter de aseguramiento del contrato, por cuanto condicionan el ejercicio efectivo de la facultad a la pérdida de aquellas cantidades.

Por otra parte, el desarrollo económico que ha experimentado nuestro país en los últimos años ha ocasionado, a su vez, un crecimiento desmesurado y sin precedentes —al menos desde un punto de vista cuantitativo— del sector de la promoción inmobiliaria y de la construcción, producto de una gran demanda de vivienda que se beneficiaba además de una gran facilidad en la obtención de financiación a bajo precio, dada la favorable evolución de los tipos de interés. Sin embargo, desde mediados de esta década la crisis financiera mundial ha provocado, de forma aumentada dadas las particularidades de la situación económica española, un efecto general de restricción del crédito que ha generado después la retracción, sino la negativa, de las entidades bancarias a la concesión de préstamos, invirtiendo así su política de préstamos respecto de la situación an-

terior. Dicha restricción ha desembocado en la conclusión infructuosa de muchas compras, lo que, a su vez, creaba problemas de recuperación de las cantidades entregadas en concepto de arras en momentos previos de negociación con las entidades bancarias. Según hemos señalado, las partes en la compraventa pactan el carácter penitencial o de desistimiento de las cantidades entregadas como arras, en cuyo caso la finalidad y efectos de tal entrega se someten al régimen establecido en el artículo 1454 del Código Civil: nos referimos a las consecuencias relativas a la posible devolución de aquellas en caso de no celebración definitiva del contrato. En tal caso, el uso de la facultad de desistimiento por comprador o vendedor tiene el coste ya señalado en dicho precepto de la pérdida de las arras, simple o doble. Es esta una de la razones que frenan su empleo generalizado. Ante el riesgo de su pérdida, sobre todo en situaciones de crisis en las que las posibilidad de no obtener financiación se incrementan, según hemos visto, las partes prefieren incluir una cláusula con una solución más específica y adecuada a tales circunstancias y casos, en los que la imposibilidad de concluir finalmente el contrato no depende exclusiva ni principalmente de la voluntad o de la conducta del comprador que pretende la financiación de la compra.

En esta ocasión vamos a analizar diversas cuestiones relacionadas con la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para la compra de vivienda y su influencia o efectos respecto de las cantidades entregadas en concepto de arras. En primer lugar, analizaremos una cláusula que ha sido recogida en gran cantidad de contratos de compraventa de vivienda en la que, ante la posibilidad cierta de no obtener el préstamo o lograr la subrogación en el que ya es parte el promotor, se pretende evitar al comprador la pérdida de las cantidades entregadas, posibilitando la recuperación de las mismas si se opta por resolver la compraventa ante la imposibilidad de adquirir finalmente la vivienda. En la actualidad, son numerosas las compraventas de vivienda que no se concluyen, circunstancia que recomienda la adopción de soluciones que eliminen o, en lo posible, minimicen el mencionado perjuicio de la pérdida por compradores de dichas cantidades, dado que la restricción del crédito hipotecario es también general y afecta, por tanto, a un gran número de quienes desean adquirir una vivienda. De otra forma, el comprador se situaría en una posición muy difícil y perjudicial, puesto que se añade, al daño derivado de la imposibilidad de comprar, el adicional de la pérdida de las cantidades entregadas, lo que ocurre por causas ajenas a la voluntad del comprador. Por todas esta razones, ya podemos adelantar que nuestra opinión respecto de la inclusión de la cláusula objeto de análisis u otras similares es positiva. No obstante lo anterior, la realidad de la situación económica y la necesidad de facilitar la posición de los compradores en la actual situación económica de crisis, exige ir más allá en este estudio y preguntarse, por ende, sobre la conveniencia de tal inclusión para lograr dicho efecto y, en tal caso, sobre la necesidad de proponer la adopción de soluciones de política legislativa al respecto.

Además, debemos también analizar porqué, ante la similitud de efectos que se generan en el caso de la cláusula antes referida y las arras penitenciales, sin embargo las partes optan en la práctica por la adopción de soluciones como la planteada, alejándose de la opción reconocida en el artículo 1454 del Código Civil. Es obvio que la existencia de ambas posibilidades se justifica por su diferencia conceptual y de las consecuencias que, en cada caso, se derivan. De otra forma, no sería admisible sostener calificaciones separadas a figuras con identidad conceptual. Además, en el caso de las arras penitenciales es conveniente analizar si la facultad de desistir que incluyen se puede ejercitar en cualquier situación, incluso defraudando las legítimas expectativas que la celebración del contrato de compraventa genera en el comprador respecto de la venta en sí y, sobre todo, del precio que iba a tener que pagar. Al respecto, debemos reseñar que una desmesurada subida de los precios de los inmuebles ha generado la práctica común del uso indiscriminado de la facultad de desistimiento para posibilitar después una venta más sustanciosa desde el punto de vista económico. Por el contrario, un desplome de los precios en una época de crisis como la presente permitiría la opción contraria por parte del comprador, que no desea un precio mayor que el determinado por el mercado en cada momento. En tales situaciones se ha planteado la consideración de tales conductas, al menos en el primer caso, como contrarias a un elemental principio de buena fe.

## 2. SUPUESTO DE CLÁUSULA DE ARRAS

Existen múltiples ejemplos de redacciones que podemos encontrar en la práctica contractual de cláusulas de arras. Nosotros hemos seleccionado la que a continuación recogemos por las siguientes razones. Además de la evidente originalidad que presenta respecto de aquellos supuestos en los que se incluyen cláusulas de arras no acompañadas de otras facultades, se observa que la inclusión conjunta en una cláusula de las arras y de la opción de desistimiento posee una gran similitud con las arras penitenciales. Por esta razón, hemos considerado que resulta interesante realizar un análisis de esta cláusula, de manera que se pueda determinar su alcance y su definición respecto de este tipo de arras. La cláusula en cuestión ha sido redactada por el Instituto Nacional de Consumo para su inclusión en los contratos de compraventa de vivienda y dice así:

> *«Tanto en el supuesto de no obtenerse la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria y en la obligación personal derivada del préstamo, como en el caso de la no obtención del crédito hipotecario solicitado, la parte compradora se obliga a pagar a la parte vendedora el total importe*

*previsto para dicho préstamo en el plazo de… desde la notificación al comprador de la denegación del préstamo y, en todo caso, hasta el momento de la entrega de llaves y cuando sea requerida para ello tras la terminación de las obras. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del presente contrato a instancia de la parte vendedora.*

*No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior».*

Esta cláusula otorga, como se puede comprobar fácilmente, una opción a favor del comprador para que, en caso de denegación del préstamo hipotecario por parte la entidad financiera o de la subrogación en el préstamo que ya se hubiese concedido al promotor con anterioridad, aquel pueda continuar haciendo frente al pago de las cantidades adeudadas por la compra de vivienda, si así lo decidiera; o que, por el contrario, pueda optar por reclamar la extinción del contrato. El empleo del término «resolución» genera ciertos problemas de precisión conceptual. Como es sabido, tal término se emplea para aludir a un supuesto de ineficacia de las obligaciones bilaterales, para el caso de que una de las partes incumpla lo que le corresponde, en cuyo caso no es admisible reclamar el cumplimiento. En el presente caso no se observa, en modo alguno, ningún incumplimiento de la contraparte que legitime para el ejercicio de la facultad resolutoria en una obligación bilateral. Por otra parte, si el comprador hace uso de la facultad de extinción concedida, ello no implica la pérdida de cantidad alguna por su parte, sino que puede recuperar todas aquellas que haya entregado a cuenta. Es esta una consecuencia del ejercicio de la opción referida, puesto que se diferencia con mucho de los efectos generados por otras figuras de uso común y general en estos contratos, como por ejemplo, las arras penitenciales.

## 3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA: ARRAS CONFIRMATORIAS Y FACULTAD «RESOLUTORIA»

En la práctica de los contratos, el uso de la expresión «cantidades entregadas a cuenta» revela la existencia de unas arras confirmatorias del contrato de compraventa. Como sabemos, se trata de una cantidad de dinero u otras cosas que el comprador entrega al vendedor como señal con el objetivo de dejar constancia de la celebración del mismo y establecer, por tanto, una vinculación de la contraparte para con dicho comprador, que evite posibles rechazos pos-

teriores (1). Así, el artículo 343 del Código de Comercio recoge este sentido de las arras, denominadas confirmatorias. Como afirma DÍEZ-PICAZO, la única función de garantía posible que se puede reconocer en este tipo de arras es que las mismas sirven de prueba de la conclusión del contrato (2). Sin embargo, no se agotan aquí los posibles significados o finalidades de las arras en nuestro Ordenamiento jurídico, sino que además se reconoce también la existencia de otros dos tipos de arras. En primer lugar, las arras denominadas penitenciales o de desistimiento. En este caso, estas cantidades constituyen un mecanismo que otorga a las partes una facultad para desligarse del contrato mediante la pérdida de las cantidades entregadas, en el caso del comprador, o mediante su devolución duplicada, si es el vendedor quien ejerce dicha facultad. De este modo, tal pago constituye un medio de ruptura unilateral del contrato sin mayores pérdidas que las indicadas.

Se ha discutido en ocasiones sobre la naturaleza del efecto que produce el ejercicio de las arras penitenciales. El artículo 1454 del Código Civil incluye, con gran imprecisión, el término «rescisión» para referir el mencionado efecto. En la pretensión de precisar la consecuencia de la extinción de la obligación, derivada del ejercicio de la facultad que conlleva este tipo de arras, el precepto emplea una terminología inadecuada. En primer lugar, porque la rescisión cons-

---

(1) La doctrina francesa sostuvo, en gran número, la tesis sobre la consideración de las arras como anticipo del precio con valor probatorio. Así, POTHIER, *Traité de contract de vente,* III, París, 1821, pág. 196. También, BEUDANT, C., *Course de Droit Civil Français,* IX, Rousseau, París, 1938, pág. 260. En España, RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Arras, una construcción jurisprudencial», en *Revista General de Derecho,* núm. 594, Madrid, 1994, pág. 1709. También, BENDITO CAÑIZARES, M. T., «Las arras excepcionales en el Derecho español y aplicación de su sinalagma en la contratación en masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo,* T. II (Derecho Civil-Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1459.

Sin embargo, existe algún autor que rechaza tal consideración y afirma que no se deben considerar como arras las cantidades entregadas como anticipos del precio. Vid. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual,* Civitas, Madrid, 1987, págs. 345 y sigs. También, DÍAZ-ALABART, S., «Las Arras (I)», en *Revista de Derecho Privado,* enero-febrero de 1996, EDERSA, págs. 25 y sigs. También, AUBRY y RAU, C. y C., *Cours de Droit Civil Français,* V, Etienne Bartin, París, 1945, págs. 76-79.

La dificultad de construir una teoría de las arras confirmatorias como categoría autónoma también se observa en la doctrina italiana. Se sostiene que las arras siempre cumplen una finalidad de garantía que las acerca a las arras penales, además de su virtualidad como mecanismo de prueba de la celebración de contrato. Así, TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privatto,* Giuffrè, Milán, 1996, págs. 424 y sigs. Esta naturaleza dual también se observa en la doctrina española. Vid. ESTIVAL ALONSO, L., *El contrato de arras,* Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S. A., Madrid, 2006, pág. 53.

También, VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial,* Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 53.

(2) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias,* Thomson-Civitas, 2008 Cizur Menor (Navarra), pág. 471.

tituye un supuesto de ineficacia que requiere la concurrencia de un perjuicio o un fraude, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil. En segundo lugar, porque más que un caso de ineficacia derivado de la existencia de un defecto en la obligación, estamos ante un supuesto de extinción sobrevenida de la relación (3). Es decir, no se observa ninguna anomalía patológica en la formación y devenir de la obligación, sino más bien la existencia de una facultad de desistir incorporada por la propia voluntad de las partes, que se configura, así, como una más de las posibilidades de desarrollo de la obligación queridas y previstas por las partes.

Las mismas razones de corrección terminológica y conceptual impiden hablar de facultad resolutoria en las arras penitenciales. Aunque algunos textos legales, como el Fuero Nuevo de Navarra —Ley 467—, emplean este término, alejándose así de su estricta significación como causa de ineficacia por incumplimiento en las obligaciones bilaterales —art. 1124 del CC—. Ni siquiera consideramos la posibilidad de configurar este supuesto como una resolución un tanto especial que difiere de otros supuestos recogidos en el Código Civil, en palabras de algún autor (4).

Sobre la base de todo lo anterior, tanto la mayoría de la doctrina como una jurisprudencia ya asentada están de acuerdo en afirmar que las arras penitenciales constituyen un caso de desistimiento. Así, las partes tienen una facultad de apartarse de la obligación o del contrato establecida mediante su propio acuerdo (5), sin que sea necesaria la concurrencia de ninguna causa que legitime su ejercicio. De esta forma, el ejercicio de esta facultad por una parte vincula a la otra, sin que genere consecuencias similares a las que se pueden derivar de otros casos de incumplimiento de la obligación o del contrato. En este caso, la pérdida o devolución doblada de las cantidades entregadas no constituye una indemnización por incumplimiento, sino una compensación que se justifica por la ruptura sobrevenida de la relación. Si bien es cierto que se trata del ejercicio legítimo de una facultad establecida por voluntad de las partes, parece lógico que la Ley introduzca un factor corrector de las posibles consecuencias inesperadas que se generan en la contraparte. Ello plantea ciertos problemas de configuración de las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales como suficientes para resarcir los posibles perjuicios derivados de su ejercicio y evitar los enriquecimientos injustos que se puedan ocasionar, como vamos a analizar en otro apartado de este trabajo.

De otra parte, las arras penales constituyen una herramienta de resarcimiento a la parte cumplidora por la contraria en aquellos casos en los que no desee

---

(3) Díez-Picazo, L., «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil,* XIV, Madrid, 1961, págs. 809 y sigs.

(4) Díaz-Alabart, S., *op. cit.,* pág. 30.

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1996, Sala 1.ª

concluir dicho contrato. La parte incumplidora perderá la mencionada cantidad, de forma que, frente a las arras penitenciales, que se configuran como una facultad de desistir del contrato, las arras penales son un medio de obligar al contrato a las partes mediante la imposición de una sanción para el caso de incumplimiento: no se adquiere una facultad de desistimiento unilateral, sino que se establece una sanción en caso de incumplimiento.

Sobre la base de la existencia de estos tres tipos de arras, la consideración de uno y otro existente en cada caso particular ha sido resuelta por la jurisprudencia. Así, a pesar del reconocimiento expreso por el artículo 1454 del Código Civil del carácter penitencial de las arras, estas tienen tal carácter cuando de la redacción o el sentido de la cláusula en cuestión no se pueda deducir con claridad que las partes no han querido establecer unas arras confirmatorias del contrato (6). Por todo lo anterior, las arras tienen carácter confirmatorio siempre que la voluntad clara y precisa de las partes no sea otra de establecer un pacto arral con otro objetivo, penitencial o penal.

Por otra parte, es necesario analizar y resolver las dudas que, en su caso, pudieran surgir sobre el carácter confirmatorio o penitencial de las arras, puesto que la consideración de unas u otras genera una serie de consecuencias diversas. En el caso de las arras penitenciales, el desistimiento de la parte genera su pérdida o devolución doblada, según quien sea la parte que desista. Por otro lado, el incumplimiento por el comprador de las arras confirmatorias implica la retención por parte del vendedor de las cantidades entregadas por aquel, como parte de la indemnización que tendría derecho a reclamar derivada del incumplimiento, en aplicación de la teoría general del incumplimiento (7). Frente a los efectos referidos, debemos recordar que la cláusula que ahora analizamos persigue, precisamente, evitar que el comprador pierda las cantidades entregadas mediante la inclusión de una condición añadida.

Parte de la doctrina francesa y española han defendido que el ejercicio de las arras penitenciales supone necesariamente la consideración de la obligación

---

(6) Esta conclusión ha sido confirmada de forma reiterada en numerosas sentencias, constituyen una jurisprudencia ya asentada desde hace tiempo. Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1966 ó 16 de diciembre de 1970.

(7) Para POTHIER, el incumplimiento de las obligaciones en las que mediasen arras confirmatorias conlleva la aplicación del régimen general de aquel, sin que las arras introduzcan alteración alguna a tal efecto. POTHIER, R. J., *op. cit.,* pág. 196. También, LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial, Introducción al Derecho,* Ed. Tecnos, Madrid, 1998; pág. 491. No obstante lo anterior, DÍAZ-ALABART entiende que, al ser meros anticipos, habría que proceder a la devolución de las cantidades. DÍAZ-ALABART, S., *op. cit.,* págs. 25 y sigs. Otros han sostenido que, de igual forma que en las arras penitenciales, debe procederse a la devolución duplicada. En nuestra opinión, no parece que la devolución tenga que ser duplicada, al no ser este un supuesto de reserva de facultad de desistimiento del artículo 1454 del Código Civil, sino un mecanismo de confirmación del contrato celebrado. Vid. ALBALADEJO, M., «Arras de desistimiento y arras penales», en *Revista de Derecho Privado,* junio de 1996, EDERSA, pág. 431.

a la que se añade como condicional, puesto que la eficacia de la obligación en cuestión queda supeditada a la concurrencia de un suceso futuro e incierto, que en este caso es el desistimiento. Algunos sostienen que estamos ante una condición suspensiva, de manera que el contrato se concluye si no se ejerce dicha facultad (8). Otros, en cambio, entienden que la condición es resolutoria, puesto que el contrato es perfecto y se mantiene su eficacia si ninguna de las partes hace uso de la facultad de desistimiento (9). Sin embargo, se argumenta, frente a estas posiciones que la condición —el desistimiento— no puede recaer sobre un elemento esencial como el consentimiento, sin que podamos olvidar que no es admisible una condición puramente potestativa, como sería esta facultad de desistir que otorgan las arras penitenciales. A mayor abundamiento, se considera que ambas instituciones poseen fines y funciones distintos, diferencias estas que no permiten su asimilación (10). Por nuestra parte, consideramos además que no es admisible tal consideración en la cláusula objeto de estudio. En efecto, de la misma se deduce claramente que el suceso del que depende la eficacia o no del contrato de compraventa es la no obtención de financiación, en ningún caso el ejercicio de la facultad de desistimiento. En este sentido, no podemos aceptar que las arras contengan en sí el supuesto evento condicional, sino que el mismo es ajeno o externo y añadido a aquellas. De esa forma, no existe problema alguno en aceptar la consideración de las arras recogidas en esa cláusula como confirmatorias, rechazando su carácter penitencial, del contrato celebrado.

De la lectura de la cláusula parece deducirse una voluntad clara de las partes: el uso en la misma de la expresión «cantidades entregadas a cuenta» revela el carácter confirmatorio de las arras, idea que se reafirma si tenemos en cuenta la ausencia de expresiones relativas a posibles devoluciones dobladas o pérdida de aquellas. Ahora bien, en la práctica normal y ordinaria suele ser práctica común que las partes incluyan en el contrato cláusulas en las que se adopten soluciones mixtas, que otorguen de forma conjunta a las arras propuestas un doble significado, confirmatorio y penitencial, de tal forma que, además de vincular a las partes al definitivo contrato y confirmarlo, se prevea la pérdida de tales cantidades para los casos de desistimiento. Estas previsiones se recogían de modo expreso en el documento, con el objetivo de evitar posibles problemas posteriores de interpretación y de cumplimiento.

Sin embargo, no creemos que sea este el supuesto que nos ocupa. Por el contrario, se reconoce a la parte compradora la posibilidad de separarse del

---

(8) Josserand, L., *Derecho Civil,* vol. III, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950-1952, pág. 47.

(9) Aubry y Rau, C. y C., *op. cit.,* pág. 37. En España, Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil,* Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1899, pág. 575.

(10) Vid. Alfonso Rodríguez, M. E., *Las arras en la contratación,* José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 172.

contrato, sin que ello suponga, de forma obligatoria, la pérdida de las arras, como ocurriría en la aplicación del artículo 1454 del Código Civil. De ahí, que sea decisivo que la voluntad de las partes en tal sentido quede plasmada de forma clara en el contrato, puesto que la opción de desistimiento, o la falta de expresión sobre la recuperación de las cantidades en la cláusula analizada, conllevaría, por aplicación del mencionado precepto, su pérdida para el comprador y la correlativa retención por el vendedor. Por todo ello, es obvio que las partes adoptan una solución que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, deroga lo establecido en el Código Civil sobre las arras penitenciales y evita el efecto de pérdida que su aplicación genera.

Así, las arras a que se refiere la cláusula analizada poseen naturaleza confirmatoria. En tal caso, el desistimiento unilateral e injustificado del contrato por parte del comprador produce la consecuencia de la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta. Sin embargo, la cláusula objeto de análisis incluye dicha posibilidad de desistir con recuperación de las cantidades en el caso de no consecución del préstamo o de la subrogación. Es decir, la autonomía de la voluntad introduce una variante al juego normal de la teoría del cumplimiento de las obligaciones. En tal caso, cabe preguntarse cuál es la naturaleza de la opción concedida al comprador. De una parte, podría afirmarse que la obtención del préstamo o la consecución de la subrogación en el ya existente es una condición suspensiva de la eficacia del contrato de compraventa celebrado. Sin embargo, la redacción de la cláusula plantea algunas dificultades para sostener tal consideración, por cuanto la posibilidad reconocida al comprador de «pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo…», permite eliminar el juego de dicha condición mediante la actuación de la mencionada facultad, pues, a menos que se opte por la resolución del contrato, el comprador, no obstante la ausencia de financiación, podría continuar en el contrato y asumir las obligaciones que del mismo se deriven.

También encontramos algunas dificultades conceptuales para admitir la consideración sobre la existencia en este caso de una condición resolutoria. Es este caso, la opción del comprador de desistir del contrato —que, en tal caso, ya existiría— y la devolución de las cantidades, no puede considerarse condición resolutoria, a pesar de la terminología empleada en la cláusula, a la que ya nos referimos como error de definición. No parece que nos encontremos ante un suceso futuro e incierto, que concurre o no de modo independiente de la voluntad del obligado, sino más bien una opción que se le concede para su uso, cuando sea esa su voluntad.

Por ello, no se puede admitir su consideración como condición, pues ello sería contrario a lo dispuesto en el artículo 1115 del Código Civil, según el cual: «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las

disposiciones de este Código». Es decir, no es admisible la consideración de la voluntad del obligado como condición «exclusiva» del contrato. Aunque podría argumentarse que el suceso que condiciona la eficacia del contrato es la no obtención del préstamo, hay que precisar en este segundo caso que la ineficacia se produce, no solo por dicha circunstancia, sino que además debe concurrir de forma conjunta el ejercicio de la opción voluntaria de desistimiento. Así, la primera parte de la cláusula permite, previa negativa del préstamo, optar por la subsistencia del contrato y, por ende, de la obligaciones nacidas del mismo. En cualquier caso, admítase o no la naturaleza dual de la condición, no resulta admisible que la falta de financiación ni la opción del comprador puedan considerarse como condición resolutoria.

No se puede negar que de la lectura de la cláusula se deducen dos fases diferenciadas a las que se supedita la compraventa: la no obtención de financiación y la voluntad del comprador de celebrar finalmente dicha compraventa. Sin embargo, aunque aparentemente ambas concurren en pie de igualdad, parece que solamente la primera se puede configurar como condición suspensiva del contrato celebrado. Como ya se ha referido anteriormente, la voluntad del sujeto obligado no puede considerarse como elemento decisivo de la existencia y/o eficacia de un contrato —art. 1115 del CC—. Tal voluntad es, como en cualquier otro contrato, un elemento esencial para su existencia, pero no es, en cambio, admisible su configuración como elemento accidental que condicione su existencia o eficacia, según los casos. Por estas razones, las consecuencias derivadas de la ausencia de la condición —de la falta de financiación— no puede asimilarse a las derivadas de la falta de voluntad. Si no se obtiene la financiación, se activa la opción concedida al comprador, mientras que en el caso contrario —es decir, el no cumplimiento de la condición— el efecto generado es el mantenimiento de la compraventa, sin que el comprador goce de la facultad de desistir del contrato. Por otra parte, en el segundo supuesto planteado, el contrato no llega a nacer, pero sí se pueden derivar consecuencias adversas para el comprador si este no desea finalmente contratar, aunque se haya obtenido el préstamo o se haya logrado la subrogación. Por las razones antes expuestas, se puede afirmar que la cláusula acoge un supuesto de condición suspensiva del contrato con arras confirmatorias. De este modo, la no realización del suceso condiciona el contrato y todo lo que del mismo deriva, por lo que la no obtención de la financiación por causa justificada conlleva también la devolución de las cantidades entregadas, si finalmente el comprador opta por el desistimiento del contrato de compraventa. Tal conclusión se afirma expresamente en la sentencia la Audiencia Provincial de Valencia —Sección 7.ª— de 26 de junio de 2009.

Existen, por tanto, dos situaciones diferenciadas: en primer lugar, la obtención de financiación por el comprador. En este caso, no se activa el juego de la cláusula en cuestión, de la opción de desistimiento, debiendo las partes continuar con la compraventa. En segundo lugar, que no se obtenga financiación, caso en

el que el comprador tiene la mencionada opción. Entonces, ¿cuál es la función de dicha opción? En nuestra opinión, estamos ante una figura mixta, en la que a la condición suspensiva negativa referida se añade una facultad de opción, que facilita la posibilidad de desligarse recuperando las cantidades entregadas o, en su caso, continuar con el contrato. En este sentido, la cláusula aporta un mecanismo que refuerza la posición del comprador, al que se le otorga el poder de decidir sobre la continuación del contrato, más allá del momento de la financiación y se evita el juego automático de la condición.

Por supuesto, el ejercicio de la facultad incluida en la cláusula depende necesariamente de la voluntad inequívoca de las partes en tal sentido, que deben precisar con claridad su determinación de extender la eficacia de la condición al pacto arral. En relación con esta cuestión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona —Sección 14.ª—, de 5 de mayo de 2005, afirma que puede pactarse que solamente la compraventa quede supeditada a la condición suspensiva de la obtención del préstamo y la arras por su parte, se establezcan a riesgo y ventura del comprador, de ahí que la aplicación de la condición o no a las arras debe constar de forma clara para hacer extensivo a estas el juego de la condición.

También es conveniente preguntarse cuál es la solución en el caso contrario. Es decir, qué ocurre si, tras la obtención de la financiación de la compra, el comprador finalmente decide no adquirir la vivienda. La cláusula analizada no se plantea este supuesto, seguramente porque las circunstancias derivadas de la actual situación económica no hacen previsible tal posibilidad y únicamente hacen previsible la posibilidad de la falta de financiación derivada de la crisis financiera. Al margen de las consideraciones sobre su previsión, la solución parece sencilla: si no se cumple el supuesto de hecho establecido en la cláusula, no pueden adoptarse las soluciones propuestas. De esta forma, no existiría opción posible de desistimiento para el comprador y se aplicará el régimen general de las arras, que conlleva la pérdida de las mismas cuando la negativa del comprador es injustificada y posee carácter culposo o doloso imputable al mismo. Es esa una solución lógica si tenemos en cuenta que el comprador, mediante la cláusula pactada y su comportamiento posterior, genera unas expectativas que posteriormente se ven defraudadas sin una razón legítima, práctica que el Ordenamiento jurídico debe rechazar por ser contraria a las normas de la buena fe.

En otro orden de cosas, la celebración de la compraventa no depende de forma exclusiva del azar o de la voluntad o actuación de un tercero, como es la obtención o no del préstamo o de la subrogación —en la que concurre la decisión de la entidad bancaria—, sino que además debe concurrir la conducta diligente del comprador para obtener dicha financiación. El comprador debe realizar las gestiones pertinentes con las entidades financieras. Pues bien, en estos casos la concurrencia conjunta de tales eventos o sucesos constituyen lo

que, en terminología clásica, se denomina una condición mixta. En estas condiciones, junto con el hecho o suceso ajeno, concurre además, en cierta medida, la voluntad del obligado (11).

El Código Civil no acoge una definición específica de las condiciones mixtas. Únicamente se puede obtener la misma de un análisis conjunto que de las condiciones potestativas y casuales hace en el artículo 1115. La única mención que se realiza a las condiciones mixtas en el Código Civil se encuentra en el artículo 796, al referirse a las disposiciones testamentarias sometidas a condición, sin que se incluya, como decimos, definición alguna. No obstante lo anterior, las condiciones mixtas han sido reconocidas en nuestro Derecho en numerosos textos históricos, tributarios, a su vez, de la tradición jurídica romana. En concreto, la Ley 9 de la Partida 6.ª recoge un concepto de condición mixta acompañado de un ejemplo ilustrativo sobre la institución de heredero en favor de residente en ultramar. Definen las Partidas las condiciones mixtas como aquellas en las que los sucesos condicionantes dependen conjuntamente de la voluntad del obligado y del azar o la voluntad de un tercero.

La naturaleza dual de los eventos que condicionan la obligación exige la determinación del régimen aplicable a su cumplimiento o incumplimiento. El artículo 1115 del Código Civil determina las reglas aplicables a los supuestos de condición potestativa o casual, pero nada dice de las condiciones mixtas. La doctrina sostenía que deben, en tales casos, aplicarse las reglas correspondientes a cada caso. De esta forma, si el obligado no realiza voluntariamente el acto que concurre en la condición, por aplicación del artículo 1119 del Código Civil —cumplimiento ficticio de la condición— se tiene por cumplida dicha parte y quedaría pendiente únicamente el cumplimiento del suceso dependiente del azar o de la voluntad del tercero (12).

Sin embargo, todo lo anterior fue rebatido por la doctrina francesa (POTHIER, LAURENT), según la cual no era admisible la concurrencia única de la voluntad del obligado en la condición, sino que el azar siempre concurría, en mayor o menor medida, en aquella. Por ello, definían la condición mixta de otra forma: son aquellas condiciones en las que concurren el azar y la voluntad o actuación de un tercero. En el caso de que tales circunstancias concurran junto con la voluntad del obligado, entonces esta condición es potestativa. En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA sostiene que existe una diferencia de matiz entre las condiciones potestativas y las mixtas: si el peso de la voluntad del obligado es mayor, la condición es potestativa; si pesa más el azar o la voluntad o actuación

(11) Sobre esta cuestión, se incluye un análisis pormenorizado de las condiciones mixtas en BELTRÁN DE HEREDIA, J., «En torno a la condición potestativa», en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1963, págs. 215 y sigs.

(12) MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español,* tomo VIII, Ed. Hijos de Reus, 1901, pág. 121.

del tercero, entonces la condición es mixta (13). No estamos de acuerdo con la definición que incluye azar y tercero en la condición mixta, por cuanto si bien es obvio que el juego del azar es inevitable, sin embargo ello no implica necesariamente que dicha intervención deba ser apreciable hasta el punto de elevarla a la categoría de evento condicionante.

Como se puede comprobar, la doctrina ha encontrado ciertas dificultades para delimitar los conceptos, cercanos entre sí, de las condiciones potestativas y las mixtas. En nuestra opinión, la consideración de las condiciones como mixtas requiere la determinación clara de los sucesos de azar o dependientes de la voluntad o actuación del tercero, como eventos integrantes de la condición, según se deduzca de la voluntad manifestada por las partes. En los casos en los que no se pueda deducir tal conclusión, no deben estimarse azar ni acto o voluntad de tercero como condición, por lo que la misma debe considerarse dependiente de la voluntad del deudor, lo que genera el efecto extintivo referido en el artículo 1115 del Código Civil. De aquí que entendamos que el supuesto objeto de análisis en este trabajo constituya un caso de condición mixta.

No obstante lo anterior, también se ha sostenido una postura en la que los razonamientos anteriores se han llevado hasta el extremo, puesto que se ha entendido que, en estos casos, las condiciones se equiparan a las simplemente potestativas, puesto que el único evento relevante era el relativo al azar o la voluntad del tercero (14). En nuestra opinión, las condiciones en las que la voluntad del deudor concurra con el azar o la del tercero deben ser consideradas como mixtas, sin que se pueda minimizar o eliminar el juego de la primera, puesto que ambos factores interactúan entre sí, de tal forma no se pueden analizar de forma separada. En el caso que estamos analizando, si consideramos que la actividad del comprador para la consecución de financiación no debe considerarse condición, ello no puede sin embargo obviar la circunstancia de que, en caso de actitud totalmente pasiva por su parte, no obtendrá el mencionado objetivo.

No es esta una opinión pacífica en la doctrina actual. Para algunos, es necesario distinguir entre la verdadera condición mixta y aquellos supuestos en los que la concurrencia del suceso dependiente del azar o de la actuación del tercero depende, a su vez, de la actuación o voluntad del obligado. Es decir, acto o voluntad del obligado son causa necesaria de los otros sucesos que condicionan el contrato (15). Según esta opinión, solamente serían condiciones mixtas aquellas en las que ambos sucesos son paralelos, sin que uno dependa del otro. En caso contrario, la condición es casual con deber de cooperación

---

(13) Beltrán de Heredia, J., *op. cit.,* págs. 215 y sigs. También, Albaladejo, M., *Derecho Civil, I, Parte General,* Edisofer, S. L., Madrid, 2006, pág. 706.

(14) Santos Briz, I. (Dir.): *Tratado de Derecho Civil, 3, Derecho de Obligaciones,* Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs. 96 y 97.

(15) López Domínguez, L. M., *La condición suspensiva en los contratos,* Editorial Montecorvo, S. A., Madrid 2000, págs. 83-84.

del deudor. Las consecuencias que se derivan de la anterior concepción poseen importancia práctica: si la condición es mixta la ausencia del acto del deudor conlleva necesariamente la aplicación de las consecuencias que se correspondan con el incumplimiento de la condición. En cambio, si la condición es potestativa, la falta del acto del deudor puede generar consecuencias relacionadas con la responsabilidad del deudor.

Según LÓPEZ DOMÍNGUEZ, nos encontramos, en el caso analizado, ante un supuesto de condición casual con deber de cumplimiento del deudor añadido, lo que generaría responsabilidad para el deudor que incumpliese lo que, por su parte, le corresponde: es decir, en el caso de que no observase la diligencia necesaria en la solicitud tendente a la obtención del crédito o de la subrogación del ya existente (16). Por supuesto nada tenemos que objetar respecto del reconocimiento de algún grado de responsabilidad al deudor incumplidor del suceso condicionante que del mismo depende. Sin embargo, no encontramos que para afirmar tal conclusión deba necesariamente alterarse la consideración como mixta de la condición, por la existencia de una relación causa-efecto entre los sucesos concurrentes. Es mas, encontramos ciertas dificultades para sostener la calificación de la condición como casual con deber de cumplimiento del deudor: ¿qué es entonces, casual o mixta? Es más, si el peso de la voluntad del obligado se eleva hasta la categoría de evento condicionante, no solo de la obligación o contrato, sino además del otro suceso concurrente, entonces la condición sería más bien potestativa. Pero claro está, en tal caso, se minimizaría en tal grado el juego del segundo suceso, que la condición terminaría por ser de las recogidas en el artículo 1115 del Código Civil, lo que implicaría la nulidad de la obligación, conclusión que no se puede sostener en este caso.

Quizá por lo anterior, el autor huye de la calificación de la condición como potestativa y recupera el concepto de condición casual. LÓPEZ DOMÍNGUEZ emplea esta denominación porque observa que, con posterioridad a que el deudor realice el suceso que constituye la condición, puede ocurrir que el tercero no realice lo que por su parte le corresponda o que no concurra la circunstancia del azar. Pero es que además, no se puede obviar en modo alguno el hecho de que, además de la voluntad del obligado, concurre en estos casos el azar o el acto o voluntad del tercero. Es decir, la concurrencia del azar o del tercero no depende exclusivamente del obligado, por lo que no se puede negar el carácter mixto de la condición. Puede ocurrir que, no obstante el obligado haber desplegado su diligencia para obtener financiación, el banco se la deniegue.

También se ha sostenido que, dado que en la mayoría de los contratos no se incluye de modo expreso que su efectividad dependa de los dos sucesos, no se puede sostener el carácter mixto de la condición. Lo contrario implicaría

(16) LÓPEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *op. cit.*, pág. 86.

la vulneración del principio general de que la condición no se presume. Sin embargo, es obvio que la voluntad de las partes para establecer una condición mixta no debe ser necesariamente expresa. La concurrencia de la voluntad en tal sentido puede revestir sin mayores problemas una forma tácita, que, como es sabido, no se opone en ningún modo a la imposibilidad de establecer una presunción de existencia de una condición. La Ley no puede deducir tal existencia de las circunstancias del caso, sin que ello impida la posibilidad de deducir la voluntad de las partes en tal sentido. De otro modo, no se podría entender que la jurisprudencia derive responsabilidades de la ausencia de la diligencia debida por el comprador en la obtención de financiación, cuando en las cláusulas incluidas en los contratos no se establece expresamente tal deber, como veremos a continuación.

En nuestra opinión, la relación de dependencia existente entre la voluntad del obligado y los sucesos derivados del azar o de un tercero no llega a ser tan absoluta que imposibilite el juego autónomo de estos sucesos, por cuanto el cumplimiento por el deudor no garantiza, ni mucho menos, la concurrencia del azar del tercero. Por ello, entendemos que la condición analizada en este caso es mixta. Además, tal calificación no impide la imposición de responsabilidades al deudor por falta de diligencia o no actuación constitutiva del suceso.

Sobre la base de la importancia que se otorga a la voluntad del deudor, quizás debiéramos entender que la condición analizada es, más bien, potestativa, no causal. Sin embargo, de sostener tal afirmación y condicionar el suceso del azar o del tercero a la voluntad del obligado, en el caso de que el deudor no cumpliese voluntariamente su parte, se consideraría cumplida su condición, en el ánimo de reparar las consecuencias derivadas de la conducta que pretende evitar su cumplimiento o de sancionar a la parte que persigue el objetivo final de no cumplir la obligación sin causa que lo justifique (17) —art. 1119 del CC— y la condición sería casual. Sin embargo, si el peso de la voluntad del obligado es tal que elimina el juego del azar o del tercero, entonces la obligación sería nula por efecto del artículo 1115. Por ello, la incertidumbre que se genera y la imposibilidad de obtener una calificación única aconseja mantener la calificación de la condición como mixta.

---

(17) Mucho se ha discutido sobre el carácter sancionador o reparador del artículo 1119 del Código Civil. Para algunos, el reconocimiento del cumplimiento y la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios, impide hablar de sanción. Para otros, en cambio, la reparación del daño es tan fácil de valorar, mediante el valor de la prestación que había que cumplir, que es innecesario establecer dichas consecuencias, sin que ello elimine la naturaleza sancionadora de la medida. Si bien para algunos la imposición del cumplimiento se puede configurar, desde un análisis finalista, como una medida sancionadora, por cuanto con ello se impide que consiga su propósito, sin embargo parece que la ficción es objetivamente una sustitución del incumplimiento, una reparación del mismo. Sobre estas cuestiones, ARIJA SOUTULLO, C., *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva,* Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 149-152.

Respecto del supuesto analizado, la exigencia de la diligencia del obligado no permite vincular la conclusión del suceso —la obtención de financiación— y, por ende, la producción de los efectos jurídicos al azar. Así, es posible que no se obtenga la mencionada financiación por la falta de la diligencia necesaria del comprador. Parece lógico, en tal caso, que se deriven responsabilidades para aquel.

En relación con lo anterior, numerosas sentencias confirman la imputación de responsabilidad al comprador y las consecuencias derivadas de la misma, en particular, la pérdida de las cantidades entregadas como arras. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria —Sección 5.ª—, de 14 de abril de 2008, afirmó que la pérdida de las arras era consecuencia de la no consecución del préstamo por negligencia imputable al comprador y sostenía que el comprador debe tener, respecto de las gestiones necesarias para concluir la compra, la diligencia del artículo 1094 del Código Civil. En este sentido, los efectos derivados de la falta de la diligencia exigible deben imputarse a quien sea responsable de dicha dejación, a quien haya tenido la falta de interés y no haya llevado a cabo los actos de gestión tendentes a la consecución del préstamo o de la subrogación.

En muchas ocasiones, la adquisición de la vivienda y las actividades de gestión para la obtención del préstamo son gestiones delegadas a una entidad dedicada a la gestión inmobiliaria, en virtud de contratos de mediación o similares. Parece lógico que la delegación de tales actos a entidades de carácter profesional conlleva necesariamente el traspaso de las posibles responsabilidades por negligencia en la consecución de los objetivos referidos, de tal forma que, de concurrir aquella circunstancia en el gestor, puede el comprador reclamar a las mismas la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del contrato no concluido. Esta ha sido la resolución adoptada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 9.ª—, de 14 de marzo de 2008. En caso contrario, de admitirse la posibilidad de que el comprador negligente se pueda desligar sin más del contrato, se estaría dejando la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio del comprador, lo que resulta contrario al artículo 1256 del Código Civil —así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 8 de febrero de 2005—.

Por otra parte, la cláusula analizada acoge la posibilidad de establecer un plazo para llevar a cabo el pago de la cantidad, aún en el caso de no haber obtenido financiación. Por el contrario, no hace una referencia similar de establecimiento de plazo alguno para el supuesto de que se quiera hacer efectivo el desistimiento. Existe numerosa jurisprudencia en la que, por lógica, se admite el ejercicio de la opción de desistimiento en un determinado plazo establecido previamente en el contrato. No obstante la ausencia de previsión alguna al respecto, ello no conlleva admitir la posibilidad de ejercer dicha facultad de forma indefinida en el tiempo. Antes al contrario, el principio de buena fe implica que el silencio, consistente en la falta de actividad o noticia sobre el

ejercicio de la opción por el comprador, durante un periodo amplio que pueda generar en la contraparte ciertas expectativas de que aquel no va a hacer uso de la misma, no pueden después desvirtuarse mediante su ejercicio extemporáneo. Además, en este supuesto también sería admisible la aplicación de la solución que admite el ejercicio, ante la ausencia de fijación de plazo, hasta el momento de la ejecución del contrato, en consonancia con los supuestos en los que no se ha establecido plazo para el ejercicio de la facultad de desistimiento en las arras penitenciales (18).

También se incluye en la cláusula el suceso o evento que constituye la condición suspensiva, a saber: la no obtención del préstamo hipotecario o de la subrogación de préstamos ya existentes. En este sentido, la precisión de la cláusula no permite supeditar la subsistencia o eficacia del contrato a otro hecho posterior. En relación con esta cuestión, la jurisprudencia ha señalado en diversas ocasiones que en aquellos contratos en los que se había supeditado la celebración al otorgamiento de escritura pública, la no obtención de financiación no generaba dicho efecto. Por el contrario, era posible que el comprador tuviese medios suficientes para poder pagar la compra, razón por la que no se había preocupado de establecer tal condición. De haber querido fijarla, debería haberlo hecho expresamente. En cualquier caso, no es este el supuesto de la cláusula objeto de este trabajo.

## 4. LA INCLUSIÓN DE ARRAS PENITENCIALES

Fuera del caso analizado anteriormente, resulta común en la práctica la inclusión en los contratos de viviendas de una cláusula de arras penitenciales, que otorgan, como sabemos, una facultad de desistimiento a las partes mediante la pérdida de las mismas para el comprador o la devolución si la ejercita el vendedor, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1454 del Código Civil. No vamos a entrar a analizar aquí las implicaciones generales que las mismas generan, pues se trata de una cuestión ampliamente debatida y resuelta por la jurisprudencia y la doctrina.

También son aplicables a las arras penitenciales las consideraciones realizadas sobre la ausencia de diligencia por parte del comprador en la obtención del crédito o de la subrogación. Por lo demás, la aplicación de la solución recogida en el artículo 1454 del Código Civil cuando las partes pacten el establecimiento

(18) García Cantero, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: Albaladejo, M.), T. XIX, artículo 1454, EDERSA, Madrid, 1980, págs. 98 y sigs. También, Sanz Valentín, L. A., «Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1454 del Código Civil y sus diversas interpretaciones», en *Revista Jurídica del Notariado,* julio-septiembre de 1995, pág. 164. También, Alfonso Rodríguez, M. E., *op. cit.,* pág. 264.

de unas arras penitenciales puede evitarse mediante un acuerdo de aquellas en otro sentido, en consonancia con el carácter dispositivo de dicho precepto. Carácter dispositivo que se extiende no solo a los supuestos en los que se decide que las arras tengan otra finalidad —confirmatoria o penal—, sino incluso en aquellos casos en los que se mantiene su finalidad penitencial. Así, es posible que las partes pacten que, en caso de ejercicio de la facultad de desistimiento, la cantidad que se deba devolver no sea la prevista en el Código Civil, sino otra distinta. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 21 de septiembre de 2004 —Sección 2.ª— admitió una cláusula en la que se establecía que el ejercicio de la facultad conllevaba la devolución del 20 por 100 de la cantidad entregada. En todo caso, la parte que desista del contrato deberá devolver, exclusivamente, las cantidades pactadas, sin que otros anticipos entregados que no tengan tal naturaleza se puedan retener, pues ello supondría un enriquecimiento injusto dado que la compraventa no llega a celebrarse (19).

El establecimiento de las arras penitenciales en los contratos en los que se establece la condición suspensiva de la obtención de financiación no posee otra virtualidad que añadir una posibilidad de desligarse del contrato, no obstante el cumplimiento de la condición. En este sentido, parece que su finalidad concuerda con la solución adoptada en la cláusula antes analizada, en la que se otorgaba la opción de resolver el contrato. Sin embargo, existe una diferencia clara: en el caso de las arras, el uso de las mismas conlleva la pérdida de la cantidad establecidas, mientras que la opción reseñada permite desligarse del contrato sin pérdida de cantidad alguna. Por lo demás, el incumplimiento de la condición impide el juego de facultad de desistimiento alguno, puesto que el contrato no se resuelve, sino que no llega a nacer. Así, habrá que devolver todas las cantidades entregadas, para reponer el estado inicial de cosas, como establece el artículo 1120 del Código Civil.

Según lo dicho anteriormente, podría considerarse que el establecimiento de unas arras confirmatorias con una opción de resolver el contrato en un contrato sometido a condición suspensiva —como parece establecer la cláusula analizada en líneas anteriores, al establecer que las cantidades se entregan a cuenta— genera idénticos efectos al establecimiento de unas arras penitenciales en un contrato con la condición suspensiva antedicha. En un contrato con arras confirmatorias, el incumplimiento del mismo permite a la contraparte poder reclamar el cumplimiento forzoso o la resolución con indemnización de daños y perjuicios (20), lo que implica la pérdida de las arras como parte imputada a

(19) En este sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 8 de febrero de 2005 —Sección 6.ª—.

(20) Se trata de una solución sostenida de modo general por la doctrina, como consecuencia general derivada del carecer sinalagmático de la compraventa, más que de la naturaleza de las arras. Vid. García Cantero, G., *op. cit.,* pág. 103. También, Rivera Fernández, M., *op. cit.,* pág. 1701.

dicha indemnización, sea esta mayor o menor, lo que supone la devolución de la parte que corresponda (21). Por su parte, en el caso de las arras penitenciales el ejercicio de la facultad de desistir no supone incumplimiento alguno, por lo que la pérdida o devolución doblada no es una sanción derivada del mismo, ni constituye adelanto alguno de una indemnización. Así, cuando las arras confirmatorias concurren con la opción de resolver, no se pierde cantidad alguna, pues no se desiste, mientras que en el caso de las arras penitenciales sí se produce dicho efecto. En este sentido, la cláusula analizada es más beneficiosa para el comprador, que puede resolver sin temor a pérdida alguna. Es obvio que aunque ambas opciones constituyen supuestos de desistimiento —aunque la cláusula analizada emplee el vocablo «resolver» y el art. 1454 del Código Civil «rescindir»— en los que la facultad concedida encuentra su legitimación en la autonomía de la voluntad de las partes, *ex* artículo 1255 del Código Civil, sin embargo las diferentes consecuencias en la devolución o no de cantidades exige precisión en su establecimiento.

Por otra parte, con ocasión de la práctica inmobiliaria ha surgido una serie de cuestiones relacionadas con la efectividad de la medida como factor de mantenimiento del contrato en aquellos supuestos en los que el precio de la vivienda sufre unas variaciones vertiginosas, que pueden incitar a las partes a hacer un uso de la facultad de desistimiento que ocasione daños excesivos a la contraparte. En los tiempos recientes, el proceso de escalada de los precios de la vivienda generaba un alto grado de incertidumbre en la conclusión definitiva de los contratos de compraventa y en el mantenimiento definitivo de los mismos. Concretamente, nos referimos al hecho de que los precios sufrían unas modificaciones al alza de mucho valor y en muy poco plazo. En estas circunstancias, los vendedores podían hacer uso de la facultad de desistimiento y devolvían por dos las arras recibidas, reservándose la vivienda para un contrato posterior en el que se aseguraban un precio muy superior al inicialmente pactado en dicho contrato. Por ende, se defraudaba la expectativa generada en el comprador, que veía la imposibilidad de mantener la adquisición ya pactada.

Este uso de la facultad de desistimiento ha sido puesto en entredicho y se ha discutido su legalidad. En concreto, se ha afirmado con ocasión del supuesto similar de la compraventa de solares urbanos que se trata de un caso de incumplimiento del contrato, más que de uso de las arras penitenciales. Para Barrón Arniches existe una clara desproporción en los costes y riesgos que se generan para ambas partes en tales casos: el vendedor, por su parte, obtiene el beneficio de poder vender más caro el bien —en el caso que analiza, el suelo—. En su caso, el pago de las arras duplicadas debe ser rentable porque,

(21) Martínez de Aguirre y Aldaz, C., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* septiembre-diciembre de 1992, núm. 30, pág. 831.

a pesar de ello, decide ejercitar la facultad. Por su parte, el comprador soporta los gastos derivados de la compraventa —asesoramiento jurídico, estudios, gastos notariales, etc.— y no obtiene nada a cambio. Sostiene también que la desproporción es tal que se incumple el artículo 1256 del Código Civil, puesto que el cumplimiento del contrato se deja al arbitrio de uno de los contratantes (22). Existe jurisprudencia en la que se afirma que estas situaciones, creadas unilateralmente por la mala fe de quien obtiene un lucro, deben ser compensadas económicamente.

No se puede negar que la conducta de los vendedores en estos casos no resulta muy acorde con las reglas generales de los contratos. Ahora bien, cuando las partes pactan unas arras penitenciales, establecen una facultad de desistimiento que no se limita en razón de las posibles circunstancias sobrevenidas que puedan acontecer. Se trata de una facultad que no se supedita a la concurrencia de posibles causas que objetivamente legitimen más o menos para ejercer el desistimiento. Sí parece admisible, en cambio, que dichos comportamientos pueden resultar contrarios a las básicas reglas de la buena fe, por cuanto se trata de una conducta que, en modo alguno, resulta compatible con los fines normales de las partes a la hora de celebrar un contrato.

Sin embargo, no creemos que tal afirmación permita hablar de un supuesto de incumplimiento, sin perjuicio de que se pueda generar una situación que es necesario resarcir o compensar, como manifiesta la jurisprudencia, según hemos visto. No obstante lo anterior, como se ha afirmado por algunos, en aquellos casos en los que la Ley concede la facultad de desistimiento unilateral de la obligación o del contrato, la parte que la ejerce debe resarcir a la otra los perjuicios que se pueden derivar de un uso injustificado de la causa o de la generación de un enriquecimiento injusto. Sin embargo se argumenta que, en el caso de las arras penitenciales, tal indemnización está delimitada por las cantidades entregadas inicialmente (23). Es obvio, no obstante lo anterior, que si bien las arras entregadas constituyen, precisamente, la cantidad aportada con fines compensatorios, también es justo reconocer que, en muchas ocasiones, la cifra ha posibilitado que el vendedor pueda desligarse ante las expectativas ciertas de obtener un mayor precio por la venta.

Sin embargo, sobre la base de lo anterior debemos preguntarnos qué ocurre en el caso inverso. Es decir, qué calificación merece el supuesto en el que, en una situación de bajada de los precios del mercado, el comprador hace uso de la facultad de desistimiento y decide perder las arras entregadas, puesto que puede adquirir una vivienda de similares características por un precio inferior

---

(22) Barrón Arniches, P., «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de efficient breach of contract?», en *Diario La Ley,* núm. 6839, 12 de diciembre de 2007, Madrid, 2007, págs. 1249-1250.

(23) Verdera Izquierdo, B., *op. cit.,* pág. 139.

al inicialmente pactado. ¿Estamos también ante una conducta contraria a la buena fe? En realidad, se trata de prácticas muy comunes en el caso de los derechos de opción, concretamente de las opciones financieras. En estos casos, el optante decide ejercer la opción de compra o venta, según el caso, si los precios han subido o bajado, respectivamente, por encima o debajo del valor total que resulte de la suma del precio de la acción y la prima pagada. Como vemos, se trata de un instrumento eminentemente especulativo, que justifica dicho comportamiento por la finalidad exclusiva de la obtención de un beneficio económico determinado.

Sin embargo, aunque desde el punto de vista de la conducta del optante o de la parte en la compraventa existen grandes similitudes, en el plano conceptual encontramos una gran diferencia. En el caso de la opción, el optante recibe un derecho a exigir la celebración de un contrato en un plazo determinado y la contraparte la correlativa obligación de celebrar, en tal caso, el contrato. Dicho derecho subjetivo conlleva, lógicamente, la posibilidad de su no ejercicio, puesto que es consustancial de dicho concepto la posibilidad de ejercerlo o no, sin necesidad de justificar tal comportamiento siempre que ello genere un beneficio a su titular. Es decir, el no ejercicio de la opción por su titular por razón de la marcha de los precios de la cosa que se pretende adquirir no se puede considerar, en ningún modo, un caso de abuso de derecho o ejercicio antisocial.

Sin embargo, en el caso de las arras penitenciales, no se adquiere un derecho a concluir la celebración de un contrato, sino una facultad de desistir de un contrato ya existente. Es decir, los poderes otorgados en este caso no son tan amplios como los que reconoce un derecho subjetivo, puesto que la facultad de desistir constituye un derecho potestativo, que además se materializa sobre una relación contractual que ya existe. Derivado de esta circunstancia, las cantidades entregadas en el caso de la opción no son, necesariamente, parte del precio, mientras que las arras entregadas sí son parte del mismo. Además, en la opción la naturaleza del derecho no permite aludir a la creación de unas expectativas posteriormente defraudadas, lo que no se puede afirmar en el caso de las arras penitenciales, puesto que estamos ante un contrato u obligación ya existentes que se destruyen después sin causa legítima. Por estas razones, no consideramos comparables ambas figuras jurídicas.

En el supuesto de que el comprador se desligue de la compraventa por un descenso más o menos pronunciado en los precios, que permita su adquisición más barata, parece lógico pensar que esta conducta no resulta contraria a la buena fe, puesto que, aunque en tales casos se puede defraudar una expectativa de venta, sin embargo es obvio que tal efecto se produce por una causa legítima, cuál es el deseo lógico de evitar una pérdida patrimonial excesiva por haber pagado un precio que ya no se corresponde con la cotización normal del mercado. Podríamos considerar que idéntico efecto se produce en el supuesto de que el vendedor, en una situación de mercado alcista, ejerza la facultad de desistir para vender más

caro. Desde un punto de vista contable, un «no pago» podría equipararse a un ingreso. Sin embargo, la ausencia de un mayor ingreso no se puede considerar una pérdida efectiva, lo que sí ocurre en el caso de que compre por más precio del que sea el del mercado en cada momento. Así, una pérdida efectiva justifica una ruptura del compromiso mediante el empleo de la facultad de las arras penitenciales, lo que no se produce en los supuestos de subida de los precios. Desde un punto de vista jurídico, no es lo mismo, fuera de los casos de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, dejar de ganar que perder.

No obstante lo anterior, para evitar este tipo de situaciones, las partes pueden pactar una cantidad elevada de arras, que impida la posibilidad de desligarse del contrato con gran facilidad. Claro está, esta solución provoca otro tipo de problemas en aquellos casos en los que las partes deseen desligarse del contrato por causas justificadas. De ahí, que parezca más lógico establecer mecanismos de resarcimiento posterior, que eviten la pérdida de grandes cantidades, sea cual sea la razón concurrente para desistir. En nuestra opinión, la legitimación de la reclamación se basa en la consideración de tales prácticas como contrarias al principio de buena fe, puesto que el objetivo de la obtención de los mayores beneficios posibles es loable, siempre que su logro no se consiga mediante la ruptura de las expectativas creadas a la contraparte y la consiguiente pérdida que se genera, porque si esta desea obtener un inmueble de semejantes características, tendrá, en circunstancias normales, que hacer un desembolso mayor del inicial previsto y logrado como consecuencia de la negociación y celebración posterior de la venta en las condiciones pactadas.

## 5. CONCLUSIONES

La cláusula analizada en este trabajo tiene por objeto proporcionar una solución al problema que se deriva de la falta de financiación para la adquisición de vivienda. En concreto, se pretende facilitar la recuperación de las cantidades que el comprador ha entregado a cuenta, puesto que las circunstancias de una situación de crisis económica genera, en numerosas ocasiones, la imposibilidad de concluir la venta y, con ello, la pérdida de las arras, con lo que dicho efecto de aquellas constituye un problema generalizado que afecta a un gran número de personas en estos tiempos.

Por otro lado, la falta de información que, en general, tienen los individuos sobre estas cuestiones conlleva la posibilidad de que puedan sufrir tales pérdidas y, por ende, recomienda este tipo de soluciones. No obstante, si es exigible la inclusión expresa de estas soluciones en el clausulado del contrato, tal exigencia puede entonces generar perjuicios derivados del propio desconocimiento de las partes, que se podrían evitar de otro modo. Por ello, debería valorarse la posibilidad de incluir en estos casos soluciones legales generales, al menos

para este ámbito de la contratación y de forma coyuntural para los momentos de crisis inmobiliaria, que eliminen la indefensión ocasionada por el desconocimiento. Es cierto que podría sostenerse que dicha medida es una invasión del ámbito de la autonomía de la voluntad, sin embargo consideramos que esta solución permitiría evitar, precisamente, que la voluntad de la parte ignorante sea precisamente el mecanismo que genere un mayor y efectivo perjuicio a la misma. Por lo demás, existe multitud de supuestos en los que las facultades de desistimiento se han otorgado al comprador en otros sectores en los que las circunstancias lo aconsejaban con el fin de evitar su indefensión y los perjuicios derivados de la misma.

Por otra parte, en la mayoría de los contratos la cláusula que se incluye es una simple condición suspensiva: se supedita la subsistencia y/o eficacia del contrato a la obtención de un crédito, con variadas posibilidades respecto de la devolución de las cantidades ya entregadas. Debemos, entonces, preguntarnos cuál es el valor añadido que la cláusula estudiada aporta respecto de aquellas. En nuestra opinión, la opción añadida —facultad de desistir o de permanencia del contrato— únicamente otorga un mayor control a la parte compradora, que puede decidir el mantenimiento del contrato aunque hayan fracasado las negociaciones con la entidad bancaria. Claro está, dicha opción solamente es admisible cuando se establece una condición negativa, pues si la condición fuese positiva, no estaría justificado que, no obstante la consecución de la financiación, se facultase al comprador para desligarse del contrato, como no fuera mediante el empleo de las arras penitenciales, es decir, mediante la asunción de un sacrificio a cambio de dicha facultad.

En cualquier caso, la pretensión de evitar los perjuicios que se derivan de la no consecución del crédito con la pérdida de las arras se puede obtener también con la inclusión en el contrato de una simple cláusula de condición suspensiva positiva sin opción del comprador añadida. Es más, podría pensarse que, en las actuales circunstancias, la concesión al comprador de dicha opción no tiene mucho sentido, puesto que el propósito que se persigue es la obtención de un crédito para llevar a cabo la compra, sin que el mismo se preocupe ahora por la posibilidad de continuar con la compra no habiendo obtenido la financiación requerida. Sin más rodeos, si el comprador consigue el préstamo compra la vivienda, en caso contrario no se continúa con la compra, sin más.

Por otra parte, también se puede sostener, con corrección lógica, que la posibilidad de desligarse del contrato sin exigencia de responsabilidades derivadas del incumplimiento, se puede obtener mediante el establecimiento de unas arras penitenciales del artículo 1454 del Código Civil. En efecto, la inclusión de estas arras penitenciales configura, para muchos, la obligación como condicional, generando un efecto similar al que persigue la cláusula analizada. Sin embargo, en estos casos también se pretende evitar que el comprador pierda las cantidades entregadas por el ejercicio de dicha facultad, por lo que resulta de

mayor utilidad el empleo de condiciones suspensivas como las recogidas en la cláusula, puesto que impiden el despliegue de las consecuencias normales que se producen por la celebración de un contrato con arras penitenciales.

La inclusión de una condición suspensiva en los contratos con arras reduce considerablemente el carácter de garantía que gran parte de la doctrina afirma del pacto arral (24). Si el carácter garantista de las arras fuese esencial y, por ello, debiera concurrir en todo caso, entonces habría cierta contradicción con la reducción de sus efectos por las partes mediante el empleo de la condición. No obstante lo anterior, es obvio que el juego conjunto de las arras y de la condición suspensiva de no obtención de financiación satisface los intereses de ambas partes: por un lado, la intención del vendedor de celebrar finalmente el contrato, por otro, la recuperación de las cantidades entregadas por el comprador cuando concurre una circunstancia que no depende totalmente de su voluntad.

En segundo lugar, del análisis anterior se deduce que, no obstante la similitud de funcionamiento, la cláusula referida no se identifica en modo alguno ni se puede calificar como un supuesto de arras penitenciales. Es cierto que en la cláusula se acoge, junto con las cantidades entregadas a cuenta —según la redacción de aquella—, una facultad de resolución o desistimiento del contrato celebrado. De esta forma, se podría considerar la identidad de efectos de la cláusula con las arras penitenciales. Sin embargo, existe una diferencia práctica muy clara: si bien la facultad que incluye la cláusula se puede ejercer sin pérdida alguna de las cantidades entregadas, en el supuesto de las arras penitenciales el ejercicio de la facultad de desistimiento conlleva necesariamente la pérdida de aquellas. Además, si bien la cláusula concede la facultad al comprador de forma exclusiva, las arras penitenciales otorgan la misma a ambas partes. Por estas razones, se aprecia de forma clara que la cláusula analizada constituye un mecanismo de control del contrato y de su celebración, más beneficioso para los compradores que las arras penitenciales. Parece lógico que así sea, pues se trata de una práctica que se encuadra en un contexto de crisis económica en el que muchos compradores no van a poder concluir satisfactoriamente la compraventa de la vivienda por causa de la falta de financiación o, incluso, por dificultades económicas sobrevenidas de diversa índole. En una situación de mercado inmobiliario en la que se conocen de forma anticipada y cierta las grandes posibilidades de que no se concluyan las compraventas de vivienda, las arras penitenciales constituirían una forma de obtención de una cantidad de dinero por el vendedor muy cercana al enriquecimiento injusto, puesto que el comprador asumiría el riesgo elevado de una probable pérdida de las arras, al tener que desistir casi por obligación, y el vendedor obtendría el correlativo beneficio de la percepción casi segura de una cantidad sin consumar la venta.

(24) Vid. Alfonso Rodríguez, M. E., *op. cit.*, pág. 130.

Por otra parte, en el caso de las arras penitenciales se pueden plantear ciertas dudas sobre la calificación del uso de la facultad de desistimiento para evitar una venta o una compra, con el fin de obtener mayores beneficios de la venta o evitar mayores pérdidas en la compra. Por las razones apuntadas en líneas anteriores, ya hemos señalado que no consideramos idénticos ambos supuestos. De esta forma, la no compra por bajada del precio parece un caso de legítimo ejercicio de la facultad de desistimiento, mientras que su uso para evitar la venta en las situaciones de alza de los precios puede constituir un supuesto de ruptura injustificada de expectativas legítimas. Si bien en el primer caso es lícito no responder a las expectativas para no obtener una pérdida clara, sin embargo en el segundo el objetivo es ganar más, no perder, lo que no parece legitime tal conducta. El Derecho no puede exigir a una persona que se arruine cuando la misma ha previsto en el contrato medidas para evitarlo, sin embargo sí puede reprimir conductas que busquen la ganancia injustificada a costa de la pérdida de la contraparte.

## BIBLIOGRAFÍA


ALBALADEJO, M.: «Arras de desistimiento y arras penales», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1996, EDERSA.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I, Parte General,* Edisofer, S. S., Madrid, 2006.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E.: *Las arras en la contratación,* José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995.

ARIJA SOUTULLO, C.: *Los efectos de las obligaciones sometidas a condición suspensiva,* Ed. Comares, Granada, 2000.

AUBRY y RAU, C. y C.: *Cours de Droit Civil Français, V,* Etienne Bartin, París, 1945.

BARRÓN ARNICHES, P.: «El incumplimiento contractual de la parte vendedora en la compraventa de solares urbanos: ¿un caso de efficient breach of contract?, en *Diario La Ley,* núm. 6839, 12 de diciembre de 2007, Madrid, 2007.

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: «En torno a la condición potestativa», en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1963.

BENDITO CAÑIZARES, M. T.: «Las arras excepcionales en el Derecho español y aplicación de su sinalagma en la contratación en masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Díez-Picazo,* T. II (Derecho Civil-Derecho de Obligaciones), Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

BEUDANT, C.: *Course de Droit Civil Français, IX,* Rousseau, París, 1938.

DÍAZ-ALABART, S.: «Las Arras (I)», en *Revista de Derecho Privado,* enero-febrero de 1996, EDERSA.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias,* Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DÍEZ-PICAZO, L.: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *Anuario de Derecho Civil,* XIV, Madrid, 1961.

ESTIVAL ALONSO, L.: *El contrato de arras,* Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S. A., Madrid, 2006.

GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir.: ALBALADEJO, M.), T. XIX, artículo 1454, EDERSA, Madrid, 1980.
JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual,* Civitas, Madrid, 1987.
JOSSERAND, L.: *Derecho Civil,* vol. III, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950-1952.
LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial, Introducción al Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
LÓPEZ DOMÍNGUEZ, L. M.: *La condición suspensiva en los contratos,* Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 2000.
MANRESA, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español,* tomo VIII, Ed. Hijos de Reus, 1901.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* septiembre-diciembre de 1992, núm. 30.
POTHIER: *Traité de contract de vente, III,* París, 1821.
RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Arras, una construcción jurisprudencial», en *Revista General de Derecho,* núm. 594, Madrid, 1994.
SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil,* Suc. Rivadeneyra, Madrid, 1899.
SANTOS BRIZ, I. (Dir.): *Tratado de Derecho Civil, 3, Derecho de Obligaciones,* Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
SANZ VALENTÍN, L. A.: «Las arras penitenciales. Un estudio sobre el artículo 1454 del Código Civil y sus diversas interpretaciones», en *Revista Jurídica del Notariado,* julio-septiembre de 1995.
TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto Privatto,* Giuffrè, Milán, 1996.
VERDERA IZQUIERDO, B.: *Los elementos definitorios de las arras en el Derecho Patrimonial,* Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

*RESUMEN*

*COMPRAVENTA DE VIVIENDA.*
*ARRAS, DESISTIMIENTO.*

*Durante la década de los años 90 y la mitad de la siguiente, España se ha beneficiado de una época de bonanza y crecimiento económicos de alcance mundial que, en su caso, se ha traducido principalmente en un fuerte desarrollo del mercado inmobiliario, lo que ha propiciado, a su vez en pura lógica, un gran incremento en las ventas de vivienda. Los contratos y escritos que documentan estas ventas normalmente incluyen cláusulas de arras que poseen una finalidad de confirmación, de facultad de desistimiento*

*ABSTRACT*

*BUYING A HOME*
*EARNEST MONEY, CONTRACT ABANDONMENT*

*Throughout the nineties and halfway into the following decade, Spain benefited from a time of economic plenty and growth of worldwide scope. The main outcome of that period was strong development in the property market, which in turn, quite logically, fostered a big increase in sales of homes. The contracts and other papers documenting such sales usually include earnest money clauses. These clauses are designed to confirm the parties' intentions, to enable each party to abandon the con-*

*reconocida a cada parte o de pena por su incumplimiento, en su caso. Sin embargo, los pretendidos objetivos de las arras producen consecuencias de signo diverso a los deseados en épocas de crisis, en las que los compradores encuentran grandes dificultades para poder concluir con éxito las ventas proyectadas —principalmente, por estrangulamiento de la actividad crediticia y la consiguiente falta de financiación—, el juego y significado de las arras pueden sufrir alteraciones. En efecto, la imposibilidad de comprar la vivienda por causas ajenas a la voluntad del comprador puede ocasionar la pérdida de la cantidad entregada como arras. Por esta razón, se han articulado en la práctica cláusulas que persiguen fines similares a los que proporciona el pacto arral, a la vez que evitan la pérdida de las arras ocasionada por la no conclusión de la compraventa.*

*Por todo lo anterior, vamos a analizar en este trabajo una cláusula que proporciona una facultad de desistir y, por ello, presenta cierta cercanía con las arras penitenciales, con el fin de desentrañar su naturaleza y, por ende, su calificación. A su vez, se estudian diferentes cuestiones relacionadas con las características y el ejercicio de la facultad que incluyen las arras penitenciales, para determinar las posibilidades que su inclusión en un contrato otorgan al comprador en un contexto de crisis como el que vivimos en la actualidad.*

*tract and to establish penalties for breach of contract. However, in times of crisis, when buyers encounter difficulties in carrying through with planned purchases (mainly due to banks' tendency to cut down on lending and the ensuing lack of financing), the objectives sought through the instrument of earnest money have consequences other than those desired. So, the ultimate significance of earnest money and the way it works may undergo changes. Indeed, if a buyer proves unable to honour a contract due to causes beyond the buyer's control, the buyer may have to forfeit the earnest money. For this reason, in practice clauses have been invented that seek the same kinds of objectives as earnest money agreements, yet avoid the forfeiting of the earnest money should the purchase fail to go through.*

*This paper looks at a clause that provides the power to abandon the contract and therefore displays a certain likeness to earnest money under one typical arrangement (in which, in the event of buyer default, the money is forfeited to the seller, but in the event of seller default, the seller must pay the buyer twice the sum put forward in earnest money). The goal of this paper is to disentangle the nature of the clause in question and thus its legal definition. The paper also examines different issues related with the characteristics and exercise of the faculty included in this type of earnest money clause, to determine the possibilities that the inclusion of such a clause in a contract gives the buyer in a context of crisis such as that which we are currently experiencing.*

*(Trabajo recibido el* 21-11-2010 *y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS

# La eficacia del ignorado Registro Civil en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por título fidedigno (1)

por

CRISTINA VICTORIA LÓPEZ HERNÁNDEZ
*Profesora Asociada de Derecho Civil. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*
*Doctora en Derecho y Abogada*

*SUMARIO*

1. INDICADORES DEL RAZONAMIENTO.
2. PREVIO: NECESIDAD DE DOCUMENTO AUTÉNTICO:

(1) Se aclara que se mantiene la denominación filiación extramatrimonial por tradición jurídica e histórica, aunque el legislador en la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, haya suprimido la diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial. Como consecuencia de ese interés del legislador por no escoger expresiones que puedan resultar discriminatorias, se advierte en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una cierta impropiedad en el uso del lenguaje tradicional e histórico, porque cuando un hijo se tiene fuera *del vínculo conyugal* (como ahora se denomina al matrimonio por la Ley del Registro Civil, en su artículo 44), necesariamente, esa filiación debe identificarse con el término hijo extramatrimonial, pues resulta más impropio identificarlo con la expresión *hijo desvinculado*, esto es, la expresión que corresponde al hijo nacido fuera del vínculo, sea matrimonial o no; otra cosa diferente es el hijo que proceda de una pareja de hecho, siendo más correcto en este caso relacionarlo también con la filiación extramatrimonial. No se llega a entender por qué el término extramatrimonial se considera discriminatorio, en una sociedad en la que las uniones de hecho están perfectamente reconocidas. Es una cuestión de mentalidad y no de expresión. Se ha de considerar además que la plena equiparación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial que establece la nueva Ley desde la Exposición de Motivos de la misma (Expositivo V) parece presuponer, en principio, la denegación por parte del legislador actual de la pretendida eficacia de este tipo de reconocimiento. Y ello supone, a su vez, una mayor dificultad de interpretación respecto de esa realidad pasada, pero todavía existente, como los hechos demuestran.

2.1. El reconocimiento por documento público.
2.2. El reconocimiento por testamento.

3. LA VERACIDAD DE LO DECLARADO: CONEXIÓN ENTRE LA IRREVOCABILIDAD DEL TESTAMENTO Y LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD O CONCIENCIA DEL OTORGANTE.

4. LA EFICACIA SUSPENSIVA, CONFIRMATORIA O RECTIFICADORA DE LA NOTIFICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO:

4.1. Eficacia suspensiva: la declaración efectuada por la madre.
4.2. Eficacia confirmatoria: posibilidad de que se confirme la inscripción por el padre.
4.3. Eficacia rectificadora: notificación del reconocimiento testamentario a los interesados.

5. LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL RECTIFICATORIO Y SUS DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE CORRECCIÓN DEL ASIENTO:

5.1. Rectificación mediante Procedimiento Registral (antes denominado Expediente Gubernativo).
5.2. Confirmación de la inscripción contradictoria o Rectificación del asiento por el Procedimiento Judicial y en virtud de sentencia.

## 1. INDICADORES DEL RAZONAMIENTO (2)

Mueve a la autora, en este pequeño proyecto, la inquietud que le suscita la delimitación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial por documento y su necesaria vinculación con la estirpe y los derechos sucesorios, aunque el autor del reconocimiento documental no tenga en cuenta la transcendencia de esa nueva filiación para el Derecho sucesorio.

Desde nuestro *Texto Constitucional*, como sabemos, se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, en el artículo 18, número 1, y, posteriormente, en el artículo 33, número 1, se reconoce el derecho a la herencia.

El reconocimiento de la filiación por documento suscita más de un problema, sobre todo cuando se pretende interpretar el régimen jurídico que establece nuestro Código Civil con la normativa que pretende proyectar sus efectos en el Registro Civil, tras la inscripción del documento.

Sin poder adentrarnos, con profundidad, en todos los tipos de reconocimiento de la filiación por documento, por las dimensiones de este trabajo; es prudente anunciar desde este inicio que uno de los caballos de batalla en este tema fue siempre: el reconocimiento de la filiación por testamento, pues en los

(2) Durante la redacción de este artículo se produjo la modificación de la Ley del Registro Civil por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Por esta razón se ha tenido en cuenta tanto el texto vigente como el ya derogado, a efectos de interpretación.

primeros veinticinco años de vigencia del Código Civil fueron muy abundantes las anotaciones en el Registro Civil de reconocimiento de hijos naturales, efectuados por testamento. El motivo era un poco *picaresco*, aunque llegara a tener importancia para la supervivencia del individuo, ya que la razón de ello era tratar de evitar, por todos los medios, el servicio militar, en una época histórica conflictiva para un soldado (3).

Comenzamos por tanto barruntando cierta confusión sobre la realidad expresada en nuestros Registros Civiles, acerca de este tipo de reconocimiento, provocada por esta realidad histórica. Prueba de ello es que el mismo Legislador, conociendo los antecedentes, quiso en un principio prohibir este tipo de reconocimiento (4), si bien hay que reconocer que su criterio fue ambulante (5).

Con la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, se pretendió adaptar esta práctica notarial a la nueva normativa, aunque el ya derogado artículo 49 de la Ley del Registro Civil, de la referida Ley, que se aplicaba por interpretación extensiva, *y* sus concordantes del Reglamento de Registro Civil (art. 185 y sigs.), *no hacían alusión al testamento como forma de reconocimiento* (6).

---

(3) El artículo 69 de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo, de 11 de julio de 1885, concedía una exención del servicio militar a los hijos naturales reconocidos que mantenían a su madre. Más tarde por Real Orden de 1 de febrero de 1892 se establece, tras el Consejo de Estado, que el reconocimiento del padre o de la madre o de cualquiera de ellos, bastaban para el otorgamiento de la exención y así fueron muchos los reconocimientos en testamento que otorgaron las madres y los padres de los que se hallaban en este caso, para eximir a los hijos del servicio militar, inscribiéndose en el Registro Civil, *para surtir sus efectos.* Puede verse con más detalle en Novoa Seoane, «El testamento como ley de sucesión y como disposición de voluntad en otros aspectos. El reconocimiento de hijos naturales en testamento», en *RDP,* 1915, págs. 265 y sigs. También más recientemente, en la nota 270, del Libro de Cañizares Laso, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 193.

(4) A esta finalidad respondían las Resoluciones de 8 de abril de 1912, de 18 de junio de 1912 y 12 de julio de 1914, que prohibieron la práctica de la anotación en vida del testador.

(5) Es con la Real Orden de 12 de agosto de 1919, cuando el legislador establece que pueda anotarse en el Registro nota al margen de dicho reconocimiento, mediante el testimonio enviado al Registro Civil por el Notario que hiciera el reconocimiento. En cumplimiento de esta normativa, se redactó el artículo 254 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, que establecía: «Los Notarios expedirán testimonio de los reconocimientos de hijos naturales para la anotación marginal que determina el artículo 60 de la Ley del Registro Civil».

(6) En la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, curiosamente, tampoco se hace referencia expresa al reconocimiento de la filiación por testamento. El artículo 44 de la vigente Ley es el que se encarga de establecer los presupuestos para la inscripción del nacimiento y la filiación; y en el apartado 3 del referido artículo 44, tan solo hace referencia en sentido genérico al documento oficial. Por otra parte, las referencias al Reglamento del Registro Civil se hacen respecto del vigente en el momento de la redacción de este artículo, ya que la Ley ha entrado en vigor recientemente y todavía no se ha efectuado el Reglamento para su desarrollo. De ahí que exista una razón más para interesarse por este aspecto jurídico.

Desde luego las incompatibilidades entre el reconocimiento de la filiación por documento público y la idea de la regulación de la filiación en el Código Civil español, con fundamento en el principio de la veracidad biológica, parecen evidentes (7).

Saltan a la vista además los filtros a los que la normativa del Registro Civil somete este tipo de reconocimiento. La doctrina ha salvado siempre de esa depuración, en cierta medida, al reconocimiento de la filiación por testamento, por las palabras textuales del legislador en el Código Civil y porque, en principio, parece que dentro de los documentos es el que podríamos calificar de auténtico, si reúne ciertos requisitos. Pero no se olvide la realidad histórica de este país que se ha mencionado.

Así pues, permítanme la licencia y el acto de valentía, porque entiendo que las contradicciones más evidentes se aprecian entre el reconocimiento de la filiación por testamento y los efectos de la filiación: la eficacia *post mortem* del testamento que predica el artículo 667 del Código Civil parece que hace incompatible este tipo de reconocimiento de la filiación, con los efectos *ipso facto* que produce la tenencia de la misma, según establece el artículo 112 del Código Civil. Y es que, hasta que no se produce el fallecimiento de la persona que lo otorga, no es posible obtener por el legitimado una copia autorizada del mismo, o lo que podríamos llamar *documento auténtico*. Requisito imprescindible del título, para el reconocimiento eficaz de la filiación (8).

Cuando el reconocimiento documental se hace en vida, el legislador ha previsto una serie de medios para que el entorno familiar del reconocedor pueda verificar esa filiación u oponerse con sus actos.

No se olvide que el reconocimiento de un hijo es un acto que tiene transcendencia jurídica, para toda la *estirpe de una familia*, incluso más allá de la vida; y, precisamente, por ello, se cuestiona la eficacia de que pueda estar efectuado, *de forma completa*, solo con el documento público. El aval de nuestro pensamiento es la propia normativa registral, no obstante, la garantía de la eficacia de la misma sigue empañada por la discordancia de sus preceptos con el régimen del Código Civil y la ausencia de matización, para los distintos supuestos, que de este último régimen jurídico emergen.

---

(7) En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2005 *(RTC* 2005/138) y la de 27 de octubre de 2005 *(RTC* 2005/273).

(8) El debate sobre la efectividad o no en vida del reconocimiento de la filiación por testamento, también ha preocupado desde antiguo a la doctrina italiana, especialmente, durante la vigencia del anterior Código Civil, pues partiendo de que la naturaleza del reconocimiento de un hijo no se altera por estar contenido en un testamento, ciertos autores estimaban que el reconocimiento debía ser eficaz en vida del otorgante. Sin embargo, esto no se plasma en la realidad *dada la prohibición de que los notarios no podían dar copia de los testamentos antes de la muerte del otorgante* (vid. Cicu, A., *La filiazione*, Turín, 1954, págs. 158 y sigs., y autores allí citados). De conformidad con el artículo 256.1 del posterior Código Civil, el reconocimiento de un hijo sí podía estar contenido en el testamento, pero tenía efectos al tiempo de la muerte del testador.

Con la reforma, por Real Decreto de 29 de agosto de 1986, en el Reglamento del Registro Civil, se pretendió ajustar la situación normativa con la redacción de ciertos artículos (9).

Sin embargo, por desgracia, hay que decir que, una vez más, el remedio no siempre sirve para paliar los problemas que provocan las reminiscencias históricas.

De manera que si se es persona fiel al orden interno o incluso podríamos decir que moral es inevitable llegar al siguiente planteamiento: *¿se puede considerar demostrada la filiación por la simple inscripción del documento en el Registro Civil?* cuando nuestro Ordenamiento Jurídico es muy exhaustivo respecto de los requisitos legales que debe reunir el título de filiación.

Sin lugar a dudas el texto del artículo 120 del Código Civil, respecto de la filiación extramatrimonial, es el primero que nos remite a la normativa registral y sus efectos. Y el artículo 124 del Código Civil es otro de los preceptos que alude al necesario complemento de la normativa registral. Parece, por tanto, necesario para esclarecer nuestro planteamiento que hay que partir de las verificaciones confesorias o declaraciones, del otro progenitor o del resto de la familia, para complementar este tipo de reconocimiento, según se esté, en un caso o en otro, dados los efectos tan transcendentes que tiene la nueva filiación para un individuo y toda su *estirpe familiar*. Veámoslo, sin más demora, es al menos inquietante.

## 2. PREVIO: NECESIDAD DE DOCUMENTO AUTÉNTICO

El artículo 112 del Código Civil establece una regla general en cuanto al concepto de filiación, pues dice que la determinación legal de la filiación produce sus efectos «*desde que tiene lugar*». Y además establece que determinada de esta forma la filiación *tiene efectos retroactivos*. De manera que si el título de filiación reúne las connotaciones legales justas la misma tiene eficacia *erga omnes*.

Resulta patente, en consecuencia, la necesidad de que el título de filiación revista las formalidades legales justas, dados los efectos que se producen desde que se ostenta una filiación determinada.

### 2.1. El reconocimiento por documento público

El artículo 120 del Código Civil establece, en el primer apartado, que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

(9) El artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, por ejemplo, estableció la necesidad de que *se acreditara la defunción del otorgante* del testamento, para poder practicar la inscripción de este modo de reconocimiento de la filiación.

La referencia al documento público tiene su antecedente en el derogado artículo 131 del mismo cuerpo legal, por lo que, debe considerarse aplicable el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, según el cual: *son documentos públicos aptos para el reconocimiento, la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.*

No cabe duda que, con independencia de los testamentos, el documento público notarial adecuado para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial es la escritura pública otorgada con ese fin, si bien, nada parece impedir que pueda hacerse el reconocimiento en escrituras que no sean otorgadas con esa exclusiva finalidad (10).

A esta misma conclusión, de que el documento público notarial adecuado para el reconocimiento, es la escritura pública, ha de llegarse por aplicación del artículo 1217 del Código Civil, en relación con el artículo 144 del Reglamento Notarial, al prescribir el primero que los documentos en que intervenga Notario Público, se regirán por la legislación notarial y, al señalar el segundo que el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

Se añade además como requisito de veracidad el juicio de capacidad que debe hacer el Notario sobre el otorgante (art. 167 del Reglamento Notarial), para resaltar la eficacia de la escritura pública como documento eficiente para el reconocimiento de la filiación. No obstante, el problema que plantea este tipo de reconocimiento, es que, habitualmente, existe inscrita con anterioridad una filiación contradictoria del reconocido en el Registro. Por lo que el simple acceso de esa escritura al Registro Civil parece que no es suficiente para que quede cerrado o constatado dicho reconocimiento.

No se olvide que el mismo artículo 120 del Código Civil, inmediatamente después, en sus apartados 2.º y 3.º, hace referencia al expediente gubernativo tramitado ante el encargado del Registro Civil y a la sentencia firme, respecti-

---

(10) Desde luego con la exigencia de escritura pública se intenta evitar el fraude documental en materia de estado civil. A este respecto se ha de recordar que la reciente instrucción de 20 de marzo de 2006 *(RCL* 2006, 842) de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental, en materia del estado civil, acordó hacer público el texto de la Recomendación número 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptadas en Estrasburgo por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005 y comunicar a todos los encargados de los Registros Civiles españoles, Municipales, Consulares y Central, que los criterios y orientaciones prácticas, en orden a la prevención del fraude documental en materia de estado civil se contienen en la citada Recomendación de la Comisión Internacional del Estado Civil; debiendo ser valorados y, en su caso, invocados conforme a lo dispuesto en los artículos 23 y 27 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 30 de marzo de 2009 *(JUR* 2010/295845).

vamente. Por no mencionar la inmediata alusión a la madre del apartado 4.º del mismo artículo, de la que nos ocuparemos también más adelante.

### 2.2. El reconocimiento por testamento

El reconocimiento de la filiación por testamento resulta claramente establecido en el artículo 120 del Código Civil. La necesidad de que sea un documento auténtico cabe extraerlo del contenido del artículo 124 del mismo texto legal, por resultar vinculado al momento en el que debe surtir eficacia el reconocimiento (11).

Desde luego, parece evidente que hay que centrar el estudio en el testamento abierto, pues los otros dos tipos, el ológrafo y el cerrado, entrañaban una dificultad total de información y a lo más podrían utilizarse como escrito indubitado, por la ausencia, lógicamente, de fedatario público (12).

El documento auténtico, requisito exigido al título de filiación, es solo el autorizado por fedatario público: solo así se cumple inicialmente con la legalidad exigida al título; y, desde luego, desde mi punto de vista, debe ser otorgado solo y exclusivamente para ese fin, aunque es evidente que ese testamento no contiene un acto dispositivo patrimonial (13).

La duda surge porque esta forma testamentaria de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales lleva implícita la falta de publicidad o conocimiento por todos de la filiación y esto crea una disfunción con el efecto del reconocimiento, dada la eficacia *erga omnes* de la filiación y sus efectos *ipso facto*; Y, desde luego, entiendo que dicha disfunción no queda salvaguardada con la decisión que toma el legislador hace ya casi un siglo en el antiguo artículo 254 del Reglamento Notarial, esto es, con la constancia por nota al margen en el Registro Civil del testimonio enviado por el Notario autorizante del testamento. Pues la constancia al margen de este dato no necesariamente implica conocimiento de todo aquel que tenga interés en el estado de filiación de una persona. No se va todos los días al Registro a ver si por casualidad alguien ha anotado un asiento contradictorio de nuestra misma filiación o de la filiación de un hijo reconocido al nacer por uno solo de los progenitores delante del encargado. ¿Cómo va a saber un progenitor, por ejemplo, que existe ese reconocimiento por otro progenitor, si no es notificado aquel de esa inscripción o anotación?

---

(11) Puede verse en este caso la opinión de Albaladejo, M., *El reconocimiento de hijo natural,* Barcelona, 1954, págs. 174 y 176.

(12) En este sentido se pronunciaba Cañizares Laso, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación,* pág. 190.

(13) Desde la Reforma de 13 de mayo de 1981, por Ley 11/1981, se puede afirmar, sin discusión, que cabe la posibilidad de que un testamento no tenga contenido patrimonial, con apoyo en la nueva redacción que se introduce en el artículo 741 del Código Civil.

Como se puede comprobar, existe más de una razón para dudar que dicha nota del testimonio enviado por el Notario autorizante, tenga la eficacia suficiente como para entender demostrada la filiación desde ese momento.

Y para argumentar mi posición me sirvo de la misma finalidad, para la que desde un principio se anota dicho reconocimiento, esto es, con el fin de su necesaria publicidad registral y además me apoyo en la normativa establecida por el legislador, según atiende a la modificación que le exige la realidad social, que apunta a la necesidad del Expediente Gubernativo, para que despliegue sus plenos efectos. Debe tenerse presente que en todas las familias los intereses de las personas que la integran deben tutelarse en un plano de igualdad, lo contrario sería ir contra el orden público.

En virtud de todas estas manifestaciones entiendo que no hay reconocimiento en forma *en tanto el testamento no adquiera por adveración solemne el carácter de documento auténtico.* En otras palabras, hasta que no fallezca el causante y no pueda expedirse la copia autorizada del mismo a la persona *exclusivamente legitimada* para ello, no puede comenzar a desplegar su eficacia. Este carácter es exigido a todo título de determinación legal de la filiación por la sencilla razón de que tiene eficacia *erga omnes* (art. 112 del CC), como antes se ha manifestado.

Esta reflexión llevada al ámbito de la ética implica, en cierta medida, una protección de la estirpe familiar y de su patrimonio, en cuanto que si esa persona se ha preocupado de tener noticias de su *supuesto* progenitor, puede tener constancia cierta al menos de su fallecimiento, cuando este se produzca y, desde ese momento, comenzar con la necesidad de hacer valer sus derechos. Es como si cobrara vida la filiación, por la muerte del progenitor, en la medida, en que si la relación con el resto de la familia es medianamente buena, parece que no puede haber oposición, para que se inste un expediente gubernativo, mediante el que los demás miembros completos de esa familia van a tener conocimiento a ciencia cierta de esa filiación, con el consiguiente reconocimiento de los derechos que le pertenecen a esa persona, una vez tramitado el expediente.

Es como si el nuevo integrante de la familia fuera declarado por, unanimidad del resto, hermano de ellos e hijo del causante, con los consiguientes efectos sucesorios en cuanto heredero forzoso, sin necesidad de forzar esa cierta participación en la familia y en su patrimonio, porque existe vínculo o vinculación. Lo contrario sería ir en contra del propio orden.

El hecho de que el reconocimiento de un hijo por testamento sea irrevocable (art. 741 del CC) también sirve de aval a nuestro razonamiento, en sentido contrario a como se ha entendido por cierto sector doctrinal (14).

---

(14) Fieles precursores de la vinculación entre irrevocabilidad y de su necesaria conexión con la eficacia inmediata del reconocimiento practicado por testamento, eran en la doctrina francesa COLIN et CAPITAN, *Cours Elementaire de Droit Civil français*, Tomo I, París, 1921,

## 3. LA VERACIDAD DE LO DECLARADO: CONEXIÓN ENTRE LA IRREVOCABILIDAD DEL TESTAMENTO Y LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD O CONCIENCIA DEL OTORGANTE

Si tomamos como punto de partida el mismo artículo 741 del Código Civil, esencial por su contenido para tratar esta cuestión, se puede afirmar con total libertad que es posible otorgar un testamento sin que tenga necesariamente contenido económico, esto es, que el testamento, en este caso, se identifique solo y exclusivamente con una declaración de voluntad de carácter personalísimo (arts. 679 y 695 del CC).

A partir de esta premisa, es fácil llegar a la consecuencia de que, al identificarse en este caso, única y exclusivamente, el testamento con una declaración de voluntad de carácter personalísimo, nadie puede obtener ventajas o reclamar derechos por esa declaración de voluntad *de otro*, hasta que la única persona legitimada se pueda hallar en *posesión de esa declaración*. Esto es, la declaración no deviene prácticamente operativa y eficaz, hasta el momento en que se haya exteriorizado de modo que los terceros puedan usar ese derecho; de ninguna manera antes, el derecho deja de pertenecer a su titular, es decir, a quien otorgó ese testamento. Es inevitable, en este caso, relacionar esa declaración en el testamento con la declaración exigida al que reconoce la filiación delante del encargado del Registro Civil, pues no debe olvidarse que en caso de filiación extramatrimonial, según la antigua regulación, deben ir al Registro los dos progenitores. Más tarde podrá comprobarse esa necesaria manifestación del otro progenitor que exige la normativa del Registro Civil, también para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por documento auténtico (15).

Hace bastante tiempo ya se argumentaba, en este sentido, que, cuando se reconocía a un hijo, no nos encontrábamos ante una *expresión de voluntad* que pudiera cambiar por las circunstancias, sino ante una *declaración o confesión de voluntad* sobre un hecho que, una vez *probado*, no puede desaparecer por otra nueva declaración del otorgante (16).

---

pág. 287. Para estos autores la consecuencia lógica de la irrevocabilidad es que el hijo reconocido podrá en el presente hacer prevalecer la disposición que contiene un reconocimiento sin consideración y sin necesidad de esperar a la muerte del testador.

(15) Curiosamente, la nueva regulación contenida en el artículo 44, apartado 4, Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en casos de filiación que no provenga *de vínculo matrimonial* se remite directamente al expediente registral (antes llamado gubernativo), por lo que es más directo el legislador actual al apuntar la necesidad de esa verificación por el otro progenitor.

(16) En este sentido señalaba De la Cámara, únicamente, para el reconocimiento testamentario que: «Una declaración de ciencia no puede ser revocada porque en tanto expresa el convencimiento de su autor sobre un determinado hecho y en un determinado momento solo cabe esta disyuntiva: o el declarante formuló una afirmación y entonces no se trata de revocar la declaración, sino de *impugnarla,* o manifestó lo que realmente creía cuando declaró

A partir de esta reflexión se había llegado a concluir que el reconocimiento es una declaración de ciencia, yo añado que más bien *de conciencia*, y que por tanto la revocación queda para la expresión de voluntad ajena a esa conciencia. De manera que cuando un sujeto emite una declaración de este tipo lo que está haciendo es afirmar un determinado *hecho* y, en consecuencia, lo único que cabe en contra de ello es la demostración de su falsedad o su impugnación por otro medio más cierto, como puede ser la prueba biológica; fundamento del que parte nuestro Ordenamiento para determinar la filiación.

Otros argumentos tales como que la posibilidad de revocar ese acto de voluntad o conciencia podría implicar un atentado a la estabilidad que debe presidir el estado civil de las personas, no hace más que impermeabilizar esta teoría.

Y el culmen de la delimitación de esta pequeña tesis y de mi pensamiento, me viene de la mano, con el debido respeto a este ilustre civilista, don Manuel ALBALADEJO, cuando razonaba sucintamente, cuales eran los motivos que fundamentaban la irrevocabilidad del reconocimiento por testamento de la filiación. Pues, aparte de esgrimir también que así lo exige la seguridad del estado civil de las personas que no puede quedar al capricho del sujeto, fundamenta el autor la irrevocabilidad en la *presunción* de que el reconocedor declaró la verdad, y su declaración —en cuanto que se presume verdadera— provoca *ex lege* sus efectos.

Luego, esta autora entiende que cualquier ataque a esta presunción no puede venir de la mano de la simple voluntad de su autor (revocación), sino de la *prueba de su falsedad* (a través de la impugnación, por las personas legitimadas). Y para ello, es indiferente que el reconocimiento se efectúe en testamento o en escritura pública o delante del encargado del Registro Civil, porque las exigencias son las mismas: es necesario tener en cuenta el conocimiento de la verdad que puede tener el otro progenitor o la familia, pues la declaración, en definitiva, solo podrá ser desvirtuada por una prueba más contundente: la biológica.

Es más, resulta obvio, que para impugnar un hecho este debe ser conocido o susceptible, al menos, de ser conocido por las personas interesadas o directamente legitimadas por el derecho. Y no cabe duda de que ese conocimiento solo es posible, cuando el documento cobra por *adveración solemne el carácter de documento auténtico* y puede ser presentado al Registro en cumplimiento de lo establecido en el artículo 188 del Reglamento del Registro Civil. La cuestión ahora es: ¿qué ocurre desde que se presenta ese documento auténtico al Registro? ¿Qué efectos tiene esa inscripción de filiación contradictoria para

---

y entonces o la declaración es inconmovible o solo es posible atacarla *demostrando que el hecho reconocido no es exacto,* aunque el declarante la tuviera por tal. Pero ninguna de las dos posibilidades tiene nada que ver con la revocación propiamente dicha» (puede verse la reflexión completa del autor en las págs. 398 y sigs. de la obra, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo VIII, vol. I).

las personas que tienen algún interés legítimo? ¿Se puede decir que desde ese momento resulta demostrada la filiación contradictoria? O, ¿esta se encuentra supeditada a algún tipo de procedimiento?

Solo de esta manera cobra sentido lo establecido en el antes mencionado artículo 188 del RRC y todos los artículos concordantes de la Ley del Registro Civil y su Reglamento.

## 4. LA EFICACIA SUSPENSIVA, CONFIRMATORIA O RECTIFICADORA DE LA NOTIFICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Desde el año 1981 nuestro legislador civil, teniendo en cuenta la Constitución Española, intentó la máxima aproximación, entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Sin embargo, esta última siempre presentó mayores dificultades para su determinación, partiendo de la base de la ausencia *a priori* de la presunción de convivencia y de la relación sexual. Por esta razón, los mecanismos de determinación formal de la filiación no matrimonial son mucho más complejos. Y de ahí que el mismo artículo 120 del Código Civil, atendiendo a las reminiscencias históricas, contemple un régimen casuista, con, al parecer, como dice el Profesor LACRUZ BERDEJO, más de un modo o forma de reconocimiento (17).

Dice textualmente el artículo 120 del Código Civil:

«*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

*1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*

*2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*

*3.º Por sentencia firme.*

*4.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil».*

Solo con la lectura inicial del artículo, me atrevo a afirmar que, aunque en efecto el artículo en su apartado primero contempla tres tipos de reconocimiento que puede efectuar el padre progenitor, los dos siguientes números, esto es, el número 2.º y el 3.º, como antes se ha sugerido, solo se refieren a los supuestos

(17) Dice el profesor LACRUZ BERDEJO que: «*Este precepto es quizá el más fiel, de todos los relativos a la filiación, a la legalidad anterior (Código y Ley del Registro Civil), que prácticamente reproduce, aunque con distinto orden», Elementos de Derecho Civil, IV Familia,* 2.ª ed., Madrid, 2005, pág. 331.

en que exista oposición del otro progenitor, la madre, o de cualquier persona de las que considera legitimada el derecho. Y que el cuarto número solo recoge, un supuesto particular, de oposición de la madre, con efectos suspensivos, de la inscripción del reconocimiento practicado, ante el encargado del Registro Civil.

La necesidad de inscripción surge porque este título de determinación legal de la filiación no requiere el consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, a pesar de que el reconocimiento sea de un menor o incapaz.

Sin embargo, la no exigencia de estos requisitos supone que el Reglamento del Registro Civil establezca un régimen más riguroso, en sus artículos 186 y siguientes, para el reconocimiento de la filiación en documento, hasta el punto de que la anotación de dicho reconocimiento, sin esos dos requisitos, sea ante el encargado del Registro o por testamento o documento público, no puede producir sus efectos con carácter definitivo, pues queda supeditada al conocimiento de los interesados, por notificación.

### 4.1. Eficacia suspensiva: la declaración efectuada por la madre

Dice el artículo 124 del Código Civil que no será necesario el consentimiento o la aprobación (se entiende que del representante legal o la aprobación judicial), si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o *dentro de plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento* (18).

En concordancia con ello, la posterior redacción de los artículos del Reglamento del Registro Civil, relativos a esta materia, pero adaptados al régimen jurídico del Código, establecen que es inscribible, *sin necesidad de consentimiento ni aprobación judicial*, el reconocimiento de menores e incapaces otorgado en documento público, dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento (art. 188, párrafo primero, inciso segundo, del RRC) (19).

---

(18) En este supuesto, el legislador elimina el requisito complementario del consentimiento o aprobación ulterior en consideración a que el padre (o la madre) desde el inicio asume públicamente sus responsabilidades como progenitor. Esta excepción estaba recogida, ya en la redacción originaria del Código Civil (anterior art. 133 del CC).

(19) Se transcribe el contenido completo del artículo 188, introducido por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación del Reglamento del Registro Civil: «*El reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento.* También es inscribible, sin necesidad de dicho consentimiento o aprobación, el reconocimiento de menores o incapaces otorgado en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento; en este caso la inscripción de paternidad podrá ser suspendida o confirmada de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

Los reconocimientos inscritos conforme al párrafo anterior se notificarán al otro progenitor *y, en su caso, al representante legal del nacido, y si este representante no fuera conocido, al Ministerio Fiscal. De haber fallecido el interesado, serán notificados sus herederos. Tales*

La expresión del artículo 188, «otro documento público», se refiere a los documentos públicos distintos del testamento, como son la inscripción misma del nacimiento o el documento autorizado fuera de ella, por un Notario u otro fedatario público (escritura pública, como establece la Resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 1990).

Sin embargo, para estos supuestos, en el mismo texto del artículo 124 del Código Civil, se especifica que: «*la inscripción así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre, durante el año siguiente al nacimiento*». Este segundo inciso del artículo 124, párrafo 2.º, del Código Civil, hay que ponerlo en relación con el último número del artículo 120 del Código Civil, esto es, con el número cuarto, cuando dispone que: «*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: Respecto de la madre,* cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción *de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto* en la Ley del Registro Civil».

No cabe duda de que para que la madre tenga conocimiento de la inscripción así practicada, se le debe comunicar la misma, esto es, notificar la inscripción. Y, naturalmente, de establecer esta exigencia se encarga la normativa del Registro Civil, concretamente, el antes referido artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, cuando dispone, en su párrafo segundo, que:

«*Los reconocimientos inscritos conforme al párrafo anterior se notificarán al otro progenitor (…)*».

Es obvio que esta notificación tiene por finalidad exclusiva la de informar a los posibles interesados sobre el nuevo asiento, para que puedan exigir el cumplimiento de los deberes que se derivan del estado inscrito o en su caso acusen las deficiencias del asiento o del reconocimiento en el procedimiento adecuado (art. 88 y sigs. de la vigente Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, antes arts. 92 y sigs. de la Ley de 8 de junio de 1957).

En consecuencia, el artículo 124, párrafo segundo, inciso segundo, del Código Civil, se encarga inicialmente del supuesto en que la inscripción queda *solo suspendida por petición de la madre*.

En principio, esta posibilidad la tiene la madre *solo durante el año siguiente al nacimiento* y se trata de una facultad, inicialmente suspensiva, pero que puede llegar a ser modificativa del título de reconocimiento de la filiación, en atención al principio de que la madre puede ser cierta siempre. Lo que implica que además conoce, en general, mejor que nadie quién puede ser el padre y en atención también a su posible juicio negativo sobre el interés del reconocimiento para el reconocido.

---

*notificaciones se practicarán con arreglo a lo dispuesto por los párrafos primero y tercero del artículo 182».*

La cuestión es que si la suspensión afecta a la eficacia de la inscripción es porque afecta a la eficacia del reconocimiento mismo como título de determinación legal de la filiación: el reconocimiento paterno, que por especiales circunstancias era eficaz, en principio, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni la aprobación judicial, pasa, por la oposición de la madre, a la categoría de *acto incompleto* que podrá devenir en *ineficaz* (Resolución de 19 de enero de 1996).

Luego, es explicable que el asiento que proceda sea la inscripción, cuando se trata de la notificación que se hace a la madre, para el caso del posible ejercicio por ella de la facultad de suspensión de los efectos del reconocimiento; en este caso, la inscripción de la notificación está expresando la provisionalidad que padece la determinación de la filiación por este tipo de título.

Las notificaciones que conforme al artículo 188, párrafo 1.º, último inciso, del Reglamento del Registro Civil, debe hacer el encargado del Registro están sujetas al régimen que señala el artículo 182, párrafo primero, del Reglamento del Registro Civil, para todas las notificaciones que ha de hacer el encargado en materia de filiación.

Para este caso, en que la notificación es efectuada a la madre, se le advertirá expresamente, al ser notificada, que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el encargado, la mención de filiación solo podrá cancelarse en virtud de sentencia (art. 90 de la vigente Ley 20/2011). En caso de que se efectúe la contestación, se procederá a la supresión por procedimiento registral conforme a lo previsto por los artículos 91, apartado 1.º, de la nueva Ley 20/2011, del Registro Civil, y número 2.º del artículo 120 del Código Civil (20).

En definitiva, que dicho progenitor o madre puede ejercitar las correspondientes facultades de rectificación del asiento, si no está conforme (art. 114 del CC y 89 y 91 de la vigente Ley 20/2011, del Registro Civil, esto es, lo que anteriormente se denominaba el expediente gubernativo de los anteriores arts. 95 y siguientes de la derogada Ley de 8 de junio de 1957, hoy todavía referido en el art. 120, número 2.º del CC).

La cuestión es: ¿Cómo puede pretenderse que esa inscripción de la filiación paterna, después de suspendida por la oposición de la madre, recobre sus efectos normales?

---

(20) En la derogada Ley de 8 de junio de 1957, el procedimiento registral de modificación de asientos se denominaba expediente gubernativo y resultaba contemplado, para este caso, en el artículo 95 de la Ley.

### 4.2. Eficacia confirmatoria: posibilidad de que se confirme la inscripción por el padre (21)

Según el artículo 120 del Código Civil, la filiación no matrimonial quedará, también (22), determinada legalmente: «1.º *Por el reconocimiento en testamento o en otro documento público*». Se excluye, como en el supuesto anterior, en este tipo de reconocimiento, el requisito de la aprobación judicial con la intervención del Ministerio Fiscal o el consentimiento del representante legal, por expresa indicación del texto del artículo 124, párrafo segundo, primer inciso, del Código Civil.

Se añade como coletilla, en ese mismo artículo 124, párrafo segundo, último inciso del Código Civil, que el padre puede solicitar la confirmación de la inscripción, pero, en este caso, es necesaria la aprobación judicial con intervención del Ministerio Fiscal. Es obvio que este último inciso del artículo 124 del Código Civil está haciendo referencia al reconocimiento en documento público, *no testamentario*, que causa inscripción en el Registro Civil.

Ciertamente, en este caso, el reconocimiento del menor en documento público se efectúa, en vida del progenitor o padre, y ese reconocimiento puede llegar al Registro, porque la misma persona que emitió esa declaración, en escritura pública, la lleva directamente al Registro Civil o porque conforme a la legislación Notarial y Registral el Notario envía información sobre la misma (23).

No obstante, dado que para este reconocimiento no es necesario ni el consentimiento expreso del representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, para la plena eficacia de la inscripción así practicada, es necesario efectuar las notificaciones requeridas por la legislación del Registro Civil, en cumplimiento de la necesaria legalidad que exige la prueba de la filiación extramatrimonial así declarada o confesada.

Ni que decir tiene que la notificación que se lleva a cabo en este caso es la exigida en el antes referido artículo 188, párrafo segundo, inciso primero, del Reglamento del Registro Civil. Este inciso, como antes se refería, establece que: «*Los reconocimientos inscritos conforme al párrafo anterior* se notificarán al otro progenitor y, en su caso, al representante legal del nacido, y si este presentante no fuera conocido, *al Ministerio Fiscal*».

---

(21) El caso del reconocimiento de la filiación por testamento es diferente, en cuanto a que solo son inscribibles a la muerte del testador. No procede, como antes de la reforma, la actuación de oficio del Notario autorizante del testamento, conforme establecía el artículo 254 del Reglamento Notarial.

(22) Se añade por la autora para dar claridad al texto.

(23) Con la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, se establece en el artículo 35 la obligación de que los Notarios remitan por medios electrónicos a la Oficina General del Registro Civil los documentos públicos que den lugar a asiento en el Registro Civil, sin duda, ello se hace para identificar al máximo la realidad registral con la extrarregistral.

Como hemos visto, anteriormente, puede ocurrir que, una vez notificada la madre, esta exprese su oposición al nuevo asiento del reconocimiento así practicado, produciéndose la suspensión del asiento; en caso de ser así, el padre que declaró en el documento público la filiación extramatrimonial, puede solicitar la confirmación de dicha inscripción, como expresamente dispone el artículo 188 del RRC, al final del primer párrafo, remitiéndose a lo establecido en el Código Civil.

En efecto, dice literalmente el artículo 188 del RRC que la inscripción así practicada (*en documento público*): «*puede ser* confirmada *de acuerdo con lo establecido en el Código Civil*». Este régimen jurídico es el que se desprende del antes mencionado artículo 124 del Código Civil, párrafo segundo, último inciso, cuando establece que: «*Si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal*».

En otras palabras, que en caso de que el otro progenitor (la madre) se oponga y solicite la suspensión, será necesario que esa inscripción sea rectificada o confirmada. Para este último caso no existe otro medio más que el procedimiento específico para determinar legalmente la filiación contradictoria, hoy situado al final de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 764 y siguientes de la misma, en relación con lo dispuesto en el art. 120, número 3.º, del CC).

En definitiva, que esta nueva filiación será necesariamente confirmada o rectificada por sentencia, porque a diferencia del supuesto anterior, no se trata de un error que pueda solucionarse por expediente gubernativo, como es el caso en que la notificación a la madre *solo tiene efectos suspensivos*. En este supuesto, para demostrar la falsedad o la veracidad de la declaración habrá que utilizar otro medio de prueba que resulte más fidedigno, como puede ser la prueba biológica, pero para ello será necesario ir al procedimiento indicado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado los efectos tan cruciales que tiene para un individuo y toda su *estirpe*, la determinación de su filiación.

### 4.3. Eficacia rectificadora: notificación del reconocimiento testamentario a los interesados

Fiel al régimen jurídico que establece nuestro Código Civil para el testamento y para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial de esta forma, el artículo 188, párrafo 1.º, primer inciso del Reglamento del Registro Civil, establece que:

*El reconocimiento de un menor o incapaz es inscribible, sin necesidad del consentimiento del representante legal ni de la aprobación judicial,* cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento.

Se argumentaba anteriormente que, dados los efectos que tiene el reconocimiento de la filiación para un individuo y toda su familia, es necesario que el título en el que se efectúa ese reconocimiento tenga el carácter de documento auténtico. Por ello, entiendo que, cuando el reconocimiento se efectúa en testamento, la forma debe ser la del testamento abierto que adquiere solemnidad en el momento del fallecimiento de la persona que efectuó dicha declaración, pues solo desde ese momento podrá expedirse copia *autorizada del mismo* a la persona legitimada para solicitarlo. Y por esta razón además, desde el inciso que antes se ha transcrito del artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, se señala expresamente que el reconocimiento de la filiación por testamento es *inscribible* en el Registro Civil, cuando *se acredite la defunción del autor de ese reconocimiento*.

De esta manera se pretende la concordancia de la reglamentación registral, con la notarial y con los regímenes jurídicos de dos instituciones: la testamentaria y la de filiación; al parecer incompatibles, en cierta medida, por estar referidas una a la muerte de la persona y otra al nacimiento e identificación de la misma.

La discordancia entre ambas instituciones se hacía patente, antes de la reforma introducida en el Reglamento del Registro Notarial en el año 1986, por la obligación que tenía el Notario de enviar testimonio del testamento al Registro Civil, para que el encargado del mismo tomara nota al margen, sobre ese asiento contradictorio de la filiación principal (24). Esa discordancia en la legislación generó, en la práctica, una gran controversia, desde antiguo; que quedó reflejada en diferentes Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariados anteriores a la reforma (25).

Así, en la práctica, el reconocimiento del menor se hacía ordinariamente en *testamento* para evitar el trámite de la aprobación judicial. No obstante, carecía de sentido que, habiendo previsto el legislador la protección del interés del reconocido mediante el consentimiento o la aprobación judicial, pudiera burlarse tan fácilmente la precaución legal: si al reconocer se teme la no aprobación de la madre o del padre.

Si tampoco se esperaba la aprobación judicial, podría eludirse también este requisito, por el simple hecho de haber tenido la precaución de efectuar el reconocimiento, no en simple escritura pública, sino en *testamento*.

---

(24) Se recuerda que el Real Decreto de 29 de agosto de 1986 introduce esta nueva redacción en el artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, para remediar la disfunción que producía la legislación notarial en este caso, con el artículo 254 del RRN.

(25) Con el texto originario del Código Civil se entendía que había reconocimiento en testamento y, por tanto, era eficaz sin necesidad de la (entonces insustituible) aprobación judicial del reconocimiento del menor, desde que otorgaba testamento el padre, y aun *antes de la muerte de este* y, por consiguiente, antes de que el testamento adquiera los efectos típicos del mismo.

Sin embargo, el reconocimiento efectuado en testamento no merece consideración especial por haberse empleado esta forma, pues la misma no ofrece, en relación a los intereses del menor, mayores garantías que la forma de escritura pública; por esta razón la doctrina sostenía que el reconocimiento efectuado en testamento abierto (documento público) era eficaz, porque el mismo se había manifestado de forma eficiente, si bien se matizaba que este reconocimiento, durante la vida del otorgante, no valía como título de determinación legal de la filiación mientras no concurriera el consentimiento o la aprobación judicial exigidos (26).

En consecuencia, mientras el testamento no pueda considerarse documento auténtico, el reconocimiento no es título de determinación legal, aunque tenga, a otros efectos, el valor de un reconocimiento en *documento privado* (art. 120.2.º y 764 de la LEC y anterior artículo 49, párrafo 2.º, regla 1.ª, de la derogada Ley 8 de junio de 1957, del Registro Civil) (27).

La doctrina sentada por la Dirección General de Registros y del Notariado fue terminante al respecto, cuando estableció que el trato privilegiado que el párrafo segundo del artículo 124 del Código Civil otorga al reconocimiento testamentario de la filiación se limita al que pretende su inscripción después de fallecido el testador. La razón era muy clara: deben establecerse las debidas garantías para todas las personas que pueden resultar afectadas por el asiento contradictorio (desde el otro progenitor o las demás integrantes de esa familia) (28). Téngase en cuenta las ventajas que puede tener el reconocido respecto de la

---

(26) Puede verse: Peña Bernaldo de Quirós, M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo IV, vol. 3.º, *artículo* 40 al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, 1996; concretamente, en *el comentario al artículo 49 de la LRC*, págs. 171 y sigs.

(27) Es de señalar que en el afán del legislador actual de sintetizar la Ley con el objeto de ser más escueto y preciso su contenido y adaptarlo a las circunstancias actuales, olvida que para determinados supuestos, como estos que vemos, era necesaria esa regulación casuista que comprendía el Capítulo II, del Título V, referente a la filiación. Hoy todo ese articulado (anteriores arts. 47, 48, 49, 50, 51 y 52 de la Ley de 8 de junio de 1957), se ha sintetizado en el contenido de un escueto artículo 44 titulado inscripción de nacimiento y filiación.

(28) En este sentido, fue importante la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 16 de mayo de 1986 *(RJ* 1986/3038) (FD IV), al establecer que: *La eficacia del reconocimiento testamentario de un menor, en vida de su autor, está subordinada a la obtención del consentimiento, o de la aprobación prevenida en el artículo 124-II del Código Civil, toda vez que como ya declarara esta Dirección General en Resolución de 22 de julio de 1985 (RCL* 1985/5265), el trato privilegiado que el párrafo segundo del precepto citado da al reconocimiento testamentario se limita al que pretende su inscripción después de fallecido el testador, *pues por un lado este ya no podrá beneficiarse de sus efectos, y además, la solución contraria implicaría que la simple elección de una u otra opción formal llevaría a un tratamiento sustantivo diferente del reconocimiento, en detrimento de las garantías concedidas al progenitor que ya había reconocido la filiación».* Y resuelve, en el Fundamento de Derecho V: *«La ineficacia del reconocimiento paterno testamentario, no consentido, ni aprobado,* no puede entenderse subsanada por el hecho de su inscripción (…)».

herencia del causante; por ello, además el círculo de las personas directamente legitimadas para tomar alguna determinación respecto del asiento es un círculo mucho más amplio que el habitualmente comentado. Me refiero naturalmente a los herederos del causante que se encuentran con la sorpresa de un nuevo integrante de la familia.

Y desde luego, esas personas afectadas por el nuevo asiento no parece que puedan conocer la nueva inscripción, si no resultan informadas de la misma. De ahí que el mismo artículo 188 del Reglamento del Registro Civil, en su segundo párrafo, último inciso, establezca, para este caso de inscripción de la filiación extramatrimonial reconocida en testamento, que:

«*De haber fallecido el interesado, serán notificados sus herederos. Tales notificaciones se practicarán con arreglo a lo dispuesto en los párrafos primero y tercero del artículo 182*».

Por tanto, será necesario para la eficacia de la inscripción de la filiación extramatrimonial reconocida en testamento que, una vez fallecido el causante, obtenida la copia autorizada del referido testamento y presentado al Registro Civil por el interesado, se incoe el correspondiente procedimiento registral, actuales artículos 88, 89 y 91 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, anterior expediente gubernativo (de los arts. 95 y siguientes de la Ley 8 de junio de 1957).

Por su parte, el artículo 189, párrafo 2.º, del RRC, precepto que contiene las reglas complementarias del expediente que tiene por fin la determinación legal de la filiación no matrimonial del vigente artículo 44, apartado 4, de la Ley 20/2011, de 21 de julio (anterior art. 49 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957), establece que dicha incoación sea notificada en persona a los interesados (art. 182 del RRC), quienes, en todo caso, podrán constituirse en parte y formular oposición.

El párrafo primero del artículo 189 del RRC nos proporciona otra argumentación jurídica más, cuando al recoger la doctrina reiterada de la Dirección General de Registros sobre quiénes están legitimados para promover este expediente y en qué tiempo puede promoverse, establece: «*Cualquier persona que tenga interés legítimo y cualquiera que sea el tiempo transcurrido siempre que exista interés legítimo*». De manera que, en este caso, una vez efectuada la inscripción de la copia autorizada puede ocurrir que el reconocimiento sea plenamente eficaz dado que cumple los requisitos legales. No obstante, si dentro del nuevo círculo familiar existen alguna o algunas personas que tengan *interés legítimo*, en cuanto resulten afectados sus intereses por el nuevo reconocimiento, no cabe duda de que pueden ejercitar su derecho recurriendo la resolución del encargado del Registro, una vez que sean notificadas del mismo.

De esta manera queda dispuesto en los dos siguientes párrafos del artículo 189 del RRC. En el primer párrafo, establece el artículo que *«la incoación*

*será notificada en persona a los interesados, quienes en todo caso podrán constituirse en parte y formular oposición».* Y, en su segundo párrafo, dispone: «*Para que la oposición de los constituidos en parte o del Ministerio Fiscal, se entienda debidamente formulada a efectos de impedir la aprobación del expediente, debe presentarse en tiempo oportuno y expresar las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de* fondo *que en la solicitud se invoquen*».

El anterior concordante artículo 49 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, establecía claramente que en este expediente se dan dos especialidades que se traducen en dos condiciones previas, para que sea posible dictar resolución por la que se determine legalmente la filiación: 1.º Notificación personal de la incoación a los demás interesados; 2.º No oposición ni del Ministerio Fiscal ni de ninguno de los interesados (29). Hoy simplemente existe una pequeña remisión a la apertura de un Expediente Registral en el artículo 44, apartado 4.º, de la Ley 20/2011, de 21 de julio, con lo que parece que la regulación queda en cierta medida huérfana, paradójicamente.

Naturalmente, entiendo que los interesados deberán ser notificados de esta nueva inscripción, a partir de que la misma se produzca, esto es, una vez fallecido el causante y otorgante del testamento: desde que la inscripción del mismo en el Registro Civil cause un asiento contradictorio, sea la fecha o tiempo que sea, según dispone claramente el artículo 189 del RRC, antes referido; quedando claro que en este caso no rige el plazo de un año siguiente al nacimiento del reconocido, al que hacíamos referencia cuando se trata de suspender el asiento.

---

(29) La Resolución de la Dirección General, de 16 de mayo de 1986 *(RJ* 1986/3038), en el Fundamento de Derecho V, consideraba en este sentido que: *«La ineficacia del reconocimiento paterno testamentario, no consentido, ni aprobado,* no puede entenderse subsanada por el hecho de su inscripción, *pues esta carece de virtualidad para* suplir la falta de alguno de los requisitos legales de la existencia o eficacia del hecho a inscribir. *Dicha inscripción no solo será cancelable en virtud de expediente gubernativo al amparo del artículo 95-2.ª LRC, sino que además* carece de todo efecto sustantivo, *pues evidencia* un acto jurídico incompleto *en orden a la producción del efecto que le es propio, de manera que no cabe apreciar contradicción entre la filiación que prueba el Registro, que será exclusivamente la materna (…)».* También es importante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de fecha 22 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994/9781), declara expresamente aplicable, en Navarra, lo dispuesto en nuestra Legislación del Registro Civil; y en este sentido dice el TSJ, concretamente, respecto de la eficacia del reconocimiento por testamento de un hijo extramatrimonial, en su Fundamento de Derecho IV, que: *«El reconocimiento, en este caso de la paternidad efectuado en testamento, sirve de base para acudir ante el Encargado del Registro Civil a fin de que proceda a la inscripción correspondiente y será* en el expediente que se instruya *al efecto cuando el reconocido, si es mayor de edad, deberá, en su caso, prestar su consentimiento expreso, bastando con que aquel sea tácito; y en el caso de que el reconocido* sea menor podrá ser impugnado, *mediante justa causa, por el representante legal del menor, en el caso de autos su madre (…)».* Estableciendo además dicho Fundamento Jurídico IV, que: *«También pueden impugnar la filiación aquellos a quienes perjudique, dentro de los cuatro años siguientes a su inscripción».*

De todo lo expuesto se deduce la necesidad de expediente gubernativo o en su caso resolución judicial para el reconocimiento eficaz de la filiación. Pero, ¿en qué casos procede el expediente? Y ¿cuándo es necesario llegar a un procedimiento ordinario, para el reconocimiento eficaz de la filiación extramatrimonial?

## 5. LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL RECTIFICATORIO Y SUS DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE CORRECCIÓN DEL ASIENTO

La normativa registral civil, en este aspecto, es más rigurosa, pues se fundamenta en el *principio* de que el contenido del Registro Civil solo puede ser rectificado por resolución registral obtenida en procedimiento registral (art. 91 de la Ley 20/2011) o por resolución judicial firme de conformidad con lo previsto en el artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (30).

Los procedimientos a los que se refieren los artículos 90 y 91 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, resultan contemplados en los artículos 88 y siguientes de la misma Ley; y pueden condensarse principalmente en dos: el procedimiento de filiación que hoy contempla la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 764 y siguientes, con el añadido artículo 781 bis, antes referido, y el procedimiento registral descrito en el artículo 88 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio (31).

Parece, por tanto, que el legislador emplea el término rectificación en un sentido amplio equivalente a toda modificación del Registro. El juicio de filiación se presenta, pues, más que con fines estrictamente rectificatorios, como medio procesal idóneo para la consecución de un principio registral: el de la exactitud de los asientos registrales haciéndolos concordar con las alteraciones que se producen en la vida jurídica y que se configuran como objeto propio del Registro Civil.

No obstante, se recuerda que para uno de los casos que nos ocupa, esto es, en el reconocimiento de la filiación por documento público (no testamentario), la madre del reconocido, *por la inscripción así practicada*, tenía una facultad personalísima que resultaba atribuida en el anterior artículo 49 de la LRC de

(30) Este artículo resulta añadido por la Disposición Final cuarta de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, punto número 3. En la anterior regulación se encargaban diversos artículos dispersos en la Ley de sentar los mismos principios; así lo hacían el artículo 37 y el artículo 50 de la Ley de 8 de junio de 1957.

(31) Antes de la reforma, el procedimiento judicial se identificaba con un procedimiento ordinario, según el derogado artículo 92 de la LRC de 1957, y el procedimiento registral con el expediente gubernativo de los artículos 93, 94 y 95 de la Ley del Registro Civil de 1957. Hoy el artículo 88 de la Ley 20/2011 remite directamente a las reglas previstas para el procedimiento administrativo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el procedimiento registral.

1957 y que, hoy, podría resultar implícita en el contenido del artículo 91, en relación con los artículos 88 y 89, de la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio. Si resulta ejercitada esta facultad, abre los trámites de un procedimiento registral (antes denominado gubernativo), previo siempre al procesal, esto es, al procedimiento de filiación.

### 5.1. Rectificación mediante procedimiento registral (antes denominado expediente gubernativo)

El artículo 91 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, dispone que por procedimiento registral también se puede rectificar o suprimir un asiento (32).

En efecto, el artículo 27 de la actual Ley del Registro Civil 20/2011, proclama el principio de formalidades de las inscripciones que se practicarán en virtud de *documento auténtico* o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

Y por exigencias de los principios de legalidad y de concordancia entre el Registro Civil y la realidad, el artículo 30 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, establece que: «*El encargado de la oficina o Registro en el que se solicita la inscripción deberá controlar la legalidad de las formas extrínsecas del documento, la validez de los actos y la realidad de los hechos contenidos en estos*» (33).

La notificación del asiento efectuado se realizará conforme a lo establecido en el artículo 182 del RRC al otro progenitor o a la persona legitimada para emitir la declaración correspondiente, respecto del título. Así deberá comenzar el Procedimiento Registral que se tramita conforme establece el artículo 88 de la Ley 20/2011, de 21 de julio (34).

Se busca en este caso mediante la declaración del otro progenitor verificar o no el asiento, con la comprobación de las formalidades extrínsecas del documento (art. 30, apartado 3, de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) (35); de manera que si dicho progenitor se opone con su declaración al reconocimiento;

---

(32) En este sentido el anterior artículo 95, apartado 2, de la Ley del Registro Civil de 1957, establecía el procedimiento gubernativo, para suprimir el asiento, cuya práctica se había efectuado en virtud de un título que pueda ser contradicho mediante la cancelación del mismo.

(33) El concordante anterior, en la Ley del Registro Civil de 1957, era el artículo 26, que establecía: *«el encargado del Registro velará por la concordancia del Registro y la realidad, citando al Ministerio Fiscal, advirtiendo a los interesados y comunicándose con los demás órganos del Registro Civil».*

(34) En la anterior Ley del Registro Civil de 1957 se tramitaba esta rectificación por expediente gubernativo conforme establecían a los artículos 94 y 95 de la Ley del Registro Civil, a partir de la inscripción del título contradictorio de la filiación en el Registro.

(35) Antes de la última reforma se encargaba de establecer esta exigencia el artículo 27 de la Ley del Registro Civil de 1957.

lo único que hace es constatar que el reconocimiento no se ha efectuado como está previsto legal o reglamentariamente (art. 297, ap. 1.º, del RRC).

En este sentido, el actual artículo 30, apartado 3, inciso 2, de la Ley 20/2011, dispone que en caso de que de la declaración efectuada se deduzca una contradicción esencial entre el Registro y la realidad, el encargado del Registro Civil lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y advertirá a los interesados.

Contra las decisiones adoptadas por los encargados de las Oficinas Central, Generales y Consulares del Registro Civil en el ámbito de las competencias atribuidas por la Ley, los interesados solo podrán interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes (art. 85 de la Ley 20/2011, de 21 de julio) (36).

El recurso se dirigirá a la Dirección General de los Registros y del Notariado y se formulará en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 86, apartado 1, de la Ley 20/2011, de 21 de julio).

Entablado el recurso, quedan en suspenso los planes establecidos para la inscripción correspondiente y la practicada pende de la resolución definitiva.

La Dirección General resolverá en el plazo de seis meses siguientes a la recepción del escrito de interposición. Transcurrido dicho plazo sin que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la pretensión, quedando expedita la vía jurisdiccional correspondiente.

Respecto de la regulación anterior, la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 13 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995/9915) condensa el procedimiento que se ha expuesto. En este caso, tras la comparecencia de la madre en el Registro declarando que el autor del reconocimiento testamentario no era el padre de su hija; se practicó un asiento marginal, no obstante, se trata de un asiento no permitido; porque su constancia no estaba prevista legal o reglamentariamente (cfr. anteriores arts. 95.2.º LRC y 297.1.º RRC). La madre que se opuso, ante la incertidumbre, recurre a la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolviendo esta que debía aprovecharse este expediente gubernativo *para ordenar la cancelación*, amparada en el anterior artículo 95.2.º de la Ley y por exigencias de los principios de legalidad y de concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. anteriores arts. 24 y 26 LRC y 94 RRC).

---

(36) En la derogada Ley del Registro Civil de 1957 se establecía del mismo modo que las decisiones del encargado del Registro son recurribles durante vía gubernativa, ante el Juez de Primera Instancia correspondiente, con apelación en igual tiempo ante la Dirección General, sin que quepa ulterior recurso, a salvo, cuando corresponda, la vía judicial ordinaria (anterior art. 29, párrafo 1.º de la LRC).

### 5.2. Confirmación de la inscripción contradictoria o rectificación del asiento por procedimiento judicial y en virtud de sentencia

Dice el artículo 90 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, que los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y su rectificación se efectuará en virtud de resolución judicial firme de conformidad con lo previsto en el artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Lo que significa que formulada la oposición a la nueva filiación solo puede obtenerse la inscripción por procedimiento de filiación (37).

Ciertamente, el autor del reconocimiento de la filiación por documento público puede no permanecer pasivo ante la oposición del otro progenitor, de modo que tras la suspensión de los efectos de la inscripción, por la declaración de la madre, puede entablar el correspondiente procedimiento, para confirmar la exactitud de lo declarado en el documento público (38).

En este caso, el reconocimiento por documento público actúa en el procedimiento como un elemento probatorio con un contenido autenticado por el fedatario público. Porque, de cualquier modo, lo que es indiscutible es que ese contenido expreso de reconocimiento de progenie extramatrimonial, contenido en el título, reúne los presupuestos precisos para integrar un documento indubitado de los que se citan en el artículo 44, apartado 3, de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y, como tal, ha de servir para instar por esta vía el reconocimiento pertinente; además de servir para no cerrar el paso a la ulterior acción de declaración de paternidad, previa impugnación de la contradictoria que coexiste, según lo dispuesto en el Código Civil.

Se resalta, pues, que el documento público, sin más, es una prueba evidente —documento indubitado a los fines expuestos— que servirá, si no para

---

(37) El anterior artículo 49, último inciso, de la Ley de 8 de junio de 1957, 49, establecía que: *«formulada oposición, la inscripción de la filiación solo puede obtenerse por el procedimiento ordinario».*

(38) El actual artículo 781 bis, introducido en la LEC por la Ley 20/2011, de 21 de julio, se rubrica: *«Oposición a las Resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil»,* y establece, el procedimiento a seguir por el interesado, disponiendo:

1. La oposición a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil, a excepción de las dictadas en materia de nacionalidad por residencia, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, sin que sea necesaria la formulación de reclamación administrativa previa.
2. Quien pretenda oponerse a las resoluciones presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.
3. El secretario judicial reclamará a la Dirección General de los Registros y del Notariado un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.
4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753».

el automatismo del reconocimiento formal de paternidad, como un elemento acreditativo de esa progenie a utilizar en la vía que, en su caso se utilice, bien la registral del artículo 85 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil o bien, la vía judicial, según ha quedado expuesto (art. 90 en relación con el art. 781 bis de la Ley 20/2011, de 21 de julio); por ello la declaración de ineficaz de ese instrumento lo es en el estricto campo de ese reconocimiento tipificado, pero al mantener su existencia o verdad, valdrá al interesado para cimentar su pretensión en cualquiera de las citadas alternativas (39).

Se coincide en admitir que el reconocimiento hecho en vida, aun cuando fuera en testamento, queda sujeto a las previsiones del artículo 124 del Código Civil. Tan solo cuando se ha producido el fallecimiento de la persona que otorgó el testamento, no tiene sentido hablar del derecho de la madre a pedir la suspensión del reconocimiento testamentario. Sin embargo, ello no significa que cualquier tipo de asiento que cause la presentación del documento contradictorio en el Registro Civil, reconociendo una nueva filiación por testamento tras la muerte del causante, pueda tener eficacia. Se recuerda que la rectificación del asiento principal solo se produce por sentencia, por aplicación del principio de exactitud registral.

Será necesario, por tanto, una vez fallecido el causante y autor del reconocimiento testamentario, presentar por la persona legitimada para ello (el reconocido) el testamento en el Registro Civil correspondiente. La presentación del testamento causará un asiento contradictorio, si una vez calificado por el encargado del Registro Civil, este decide inscribirlo. No obstante, entiendo que esta nueva filiación deberá ser notificada a todas las personas interesadas en el nuevo asiento, dada la trascendencia que tiene para la nueva familia. Las personas directamente legitimadas podrán oponerse a la resolución del encargado del registro, en el plazo de treinta días, desde que fueron notificadas, en vía gubernativa. Y, por supuesto, en caso de dudar del título de filiación entablar la correspondiente acción contradictoria de filiación, para en virtud de la prueba biológica, verificar o no el contenido de esa declaración testamentaria.

## JURISPRUDENCIA CONSULTADA

### I. Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera), de 14 de mayo de 2004 *(RJ* 2004/2743).

---

(39) Así lo entiende el TS (Sala de lo Civil, Sección Primera), en la sentencia de 14 de mayo de 2004 *(RJ* 2004/2743), en su Fundamento de Derecho IV.

### II. Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de fecha 22 de diciembre de 1994 *(RJ* 1994/9781).

### III. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de julio de 1985 *(RJ* 1985/5265).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1986 *(RJ* 1986/3038).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de septiembre de 1990 *(RJ* 1990/7339).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995/9915).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de enero de 1996 *(RJ* 1996/2836).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de marzo de 2009 *(RJ* 2010/295845).

### IV. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de mayo de 2005 *(RTC* 2005/138).

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2005 *(RTC* 2005/273).

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Albaladejo, M.: *El reconocimiento de hijo natural,* Barcelona, 1954.

Cañizares Laso, A.: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 193.

Cicu, A.: *La filiazione*, Turín, 1954.

Colin et Capitan: *Cours Elementaire de Droit Civil français,* Tomo I, París, 1921.

Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho Civil, IV Familia,* 2.ª ed., Madrid, 2005.

Novoa Seoane: «El testamento como ley de sucesión y como disposición de voluntad en otros aspectos. El reconocimiento de hijos naturales en testamento», en *RDP,* 1915, págs. 265 y sigs.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Tomo IV, vol. 3.º, *artículo 40* al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, 1996, concretamente, en *el comentario al artículo 49 de la LRC*.

*RESUMEN*

*FILIACIÓN. TÍTULO INSCRIPCIÓN*

*La determinación de la filiación extramatrimonial presenta mayores dificultades que la de un hijo matrimonial, por la sencilla razón de que se parte de la presunción de que no existe vínculo jurídico.*

*Cuando el reconocimiento del hijo no matrimonial se efectúa delante del encargado del Registro Civil, por los dos progenitores de la forma establecida en la legislación, el asiento sobre esa nueva filiación se produce cumpliendo con la legalidad y, por tanto, no parece que deba plantear mayores problemas, a no ser que uno de los progenitores posteriormente impugne la filiación.*

*Las dificultades surgen cuando el reconocimiento de la filiación extramatrimonial se efectúa mediante título o documento; ya que dicho reconocimiento debe presentar unas mínimas garantías. Hace pocos años, la Dirección General de los Registros y Notariado acordó hacer pública la Recomendación número 9 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativa a la lucha contra el fraude documental.*

*Las exigencias del legislador actual respecto de los requisitos que debe tener el documento en que conste la filiación, responden sin duda a las importantes consecuencias jurídicas que tiene ese nuevo reconocimiento para la persona reconocida y todo su entorno familiar, en cuanto que los efectos de la nueva filiación pueden afectar incluso a los derechos sucesorios de toda una estirpe.*

*ABSTRACT*

*FILIATION. TITLE REGISTRATION*

*There are greater difficulties involved in determining extramarital filiation than in determining the filiation of a child that is issue of a marriage, for the simple reason that, in the former case, there is an initial presumption of the non-existence of any legal tie.*

*When a child born out of wedlock is acknowledged before a Civil Registry officer by both parents as established by law, filiation is lawfully registered and therefore seems to pose no further problems, unless one of the parents were to submit a challenge at some later date.*

*The difficulties arise when a child born out of wedlock is acknowledged in a title or other document, because in that event the acknowledgement must meet certain minimum guarantees. A few years ago the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs resolved to publish Recommendation Number 9 of the International Commission on Civil Status on combating document fraud.*

*Legislation's current demands in regard to the requirements that a document attesting to filiation must meet are without doubt set in response to the important legal consequences this new form of acknowledgement has for the persons so acknowledged and for their entire families, whereas a new filiation may even effect the succession rights of an entire hereditary line.*

*Study of the published work is certainly of major legal interest. The paper*

*El estudio del trabajo publicado tiene, sin duda, un interés jurídico importante, con el mismo se pretende coordinar el régimen jurídico del Código Civil que todavía presenta muchas reminiscencias históricas y la nueva normativa del Registro Civil recientemente modificada por la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio. La interpretación integradora del tradicional e histórico régimen jurídico del Código Civil con la nueva y liberal regulación Registral Civil forma un tándem muy peculiar digno del estudio del mejor jurista.*

*strives to coordinate the system of rules under the Civil Code, which still contains many historic overtones, and the new Civil Registry legislation recently amended by Act 20/2011 of 21 July on the Civil Registry. The interpretation, which integrates the traditional, historic set of rules under the Civil Code with the new, liberal Civil Registry regulations, forms quite a unique combination that is well worth study by the finest of legal scholars.*

*(Trabajo recibido el 22-8-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# DICTÁMENES Y NOTAS

# Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario

## Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (1)

*SUMARIO*

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO: SIMPLIFICAR LAS TRANSACCIONES Y DOTAR DE SEGURIDAD A LOS DERECHOS SOBRE INMUEBLES, CONVIRTIÉNDOLOS ASÍ EN ACTIVOS ECONÓMICOS APTOS PARA SERVIR DE GARANTÍA AL CRÉDITO.
3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: PROBABLEMENTE EL MÁS EFICIENTE DE LOS PAÍSES DE LA OCDE.
4. LA ADQUISICIÓN EN PROPIEDAD: EL FINAL DE UN MODELO DE POLÍTICA DE VIVIENDA.

---

(1) Registrador de la Propiedad y Mercantil. Miembro del Consejo de Dirección del Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil de la Universidad de Barcelona (CIDDRIM-UB). E-mail: fpmendez@fernandopmendez.eu

5. BREVE REFERENCIA A CIERTAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO —FISCAL Y URBANÍSTICO— QUE HAN CONTRIBUIDO AL ENCARECIMIENTO DE LA VIVIENDA.

6. MEDIDAS DE DERECHO PRIVADO AL SERVICIO DE UNA POLÍTICA DE VIVIENDA:

   6.1. Medidas dirigidas a desarrollar el mercado de arrendamiento de viviendas.
   6.2. Medidas dirigidas a desarrollar el mercado de adquisición de viviendas en régimen de alquiler con opción de compra.
   6.3. La adquisición de una vivienda en régimen de propiedad superficiaria: la necesidad de regular su inscripción registral y de autorizar la titulación de las hipotecas superficiarias para el desarrollo de la figura.
   6.4. Arrendamiento y propiedad superficiaria.

7. MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SOBREENDEUDADOS.

8. MEDIDAS DIRIGIDAS A POSIBILITAR LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA POR LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN EN CASO DE CONCURSO DE LOS PROMOTORES.

9. CONSIDERACIONES FINALES.

10. AGRADECIMIENTOS.

## 1. PLANTEAMIENTO

La vivienda presenta dos semblantes inescindiblemente unidos al tiempo que antagónicos. Por un lado, sirve como refugio frente a las inclemencias de la vida al aire libre y como espacio para el desarrollo de la propia personalidad. Es lo que podría denominarse la función habitacional de la vivienda. Por otro, cuando se tiene en propiedad, es un activo económico que puede ser utilizado como recurso para obtener rentas o como garantía de un crédito. Evidentemente, cuanto mayor sea el valor de la vivienda como activo económico más inaccesible será su adquisición en propiedad, lo que exige buscar fórmulas de acceso a la vivienda distintas de la propiedad tradicional, con la finalidad de que no queden privados de este bien básico segmentos enteros y muy activos de la población y de hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido por nuestra Constitución.

Dado que he sido citado a comparecer ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados en mi condición de Registrador de la Propiedad, creo interpretar correctamente la intención de quienes me han propuesto y de quienes han aceptado mi comparecencia, esto es, del Grupo Parlamentario Socialista y de los demás grupos respectivamente, si supongo que lo que se espera de mí

es que realice una intervención centrada, preferente aunque no exclusivamente, en el análisis de cómo puede contribuir el Derecho Privado y, específicamente, el Registro de la Propiedad, a una política de vivienda.

Este será, pues, el enfoque que gobernará mi intervención.

## 2. LA FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO: SIMPLIFICAR LAS TRANSACCIONES Y DOTAR DE SEGURIDAD A LOS DERECHOS SOBRE INMUEBLES, CONVIRTIÉNDOLOS ASÍ EN ACTIVOS ECONÓMICOS APTOS PARA SERVIR DE GARANTÍA AL CRÉDITO

Ello exige una breve explicación de la función del Registro de la Propiedad en una economía de mercado, máxime en estos momentos en los que existe un acuerdo general en que tanto la ausencia de regulación como la regulación de mala calidad se hallan en la base de la profunda crisis económica por la que está atravesando el mundo y, por lo tanto, también nuestro país, lo que pone de manifiesto lo acertado de la tesis central de la economía neoinstitucional, según la cual la calidad regulatoria es la base esencial del crecimiento económico y, en general, el andamio institucional la base esencial del edificio de la civilización.

El intercambio y la especialización son la base del crecimiento y del bienestar. La principal dificultad para intercambiar, por parte del adquirente de un bien, radica en la desconfianza derivada del desconocimiento acerca de los atributos esenciales del bien que se desea adquirir junto con la convicción de que la otra parte ajustará su conducta al modelo del autointerés y, en consecuencia, ocultará toda información relevante, cuyo conocimiento por parte del adquirente daría lugar a que no adquiriese el bien o lo adquiriese por un precio menor —*asimetría informativa*—. Por parte del transmitente, la principal dificultad radica en cobrar efectivamente el precio estipulado, pues se halla convencido de que el adquirente incumplirá si esa conducta le reporta más beneficios que la contraria.

Las asimetrías informativas presentes en el mercado son, pues, la principal dificultad para coordinar los intereses de las partes y, por tanto, para contratar.

Por ello, para facilitar las transacciones se requieren instituciones que suministren a la parte peor informada —usualmente la interesada en adquirir— toda la información relevante, y que la parte mejor informada —usualmente la interesada en transmitir— le ocultaría si pudiera, en el caso de que esperase obtener de tal comportamiento mayores beneficios que del contrario, esto es, de la comunicación a la parte peor informada de toda la información relevante.

Para analizar esta cuestión en relación con la material objeto de esta intervención examinemos el caso de la transmisión onerosa de un bien inmueble. Dicha transacción implica la transmisión de un conjunto de atributos, tanto físicos como legales —derechos— sobre el mismo a cambio de una contraprestación,

una suma de dinero en el caso de la compraventa, tipo negocial en el que nos centraremos para simplificar la cuestión.

La medición de tales atributos tiene un coste y, además, el adquirente aplicará un descuento por incertidumbre, descuento que revela el grado de imperfección en la medición de tales atributos, todo lo cual se reflejará en el precio que está dispuesto a pagar —en el valor que para él tiene el bien—. *Coeteris paribus,* a mayor incertidumbre estará dispuesto a pagar menos e, inversamente, a menor incertidumbre estará dispuesto a pagar más. Así pues, en la medida en que se eliminan las incertidumbres, aumenta el valor del bien.

Algunos de estos atributos, como la superficie o las características generales del inmueble, pueden ser relativamente fáciles de determinar, pero otros, tales como la seguridad jurídica de la propiedad adquirida, especialmente en la dimensión de hallarse protegida contra posibles fallos en el título del transmitente, que fundamenten reclamaciones de terceros, tanto en concepto de titulares de dominio como de otro tipo de *iura in rem*, son más difíciles de determinar, por lo tanto de calibrar su probabilidad y, en consecuencia, su importancia.

Todas estas incertidumbres en relación a los atributos del bien que se desea adquirir hacen necesaria la existencia de instituciones específicas destinadas a despejarlas, facilitando así la contratación.

Esta es precisamente la función del Registro de la Propiedad, en su versión más evolucionada de Registro de derechos o de tráfico, a saber: resolver ciertas incertidumbres sobre ciertos extremos esenciales tales como quién es el dueño o, al menos, quién puede disponer sobre la finca y qué cargas de origen negocial pesan sobre ella con carácter preferente al derecho de un potencial adquirente.

En general, puede afirmarse que el descuento por incertidumbre será mayor —es decir, el bien será *menos valioso*— en la medida en la que la estructura institucional permita que tercera partes influyan en el valor de los atributos que son una función de utilidad para el comprador. Puede citarse aquí la conducta de los vecinos, o, también, la probabilidad de robo, pero también la posibilidad de que la adquisición realizada pueda ser anulada por un tercero. Mientras mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien, y menor será también la posibilidad de un uso más especializado y, por tanto, más productivo del mismo. Ciertamente, el nivel de las tasas de interés en los mercados de capitales es, probablemente, la dimensión cuantitativa más evidente de la eficacia del marco institucional.

La disminución de tales asimetrías se ha conseguido históricamente mediante la generación de instituciones que pongan a disposición del eventual comprador o adquirente la información jurídica y económicamente relevante para contratar —quién es el dueño, si puede disponer, qué derechos de terceros puede haber que se antepongan al suyo en el caso de que decida adquirir, etc.— y que, además, impidan al vendedor o transmitente —y, en general, a cualquiera— utilizar las

*asimetrías informativas residuales* en beneficio propio y en perjuicio de quien adquiera mediante un *acto de tráfico*, es decir a título oneroso y de buena fe, pues el mercado desconoce los actos a título gratuito y repele la mala fe.

Esta *neutralización de los efectos* que podrían derivarse de las *asimetrías informativas residuales* hace que las partes, de hecho, se encuentren en una situación equivalente a la de igualdad o simetría informativa lo cual garantiza al comprador que el vendedor no puede valerse de más información que la que él mismo tiene.

Esta situación, a la que calificamos de *imposición de simetría informativa funcional* —porque la imposición que hemos descrito genera una situación que funciona *como si* ambos tuviesen la misma información—, es decisiva para disipar la desconfianza en la contratación entre extraños y posibilitar, por tanto, el crecimiento de los mercados, que quedarían reducidos, de otro modo, a intercambios dentro de pequeños círculos de amigos y conocidos.

Pues bien, la letra de cambio, mediante la técnica de la *incorporación cambiaria*, en relación a los derechos de crédito y el Registro de la Propiedad, en su modalidad de Registro de derechos o de tráfico, mediante la técnica de la intabulación o *incorporación tabular*, en relación al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, consiguen imponer una situación de *simetría informativa funcional* en sus respectivos ámbitos y, mediante ella, consiguen fomentar el comportamiento cooperativo y el crecimiento de los respectivos mercados, así como el del crédito hipotecario.

Ciñéndonos al objeto de mi intervención, esto es, el ámbito inmobiliario y registral, obviamente, para que la *simetría informativa funcional* produzca los efectos deseados se requiere que la información producida por el Registro sea *veraz* y, si no lo fuere, *se repute como tal*, de modo que el potencial adquirente pueda tener seguridad en el carácter *irrevocable*, en relación a él, de la información ofrecida por el Registro en relación a los extremos que le son propios.

Ello solamente es posible si el procedimiento registral garantiza que la información producida por el Registro es veraz en la práctica totalidad de los casos y que, cuando no lo es, se debe a que el *verus dominus* ha preferido no asumir los costes de conservación de su derecho —esto es, los derivados del procedimiento registral— que deben ser inferiores a los de cualquier solución alternativa, para que la institución registral quede justificada. Y esta es precisamente, la razón de ser del Registro de la Propiedad.

En otro caso, la supuesta seguridad del tráfico se conseguiría a costa de aumentar la inseguridad de los propietarios, lo cual no estaría justificado en términos de eficiencia, por dos razones esenciales: en primer lugar, porque esta exige que la constante reasignación de recursos en que consiste el mercado se realice voluntariamente —por cuya razón nadie puede ser privado de su derecho sin su consentimiento—; en segundo lugar, porque el incremento de la inseguridad de las titularidades incrementaría a su vez los costes necesarios para contratar.

Ello pone de manifiesto que la seguridad del tráfico no se consigue —como se ha argumentado— a costa de la seguridad de los derechos, sino, inversamente, reforzando la seguridad de los mismos. Y eso es, precisamente lo que hace el Registro de la Propiedad: frente a los costes de conservación exigidos por el Derecho común —bajo cuya égida ningún propietario podía estar seguro de no sufrir una reivindicatoria hasta tanto no hubiese transcurrido el tiempo necesario para la adquisición por usucapión, cuya declaración exige, además, una sentencia, previo procedimiento judicial— el nuevo Derecho de la seguridad del tráfico que el Registro vertebra en el ámbito inmobiliario, tan solo exige la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pero todo ello es fruto de un proceso evolutivo en el que se han ido imponiendo, poco a poco y con muchas dificultades, aquellas soluciones que, en cada sociedad, han ido alumbrando la historia, en función de las necesidades de los intereses en juego y del nivel de eficiencia y de eficacia del mercado político de cada una de las sociedades en cada momento.

Del mismo modo, la estructura institucional determinará el riesgo en el que incurre el vendedor de que el contrato sea incumplido por el comprador. El Registro de la Propiedad también colabora a despejar este tipo de incertidumbres, si bien de una manera indirecta, al facilitar la prueba del tenor exacto de determinados extremos contractuales, o facilitar la ejecución de ciertas garantías en caso de incumplimiento, todo lo cual constituye un importante estímulo para el cumplimiento, y, en consecuencia, contribuye también a la disminución de uno de los componentes fundamentales de los costes totales de transacción, cuales son los denominados *costes de agencia.*

En todo caso, las propiedades normativas que caracterizan a la inscripción en un moderno Registro de derechos como el nuestro— las cuales la convierten en un auténtico *título valor* en el ámbito inmobiliario— suponen la sustitución del viejo sistema transmisivo —siempre de resultados inseguros— del viejo Derecho Común, por nuevo sistema, simplificado y más seguro, sujeto a las reglas propias del Derecho de la seguridad del tráfico, en el que la inscripción forma parte del proceso adquisitivo y se constituye en el título —documento— respaldado por el Estado que prueba la titularidad y contenido de los derechos reales inmobiliarios, con excepción de los *overridings* o cargas que vinculan al tercer adquirente sin necesidad de que consten en la inscripción. Ello evita las investigaciones retrospectivas, más o menos acertadas, sobre la propiedad, dota de seguridad a los derechos, simplifica y dota de seguridad al tráfico con los mismos, los habilita como activos económicos y, en general, simplifica las relaciones jurídicas en el ámbito inmobiliario.

Por último, es necesario recalcar que todas estas incertidumbres en relación a la seguridad de los derechos constituyen una de las diferencias fundamentales entre los mercados relativamente eficientes de países con altos ingresos y las economías de tiempos pasados o las economías contemporáneas del tercer mundo, lo que pone de manifiesto que las diferencias institucionales son la clave del éxito relativo de las economías.

El Registro de la Propiedad sirve, pues, para crear y desarrollar los mercados inmobiliario e hipotecario, pero sirve, además, para poder *intervenir* en ellos, si se considera preciso, y, como eficaz instrumento de *enforcement*, sirve para asegurar la eficacia de ciertas medidas de política legislativa, cual de vivienda, por ejemplo, sin necesidad de crear instituciones *ad hoc* que impliquen un *coste de gestión* complementario de la norma.

## 3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: PROBABLEMENTE EL MÁS EFICIENTE DE LOS PAÍSES DE LA OCDE

El Registro de la Propiedad español, tal y como destacan los diferentes informes internacionales independientes, desde el relativo a la Integración Financiera de los Mercados Hipotecarios Europeos, realizados por M. O. Wyman para la *European Mortgage Federation,* hasta el Informe *Doing Business* del Banco Mundial, conceden al Registro de la Propiedad español una valoración excelente. Este último, concede al Registro de la Propiedad la mejor valoración de todas las instituciones españolas, de entre los países de la OCDE, junto con las relativas a la obtención de crédito y al cierre de empresas.

Así, según el citado Informe, nuestro Registro de la Propiedad está a la cabeza de los que más seguridad proporcionan a los derechos de propiedad sobre los bienes inmuebles, está por debajo de la media en cuanto a número de trámites y su precio es el más bajo de todos.

Y según el primer informe, nuestro país es el que presenta tiempos de inscripción menores, menores costes operativos de los créditos hipotecarios y tiempos más breves de ejecución de las garantías en caso de impago junto con, en este último caso, Alemania y Reino Unido.

Todo ello se halla en estrecha relación y nuestro tipo de sistema registral y su modelo gestor, como acredita el hecho de que los países con sistemas registrales de documentos —Francia e Italia— se hallan a la cola en todos los demás parámetros relacionados con los créditos hipotecarios.

Como consecuencia de todo ello, probablemente, nos hemos acostumbrado a dar por supuesta la seguridad jurídica que proporciona el Registro, sin percatarnos de que es difícil de conseguir y de que es mucho mayor y menos costosa que la de los países que nos rodean.

Nos hemos acostumbrado a considerarla como un hecho de la naturaleza, lo que nos ha hecho perder la conciencia de lo costosa que ha sido su consecución así como de los peligros que la acechan constantemente y cuya mayor probabilidad de éxito radica, precisamente, en el desconocimiento existente sobre la ingeniería institucional precisa para poder gozar de los beneficios que proporciona un sistema registral como el que tenemos.

Baste poner de manifiesto que, con motivo de la crisis de las *subprime,* nada menos que el Presidente del BBVA declaró en Estados Unidos hace unos meses que en España la crisis no podría alcanzar las proporciones que estaba alcanzando en aquel país por varias razones, entre las que resaltó que en Estados Unidos no existe un Registro de eficacia jurídica similar al español. Algo que nadie más ha puesto de manifiesto. Ciertamente nuestra relativamente buena situación en materia de hipotecas *subprime* se debe a muchas razones, entre las que destacan el buen hacer del Banco de España y el disponer de unos profesionales de banca muy competentes. Pero tampoco es ajeno al fenómeno, ni mucho menos, nuestro sistema registral, el cual, a la vista de la experiencia que estamos contemplando, debe ser robustecido sin entorpecerlo, en lugar de lo contrario, como podría suceder dado el escaso conocimiento acerca de la racionalidad subyacente de la ingeniería institucional que requiere un Registro de derechos.

## 4. LA ADQUISICIÓN EN PROPIEDAD: EL FINAL DE UN MODELO DE POLÍTICA DE VIVIENDA

Durante los últimos sesenta años la política de vivienda ha estado centrada en incentivar la adquisición de la vivienda en propiedad. Esta política se inició durante el franquismo y ha sido continuada por los diferentes gobiernos de la democracia, pues los Pactos de la Moncloa de 1977 dieron un fuerte espaldarazo a esta política (vid.: apdos. V.B, V-b-2 y V.b-7 de los mismos).

En efecto, según los datos del censo de edificación y vivienda, en 1953 el 51 por 100 de las viviendas principales de nuestro país estaban dedicadas a alquiler. Es más, en las dos principales ciudades españolas, ese porcentaje superaba el 80 por 100.

En la actualidad, según el último censo de población y vivienda 2001 —último publicado— la situación se ha más que invertido: solo el 11,5 por 100 de las viviendas principales de España estaban dedicadas al arrendamiento. En las provincias de Barcelona y de Madrid, el porcentaje era superior, aunque no mucho mayor: 13,8 y 13,7 por 100, respectivamente. Es decir, en cincuenta años, en las dos principales ciudades españolas se ha pasado de algo más del 80 por 100 de vivienda en alquiler, a menos del 14 por 100.

Como consecuencia, España se ha convertido, junto con Irlanda, en el país con mayor número de propietarios de sus propias viviendas y aquel en el que las familias han acumulado mayor riqueza inmobiliaria.

En los últimos tiempos, sin embargo, el deterioro de los niveles de accesibilidad a la vivienda en propiedad como consecuencia de la concurrencia de diferentes factores que no me corresponde analizar a mí aquí y ahora, está empezando a configurar el alquiler como la opción más accesible para un nú-

mero creciente de ciudadanos y de familias. Y, en general, la nueva situación ha exigido y exige la configuración institucional de nuevas figuras jurídicas que permitan el acceso a la vivienda bajo una fórmula distinta a la tradicionalmente dominante entre nosotros de propiedad.

Me centraré en tres figuras: arrendamiento, arrendamiento con opción de compra, propiedad superficiaria y, dentro de esta haré una breve referencia a la propiedad superficiaria construida sobre suelo cedido en régimen de arrendamiento. Por último, me referiré a algunas medidas que pueden ser adoptadas para ayudar a los ciudadanos que han incurrido en sobreendeudamiento como consecuencia de la elevación de tipos de interés de los préstamos hipotecarios contratados en su día a interés variable, así como a aquellas que pueden ser adoptadas para proteger a los adquirentes de viviendas que han financiado al promotor mediante la entrega de cantidades a cuenta, en caso de concurso del mismo.

Pero antes se impone hacer referencia a algunas deficiencias de nuestra legislación urbanística y del suelo, deficiencias que han contribuido a encarecer y, por tanto, a hacer más inaccesible la vivienda en nuestro país.

## 5. BREVE REFERENCIA A CIERTAS DEFICIENCIAS REGULATORIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO —FISCAL Y URBANÍSTICO— QUE HAN CONTRIBUIDO AL ENCARECIMIENTO DE LA VIVIENDA

Sin duda alguna, uno de los factores que contribuyen al encarecimiento de la vivienda en España es el precio del suelo. Pero esto requiere una breve explicación.

No comparto la opinión tan extendida de que las viviendas son caras porque el suelo es caro. Más bien creo que el suelo es caro porque las viviendas lo son, y estas lo son debido al fuerte incremento de la demanda durante los últimos años como consecuencia de ciertos factores.

Ello es así porque el mecanismo de fijación del precio del suelo es residual: fijado el precio por metro cuadrado al que se puede vender una vivienda de nueva construcción en una zona y establecido el número de metros cuadrados de vivienda autorizados por el plan, se descuenta el beneficio del promotor y los gastos en los que debe incurrir y, el resto, corresponde al precio del suelo.

Sin embargo, conjuntamente con este mecanismo básico de formación del precio del suelo, es preciso reconocer que existen otros factores que empujan al alza el precio del mismo. Dichos factores no se hallan relacionados con la escasez de suelo edificable. De hecho, con el que hay calificado actualmente, podrían construirse viviendas para más de veinte millones de personas.

Dichos factores se hallan relacionados, más bien, con la gestión de dicho suelo por parte de los Ayuntamientos, los cuales van suministrándolo al mercado

—o lo han venido haciendo hasta recientemente— conforme a sus necesidades, especialmente recaudatorias y, por lo tanto, al ritmo necesario para mantener el precio lo más alto posible.

Esta práctica de los ayuntamientos se halla relacionada, a su vez, con el hecho, de que deben optimizar sus ingresos porque la Ley de Financiación de las Haciendas Locales no establece un sistema de financiación realista ni suficiente, lo que empuja a los ayuntamientos a utilizar sus competencias sobre urbanismo con finalidad recaudatoria, o, si se prefiere, a optimizar las posibilidades recaudatorias de sus competencias en materia urbanística.

Así pues, mientras no se solventen los problemas relacionados con la financiación municipal, los ayuntamientos difícilmente variarán su comportamiento. Y, hasta el momento, ningún Gobierno ha conseguido solventar dichos problemas.

Así, muchos de los desastres de planeamiento urbanístico tienen este origen. Sin embargo, no sería justo culpar de ello exclusivamente a los ayuntamientos, pues, en nuestro país, en general, el planeamiento se mueve en dos fases: la de la aprobación inicial, que corresponde a los Ayuntamientos, y la de la aprobación definitiva, que corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales, en muchos casos, han hecho dejación de sus competencias para evitar conflictos con los Ayuntamientos o por otras razones.

En la fase de concesión de licencias, es donde los ayuntamientos suelen hacer gala de su poder en relación a los casos concretos.

La licencia es —lo cual se ha olvidado— un acto declarativo. Los derechos no derivan de la licencia sino del plan. La licencia es de obligatoria concesión cuando lo proyectado se ajusta al plan.

Sin embargo, los ayuntamientos suelen utilizar su competencia sobre la materia para exigir *contrapartidas* carentes del menor apoyo legal y que acaban repercutiendo en el precio de la vivienda.

Por esta razón, convendría reflexionar sobre la posibilidad de que la concesión de licencias no fuera competencia de los ayuntamientos sino de organismos públicos neutrales e independientes, de modo que se respeten estrictamente los derechos de quienes presentan proyectos conforme al plan, sin exigirles cargas injustificadas por el reconocimiento de sus derechos.

## 6. MEDIDAS DE DERECHO PRIVADO AL SERVICIO DE UNA POLÍTICA DE VIVIENDA

### 6.1. Medidas dirigidas a desarrollar el mercado de arrendamiento de viviendas

El arrendamiento de vivienda apenas se ha desarrollado en nuestro país, como consecuencia de la concurrencia de dos factores:

1. *Una inadecuada estructura de incentivos para el desarrollo del mercado de arrendamientos*

Tal estructura inadecuada se ha configurado tradicionalmente por unas leyes intervencionistas y excesivamente protectoras de los intereses de los arrendatarios, mediante el recurso a: *a)* garantizar la continuidad de los arrendatarios; *b)* dificultar los desahucios; *c)* limitar las rentas.

Ha sido esta una línea tradicional en nuestro Derecho, con la sola excepción de la legislación liberal del siglo XIX —Ley de 19 de abril de 1842— y, parcialmente, del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril —el denominado *Decreto Boyer*— que suprimió la prórroga forzosa para el dueño y potestativa para el inquilino.

2. *Políticas públicas dirigidas al fomento de la adquisición de la vivienda en régimen de propiedad, con olvido de cualquier otra alternativa*

En efecto, toda la política de viviendas protegidas ha ido dirigida a facilitar la adquisición de una vivienda en régimen de propiedad. Tan solo muy recientemente han empezado a articularse políticas —fiscales, de ayudas directas, etc.— dedicadas a facilitar los alquileres ante la elevación del umbral de accesibilidad en propiedad, como consecuencia, esencialmente, del encarecimiento de los créditos.

El desarrollo de un mercado de arrendamiento de viviendas en nuestro país exige, pues, por un lado, la adopción de un marco regulatorio que lo incentive y, por otro, el desarrollo de políticas públicas que lo estimulen. Centraré mi intervención en el primer aspecto.

La experiencia acumulada en la construcción y desarrollo del mercado hipotecario puede resultar de gran utilidad en la consecución de este objetivo. Por lo que al mercado de arrendamiento de viviendas se refiere, puede afirmarse que la situación en la que nos encontramos equivale a aquella en la que el mercado hipotecario no estuviese dominado mayoritariamente por entidades de crédito, sino por prestamistas particulares que destinasen una parte de sus ahorros a invertir en prestar con garantía hipotecaria.

Se trata, por tanto, de un mercado artesanal, que, para ser eficiente, debe ser profesionalizado, al igual que ha sucedido con el mercado hipotecario. Es aquí donde los Fondos y las Sociedades de Inversión Inmobiliaria —y figuras similares— pueden estar llamados a desempeñar un importante papel, al igual que lo desempeñan las entidades financieras en el ámbito del mercado hipotecario.

Sin duda, los actores principales de ese mercado deberían ser las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria, subespecies de Instituciones de Inversión

Colectiva, cuyo objeto principal está constituido por *«la inversión en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento»* (art. 56.2 del RD 1309/2005), sea o no con carácter financiero, es decir, sea mediante la inversión en activos o instrumentos financieros —en los términos establecidos por la Ley y el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva—, o mediante la inversión directa en inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (arts. 34 y 35 LIIC).

Pues bien, para que pueda desarrollarse un mercado de arrendamiento de viviendas profesionalizado y eficiente, basado en el desarrollo de estas instituciones de inversiones colectiva o similares, sugiero a Sus Señorías que reflexionen sobre la posibilidad de adoptar las siguientes medidas dirigidas a equilibrar la relación arrendaticia, eliminando ciertos privilegios en favor del arrendatario que desincentivan la inversión en vivienda con la finalidad de arrendarla. Entre ellas:

*a)* Derogación progresiva del derecho de prórroga forzosa y, en todo caso, de su especial régimen jurídico que lo configura como una excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico y, en consecuencia, en perjuicio de adquirentes, de acreedores hipotecarios y, finalmente, de los deudores hipotecarios y de los propios arrendatarios

Para que se pueda desarrollar el mercado arrendaticio de viviendas es necesario, en primer lugar, que la configuración legal del contrato de arrendamiento sea equilibrada. Hoy, sin embargo, tal configuración presenta algunos desequilibrios, entre los que destaca el derecho de prórroga forzosa para el arrendatario, si bien la configuración legal de este derecho es menos gravosa para el arrendador que la establecida por el artículo 57 de la LAU/64, la reinstauración de tal derecho por la LAU/94 ha supuesto una cierta regresión en relación en relación con el *Decreto Boyer* que lo había suprimido.

Ciertamente, tal medida se ha reintroducido con una finalidad tuitiva —tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LAU/94— de la estabilidad residencial de quienes han optado por el alquiler como mejor medio para solventar la necesidad de vivienda; pero tal medida en nada favorece el desarrollo de un mercado amplio y competitivo de viviendas en alquiler, que sería la mejor garantía de estabilidad a precios asequibles. El desarrollo de tal mercado requerirá la progresiva desaparición de tal derecho.

Obviamente, el derecho de prórroga forzosa del arrendatario de vivienda, tal y como aparece configurado por la LAU/94 constituye una excepción al principio de fe pública registral, ya que para afectar a un tercer adquirente a título oneroso y de buena fe de la vivienda arrendada no se requiere la inscripción del derecho del arrendatario en el Registro de la Propiedad, por lo que el tercer adquirente ve afectada su adquisición por un tercero extraño al contrato

celebrado con el *dominus*, tercero que deriva su derecho de un contrato entre partes y que no figuraba en el *tenor literal* de la inscripción.

En efecto el artículo 14 de la LAU/1994 dispone:

*«Enajenación de vivienda arrendada.—El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*

*Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.*

*Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».*

Puede argumentarse que, a diferencia de la hipoteca —que no es susceptible de contacto posesorio— el arrendamiento conlleva posesión, lo que confiere carácter visible al derecho del arrendatario y que, además, difícilmente comprará alguien una vivienda sin comprobar su estado físico, y, ambas circunstancias, normalmente, revelarán al potencial adquirente lo que no le revela la inscripción, esto es, si la finca se halla arrendada o no.

Ciertamente, el arrendamiento conlleva *ius possidendi* por parte del arrendatario, a diferencia de la hipoteca, pero este hecho no justifica la innecesariedad de la inscripción para que el derecho del arrendatario sea oponible a un tercer adquirente, erigiéndose en una excepción a lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1571 del Código Civil y 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, todos ellos protectores de la seguridad del tráfico jurídico.

En efecto, el hecho de que el arrendatario tenga un *ius possidendi* no despeja las incertidumbres para el adquirente ni elimina las posibilidades de engaño por parte del propietario vendedor, máxime en una economía de mercado que exige una gran movilidad geográfica y en la que la contratación tiene lugar, usualmente, entre extraños, entre los cuales prima la desconfianza, como consecuencia de las incertidumbres derivadas de las asimetrías informativas existentes entre las partes contratantes y del conocimiento de que cada parte ajustará su comportamiento al modelo conductual impuesto por el autointerés, por lo que, cada parte, ocultará información, cuando los beneficios que espera obtener de tal comportamiento superen a los de cualquier opción alternativa.

Para que la contratación —y con ella la especialización y el bienestar— sea posible, se requiere coordinar los intereses de las partes y la principal dificultad para coordinarlos deriva de las asimetrías informativas existentes entre ambas, por lo que el sistema institucional debe generar mecanismos dirigidos a conseguir la simetría informativa entre las partes al menor coste posible. Y, en relación al presente asunto, la manera menos costosa de despejar asimetrías —y, por tanto, incertidumbres y desconfianza— es que el derecho de prórroga forzosa del arrendatario no constituya, en relación a tercero, ninguna excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico, los cuales operan, únicamente, en las relaciones *inter tertios* y constituyen un soporte fundamental para el desarrollo de los mercados.

Pero es que, además, el derecho de prórroga forzosa, configurado como excepción a lo dispuesto por los artículos 1571 del Código Civil y 34 y 38 de la Ley Hipotecaria tiene efectos negativos sobre el desarrollo del mercado hipotecario, pues, en principio, los arrendamientos concertados por el deudor hipotecario con anterioridad a la constitución de la hipoteca, aún no inscritos, son oponibles, en caso de ejecución de la garantía, al adjudicatario de la vivienda en la subasta correspondiente, lo que disminuye el valor de los inmuebles destinados a vivienda como garantía, perjudica al deudor, pues ello repercute en el tipo de interés y, además, el valor que el bien alcanzará en la subasta será inferior al que alcanzaría en ausencia de arrendamiento oponible, por lo que puede no bastar para extinguir la deuda y, por la parte no extinguida, responderá el deudor conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal, conforme al artículo 1911 del Código Civil. Perjudica también al acreedor, pues el valor de la garantía constituida puede disminuir como consecuencia de actos posteriores del deudor, y, además, puede prolongarse la tramitación del procedimiento de ejecución como consecuencia de tales circunstancias, lo que, obviamente, los acreedores descuentan previamente en forma de elevación de tipos de interés.

Parece, pues, que la protección del arrendatario mediante el derecho de prórroga forzosa configurado como excepción a los principios que gobiernan la seguridad del tráfico jurídico tiene un coste excesivo, pues se consigue a costa de dificultar el tráfico jurídico-inmobiliario, de disminuir el valor de los inmuebles como activos económicos y de perjudicar tanto al deudor como al acreedor hipotecarios. Privilegiar a unos pocos tiene consecuencias negativas para muchos.

Y todo ello, además de no estar justificado en ningún caso, lo está mucho menos en un país con el menor número de arrendatarios de viviendas del mundo y en el que, como contrapartida, existe el mayor número de propietarios, los cuales han recurrido, en su gran mayoría, a la garantía hipotecaria para financiar su adquisición. Todos ellos se han visto perjudicados, al obtener financiación hipotecaria, por la existencia de un derecho de prórroga forzosa a favor de los arrendatarios de viviendas, configurado como excepción a los principios que gobiernan el tráfico jurídico.

Hubiera bastado configurar el derecho normalmente, es decir, conforme a tales principios, para que el arrendatario pudiese beneficiarse igualmente del derecho pero sin perjudicar a deudores, acreedores y adquirentes. Para ello hubiera bastado dar al derecho de prórroga forzosa la misma solución que dio el legislador hipotecario de 1861 a las hipotecas legales *tácitas* existentes con anterioridad y que constituían una auténtica losa para el desarrollo tanto de los mercados tanto inmobiliario como hipotecario.

El legislador de 1861, si bien mantuvo las hipotecas legales redujo su número y suprimió su carácter tácito, es decir, para que tales hipotecas quedasen constituidas se exigió, como regla general, su inscripción registral.

A partir de aquel momento la expresión hipoteca legal comenzó a significar derecho a exigir la constitución de una hipoteca, en los casos y en los términos autorizados por la ley, con lo que se compatibilizaba la especial tutela de ciertos intereses dignos de especial protección, según el criterio del legislador, con las exigencias de la seguridad del tráfico jurídico, establecido en beneficio de todos. En otro caso, la especial protección de algunos —los beneficiarios de las hipotecas legales entonces, los arrendatarios de viviendas ahora— se conseguiría a costa del interés de todos —especialmente adquirentes, así como deudores y acreedores hipotecarios—.

En el caso de que se opte —como ha venido siendo usual— por seguir manteniendo el derecho de prórroga forzosa para el arrendatario hay que hacerlo de manera compatible con las exigencias del tráfico jurídico y, por lo tanto, debe exigirse, para que dicha prórroga pueda afectar a terceros adquirentes y acreedores hipotecarios, que el ejercicio del derecho de prórroga conste inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que exige modificar tanto la LAU/94 como el Real Decreto 297/1996.

Partiendo de estas consideraciones, parece que lo más deseable sería:

1. Establecer una progresiva disminución temporal del derecho de prórroga forzosa, conforme se vaya desarrollando y profesionalizando el mercado de arrendamiento de viviendas y, por lo tanto, garantizando la existencia de una oferta competitiva de viviendas en arrendamiento.
2. Exigir la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho arrendaticio para que el derecho de prórroga forzosa sea oponible a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, es preciso hacer notar que no puede sostenerse seriamente que la razón por la cual los arrendamientos no acceden al Registro radica en el coste de la documentación pública requerida para la inscripción y en el de la propia inscripción.

Me atrevo a conjeturar que aunque ambos requisitos fuesen gratuitos los arrendamientos seguirían viviendo al margen del Registro. Las razones de cada

uno son muy distintas y ninguna de ellas tiene nada que ver con el coste de la inscripción: las del arrendador son de índole fiscal y le impulsan a no hacer visible el contrato de arrendamiento y las del arrendatario se reducen a la falta de utilidad de la inscripción pues su derecho es oponible a terceros, incluso a los que reúnan las condiciones del artículo 34 LH, *ex lege,* y estas dos razones se imponen en perjuicio de todos los demás, como también he argumentado anteriormente.

Además de los diferentes aspectos a los que me he referido en relación al derecho de prórroga forzosa, conviene abordar, en relación al mismo, un último aspecto para el supuesto de que el arrendador sea un Fondo de Inversión Inmobiliaria y este se disuelva por algunas de las causas previstas por el artículo 24 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva. Obviamente, para facilitar el rescate de las aportaciones, la solución sería que en estos casos quedasen extinguidos los arrendamientos concertados por el Fondo. Pero esta solución debe ser compatibilizada con el derecho de prórroga forzosa del arrendatario, en su caso, lo que pone de manifiesto, una vez más, las perturbaciones que ocasiona este derecho para un correcto funcionamiento del mercado arrendaticio. Si se quiere defender el derecho de prórroga forzosa, necesariamente habrá que optar por mantener el derecho del arrendatario, incluso en el caso de disolución del Fondo, pues no hay razón para conceder a los partícipes en el Fondo —cuya titularidad sobre los bienes es solo fiduciaria, lo que no debe olvidarse— mayores derechos que a quienes arriendan sus inmuebles sin participar en un Fondo.

*b)* Concesión de ciertas prerrogativas al arrendador cuando este sea un Fondo o Sociedad de Inversión Inmobiliaria y conste inscrito el arrendamiento a su favor, para el desahucio por impago, similares a los de las entidades financieras para la ejecución del crédito hipotecario por impago

En este sentido, es preciso poner de manifiesto que el acreedor hipotecario goza de ciertos privilegios cuando es una entidad financiera debidamente autorizada (ejemplo, arts. 153 y 153 bis LH, art. 245 RH, arts. 572.2 y 573.1.2.º y art. 695.1-2.ª LEC). Tales privilegios consisten en la posibilidad de que su certificación de impago tenga carácter ejecutivo, y en la regulación de un procedimiento especial de ejecución, más ágil que el ejecutivo ordinario, que abrevia la recuperación de la deuda en caso de impago y cuya existencia es esencial para la contención de los tipos de interés de los préstamos hipotecarios.

La existencia de tal procedimiento solamente es posible por la existencia de un Registro de derechos o de fe pública como el que tenemos.

Paralelamente, en materia de arrendamientos, podría establecerse que en el caso de que el arrendador fuera un Fondo o Sociedad de Inversión Inmobiliaria —o similar—, la certificación de impago por el arrendador fuese título bastante

para iniciar el desahucio. Lo mismo podría establecerse para los arrendamientos concertados por particulares, siempre que hubiesen domiciliado el pago en una entidad de crédito debidamente autorizada y esta certificase el impago.

Tal certificación serviría de base para un procedimiento especial de desahucio —similar al especial de ejecución hipotecaria— que agilizaría el lanzamiento, lo que sería un estímulo decisivo para el desarrollo del mercado de arrendamiento.

Para que todo ello fuera posible serían precisos dos requisitos:

En primer lugar, que el contrato de arrendamiento se hubiese celebrado ante notario. La autenticación del contrato es precisa para asegurar ciertos extremos esenciales, como: 1. Existencia del contrato. 2. Identidad de las partes. 3. Capacidad natural. 4. Consentimiento libre. 5. Consistencia entre lo querido, lo manifestado y el contenido del contrato. Ello se consigue mediante la intervención notarial, en la generalidad de los casos. Además, al ser el notario un experto jurídico, y concurrir en él esa cualidad, juntamente con la de fedatario público, se posibilita una ingeniería contractual más eficiente y, en todo caso, la inexistencia de defectos triviales del contrato que impidan su inscripción.

En segundo lugar, inscripción registral del derecho de arrendamiento derivado del contrato. En efecto, la inscripción garantiza que se ha superado la calificación registral y que, por lo tanto, las partes, en su configuración contractual, no han violado norma imperativa alguna. Todo ello daría garantías suficientes para articular un procedimiento en el que, al igual que sucede en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, el deudor —en este caso el arrendatario— únicamente podría oponer dos excepciones: error o falsedad. La inscripción posibilitaría, además, que desapareciera la actual inseguridad que supone para el tráfico jurídico la existencia de arrendamientos no inscritos oponibles a terceros.

*c*) Facilitar la financiación de las Sociedades y de los Fondos de Inversión Inmobiliaria —o similares mediante— la emisión de títulos garantizados por sus derechos arrendaticios, profundizando en la línea abierta por el Real Decreto 215/2008, de 15 de febrero, por el que se modifica el artículo 59 del Real Decreto 1309/2005

A mi juicio, estas medidas permitirían que fuese surgiendo un mercado crecientemente amplio y competitivo de viviendas en alquiler. Es la profesionalización del mercado, su amplitud y la competencia entre oferentes la mayor garantía para el arrendatario, en lugar de un mercado inexistente con una legislación que lo estrangula por sobreproteccionista y que, precisamente por ello, produce unos efectos contrarios a los perseguidos.

Todo ello con independencia de las medidas de Derecho Público —especialmente fiscales— que pudieran adoptarse para estimular, del lado de la oferta, la inversión en inmuebles para arrendarlos y, del lado de la demanda, optar por el alquiler para solucionar el problema de acceso a la vivienda.

### 6.2. Medidas dirigidas a desarrollar el mercado de adquisición de vivienda en régimen de arrendamiento con opción de compra

El arrendamiento con opción de compra carece de regulación sustantiva. Tan solo hay referencias a la figura en la legislación fiscal y en relación a los locales de negocio.

Se trata, sin embargo, de una opción interesante para acceder a una vivienda en propiedad rentabilizando las cuotas mensuales. Sin embargo, ello requiere una regulación de la figura, en todos sus aspectos sustantivos. Uno de los aspectos que debe ser despejado es el de si, en el caso de impago, el arrendador financiero, al igual que el hipotecario, ha de actuar, en primer lugar, sobre el bien dado en arrendamiento financiero y solo después y en caso de insuficiencia del mismo, sobre el resto del patrimonio del arrendatario, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), o si, por el contrario, no existe este principio de excusión; si existe o no el derecho al sobrante, en su caso, para el arrendatario incumplidor y, por último, cuál sería la prelación de la posición del arrendador en caso de concurso del arrendatario deudor. También debería decidirse sobre si el procedimiento especial establecido por la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios es o no aplicable a este tipo de operaciones.

La regulación adecuada de todos estos aspectos contribuiría, sin duda, al desarrollo de esta figura como opción para acceder a una vivienda.

Todo ello, también, con independencia de las medidas de Derecho Público que pudieran adoptarse.

### 6.3. La adquisición de una vivienda en régimen de propiedad superficiaria: la necesidad de regular su inscripción registral y de autorizar la titulización de las hipotecas superficiarias para el desarrollo de la figura

El derecho de superficie, esto es, la adquisición de una vivienda en régimen de propiedad superficiaria, también se presenta como una opción interesante para acceder a una vivienda. Por un lado, permite minimizar el impacto del precio del suelo sobre el precio de final de la vivienda. Por otro, se halla regulado de modo que su duración máxima y su régimen jurídico lo convierten en un activo lo suficientemente duradero y seguro.

Sin embargo, el desarrollo de la figura como instrumento de política de vivienda presenta dificultades derivadas, esencialmente, de su insegura regulación registral, por un lado, y de la prohibición de titulización de las hipotecas superficiarias, por otro. Ambos aspectos deben ser corregidos para que la figura pueda proporcionar toda su utilidad como instrumento de política de vivienda.

El derecho de superficie es una institución típicamente civil cuya regulación legal básica se contiene, sin embargo, en los textos urbanísticos. El Código Civil únicamente se refiere al derecho de superficie en el artículo 1611 como una modalidad más de censo sujeto a extinción.

La Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, resucitó la figura con la finalidad, según su Exposición de Motivos, de facilitar la enajenación temporal de terrenos edificables integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, que por su calificación de bienes patrimoniales estaban sujetos o bien a su transmisión en pleno dominio o bien a la cesión de su explotación, en este último caso, mediante fórmulas de tipo arrendaticio. Posteriormente el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, lo reguló en los artículos 287 a 290, regulación a la que me referiré posteriormente. La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no reguló el derecho de superficie, si bien había que entender que continuaban en vigor los artículos que lo regulaban en el TRLS/1976 por no oponerse a la nueva ley (Disposición Derogatoria de la Ley 8/1990). Así lo entendió el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Tales preceptos continuaron vigentes tras la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo. La Ley 6/1998, de 13 de abril, no lo reguló y además derogó prácticamente toda la regulación contenida en el TRLS/1992, a través de su Disposición Derogatoria, la cual derogó los artículos 287 (números 2 y 3), 288 (números 2 y 3) y 289 del TRLS/1992.

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, recuperó la regulación del derecho de superficie, pasando todas sus previsiones a formar parte del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, elaborado por el Gobierno de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final segunda de la Ley de Suelo, según la cual:

*«Se delega en el Gobierno, por un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la potestad de dictar un Real Decreto Legislativo que refunda el texto de esta y los preceptos que quedan vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, debiendo aclararse, regularizarse y armonizarse la terminología y el contenido dispositivo de esta a los de esta Ley».*

El Texto Refundido dedica dos artículos —arts. 40 y 41 TRLS/2008—, integrantes del Capítulo III —Derecho de superficie— del Título V —Función

social de la propiedad y gestión del suelo— a la regulación de la figura del derecho de superficie, con la finalidad, según reza su Exposición de Motivos de:

*«…superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario».*

Una de las consecuencias de la regulación del derecho de superficie anterior a la contenida en la Ley 8/2007 de Suelo, regulación que el propio TRLS/2008 califica en su Exposición de Motivos de *deficiente,* ha sido, a los efectos de esta intervención, la de inhabilitar las hipotecas constituidas sobre tal derecho como garantía para la emisión de títulos hipotecarios.

En la medida en que dicha deficiente regulación ha tenido como consecuencia primera la escasa incidencia práctica de la figura, ello no ha revestido mayor gravedad. Pero si se pretende que dicha figura sea un instrumento eficaz de política de vivienda, el hecho de que las hipotecas superficiarias no puedan ser titulizadas puede convertirse en un grave obstáculo para la financiación de la construcción de viviendas en régimen de derecho de superficie, y por lo tanto, para la efectividad de las previsiones normativas en la materia, máxime en un momento de crisis financiera, por falta de liquidez en los mercados, como consecuencia de la crisis de las denominadas hipotecas *subprime,* que ha dado lugar a una crisis financiera de una magnitud sin precedentes y de un alcance difícil de prever.

En efecto, el escenario normativo actual puede sintetizarse —a los efectos del presente informe— como sigue: si bien la legislación hipotecaria admite la hipotecabilidad del *derecho de superficie* (art. 107-5 LH), sin embargo la legislación reguladora del mercado hipotecario veda la titulización de las hipotecas constituidas sobre tal derecho. Y la veda por dos vías:

1. La Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario veda, con carácter general, la titulización de aquellas hipotecas que no recaigan sobre *el pleno dominio de la totalidad de la finca* (art. 5 párrafo primero LRMH).
2. Veda igualmente la titulización de hipotecas que recaigan sobre bienes que *por su naturaleza no representen un valor suficientemente estable y duradero,* remitiendo al desarrollo reglamentario de la ley la determinación de tales bienes (art. 5 párrafo cuarto núm. 1 LRMH).
   En desarrollo de tal mandato legal, el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, enumera los bienes que no pueden ser admitidos en garantía por no representar un valor suficientemente estable y duradero y entre ellos incluye el derecho de superficie (art. 31.1 RMH).

3. Por lo que se refiere a la regulación registral del derecho de superficie, nos encontramos, actualmente, ante una situación plena de inseguridad jurídica. En efecto, la regulación contenida en el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario a la entrada en vigor de la LRMH en 1981 y vigente el TRLS/1976, fue modificada por el Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario. Su exposición de motivos se limitaba a decir, como justificación de la reforma en este punto, lo siguiente:

   «*Se da nueva regulación al derecho de superficie, unificando los plazos de duración y aclarando los efectos que tiene la declaración de la construcción fuera del plazo de edificación inicialmente previsto (art. 16, párr. 1.º)*».

La reforma operada en este apartado fue anulada por la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, por lo que hay que entender vigente la redacción anterior, excepto en los aspectos derogados por la Ley del Suelo.

Todas estas circunstancias hacen altamente aconsejable que se remuevan los obstáculos normativos existentes para el desarrollo de la figura como instrumento de política de vivienda. Por tanto, deben modificarse los preceptos tanto de la Ley como del Reglamento que regulan el mercado hipotecario que vedan la titulización de las hipotecas superficiarias. Se requiere, asimismo, una nueva redacción, plenamente actualizada, al artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, ya que sin inscripción del derecho de superficie no es posible la inscripción de las obras realizadas por el superficiario y, sin esta, no es posible la constitución de hipoteca alguna sobre las mismas ni, consecuentemente, su titulización. Ello acarrearía el fracaso de la propiedad superficiaria como instrumento de política de vivienda, a pesar de su excelente regulación en el Texto Refundido actual, un Texto de una calidad excelente en su conjunto.

### 6.4. Arrendamiento y propiedad superficiaria

Conviene explorar las posibilidades que puede ofrecer la propiedad superficiaria construida con dos características:

1. Sobre un suelo cedido en arrendamiento a largo plazo por el propietario a un tercero.
2. Este tercero edifica y enajena en régimen de propiedad superficiaria.
3. El comprador adquiere la propiedad superficiaria de lo edificado mediante financiación hipotecaria.

4. El coste mensual para el adquirente superficiario es el compuesto por la cuota de amortización del préstamo hipotecario destinado a la construcción y la cuota correspondiente al arrendamiento de la parte de suelo ocupada, que evita la repercusión del precio del suelo en el adquirente de vivienda por parte del promotor.

Podría regularse, también, la posibilidad de que el arrendamiento del suelo lo fuera con opción de compra, lo cual, muy probablemente, haría más atractiva la figura.

Estas técnicas permitirían diferentes modalidades de acceso a la vivienda, más asequibles que la propiedad ordinaria o tradicional.

Este tipo de figuras se han desarrollado especialmente en Israel y en los Estados Unidos, y las propiedades así adquiridas apenas son objeto de ejecución hipotecaria, debido, sobre todo y, según parece, al menor nivel de endeudamiento de los compradores.

## 7. MEDIDAS DE AYUDA A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SOBREENDEUDADOS

Es obvio que la evolución alcista de los tipos de interés, como consecuencia de la crisis financiera en la que nos hallamos inmersos, ha tenido una profunda repercusión sobre los deudores hipotecarios, especialmente sobre los que han contratado su préstamo o crédito en los últimos tiempos, dada la naturaleza variable de los tipos de interés de los préstamos y créditos contratados. A título de ejemplo, un préstamo con garantía hipotecaria contratado hace tres años y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, hoy supera los mil seiscientos. Este incremento resulta sencillamente insoportable para muchos deudores. A esta situación han procurado hacer frente las entidades financieras, básicamente, alargando plazos de amortización. Pero la magnitud del movimiento alcista hace que tales medidas estén resultando insuficientes.

Con la finalidad de ayudar a solventar las situaciones más graves, sugiero a Sus Señorías que reflexionen sobre una posible medida. A saber:

*Modificación de la Ley de Subrogación de préstamos hipotecarios para que su ámbito subjetivo de aplicación incluya también al Estado a través del procedimiento que se determine reglamentariamente.*

Hoy la Ley de Subrogación de Préstamos Hipotecarios no incluye en su ámbito subjetivo de aplicación al Estado, sino tan solo a las entidades que la misma menciona.

La adopción de esta medida permitiría que el Estado pudiese mejorar las condiciones de los deudores en peor situación, previo reembolso de su crédito al acreedor, aun sin consentimiento de este, y subrogándose en su posición. Una vez subrogado en la misma el Estado podría convenir con el deudor la novación del crédito hipotecario, e, incluso, facilitar algunas ayudas.

Esta medida contribuiría a disminuir las ejecuciones hipotecarias y la morosidad, y es una medida paralela a las adoptadas para salvaguardar la solvencia del sistema financiero, si bien con repercusión directa e inmediata sobre los deudores más necesitados.

En la medida en que la problemática se centra especialmente en el sector residencial, ello debería traducirse en un especial protagonismo del Ministerio de Vivienda en todo este proceso.

## 8. MEDIDAS DIRIGIDAS A POSIBILITAR LA RECUPERACIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA POR LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDAS EN CASO DE CONCURSO DE LOS PROMOTORES

Los promotores inmobiliarios suelen financiar la promoción recurriendo a dos fuentes:

*a)* Entidades financieras: las cuales suelen realizar las entregas conforme a un programa estrechamente relacionado con la construcción proyectada, y exigen, sin excepción, garantía hipotecaria sobre las viviendas cuya construcción financian.

*b)* Compradores: los cuales suelen entregar cantidades a cuenta, relacionadas igualmente con el desarrollo de la construcción proyectada, pero sin garantía hipotecaria. El retorno se halla garantizado por un seguro que el promotor debe contratar obligatoriamente.

Sin embargo, la realidad está demostrando, según parece, que este seguro no siempre ha sido contratado. De no contratarse, en caso de concurso del promotor, el comprador es, simplemente, un acreedor común. Sin embargo, la compra de una vivienda es o suele ser la mayor inversión realizada por una persona a lo largo de su vida.

Es obvio que una repuesta adecuada a esta situación puede convertirse en una cuestión crítica si, como consecuencia de la crisis inmobiliaria y financiera, comienza a producirse un incremento significativo de quiebras en el ámbito de la promoción inmobiliaria.

Pues bien, el Registro de la Propiedad puede contribuir a proporcionar una respuesta adecuada a esta situación, mediante la técnica de las anotaciones preventivas.

Debería permitirse al comprador que pudiese anotar en el folio de la finca correspondiente las cantidades que va entregando a cuenta destinadas a la construcción de su vivienda y que, en el caso de concurso del promotor, tales cantidades gozasen de la preferencia de los créditos anotados.

A esta medida se suelen oponer:

1. Las entidades financieras que financian la promoción. Pero no deben temer por sus garantías, pues las anotaciones deberían tener preferencia por su fecha y, en todo caso, podría regularse que la garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que financia la construcción tuviese preferencia.
2. Los promotores inmobiliarios. Temen que, de este modo, aparecerá un dueño que le impedirá realizar modificaciones en la propiedad horizontal inscrita. No deben temer los promotores, mientras no haya *traditio* no hay nuevo dueño, y, en todo caso, la regulación puede preservarles estas facultades expresamente.
3. Los notarios, pues la anotación no requeriría la intervención notarial. Ciertamente, no la requeriría si se quiere que sea efectiva en cuanto a la prioridad, pero una vez practicada la anotación por documento privado y ganada la prioridad, sería preciso acreditar de forma auténtica la existencia del contrato así como la entrega realizada, para poder conservar la prioridad ganada; en otro caso, para poder mantenerla, debería ser preciso, por ejemplo, entablar la correspondiente demanda.

Ninguno de estos grupos de interés puede aducir, por tanto, razones de peso para oponerse a una medida de este tipo.

Por otro lado, la Hacienda Pública saldría notablemente beneficiada, pues en el contrato privado de compraventa suele aparecer el precio realmente convenido por las partes.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

El Ministerio de Vivienda, responsable máximo en el ámbito gubernamental de la política de vivienda en España está desarrollando un excelente trabajo en unos momentos muy difíciles, especialmente en el área inmobiliaria residencial en nuestro país. Sin duda alguna, se halla sopesando medidas dirigidas a conseguir que la vivienda digna sea un bien accesible para todos los ciudadanos, en colaboración con otros ministerios y administraciones.

Pero la mayor parte de las medidas que pueden adoptarse, en el ámbito del Derecho Privado, requieren su aprobación por las Cortes Generales, en tanto que depositarios de la soberanía nacional.

Las reflexiones expuestas pretenden contribuir, modestamente, a ayudar a Sus Señorías en su ardua tarea de hacer efectivo el derecho constitucionalmente reconocido de todos los españoles a acceder a una vivienda digna, objetivo siempre difícil y especialmente en las circunstancias por las que estamos atravesando. Deseo, por ello, que las medidas expuestas puedan serles de alguna utilidad.

## 10. AGRADECIMIENTOS

Deseo, por último, agradecer tanto a quienes me han propuesto ,es decir, al Grupo Parlamentario Socialista, como a quienes han aceptado la propuesta, su iniciativa, pues me han dado la posibilidad de poder colaborar para ayudar a resolver, o, al menos, a paliar un problema que afecta a muchos conciudadanos. El hecho de haber tenido esa posibilidad constituye para mí un honor.

Por último, Señorías, muchas gracias por su atención.

* * *

# La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011)

*SUMARIO*

1. PRESENTACIÓN.
2. LAS *REFINANCIACIONES* Y LAS *ACEPTACIONES EN PAGO*. UNA ESTRATEGIA INICIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DIRIGIDA A EVITAR LA NECESIDAD DE HACER PROVISIONES.
3. EL INEVITABLE CRECIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS.
4. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER AL DEUDOR HIPOTECARIO EL DERECHO A LIBERARSE DE LA DEUDA MEDIANTE LA ENTREGA DE LA FINCA HIPOTECADA AL ACREEDOR:
   - 4.1. Consideraciones generales.
   - 4.2. Algunos datos relevantes de nuestro mercado hipotecario.
   - 4.3. Análisis de los efectos que produciría la atribución al deudor del derecho de liberarse la responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada.

5. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA:

5.1. Los intereses de demora como cláusulas penales.
5.2. Equiparación del régimen fiscal de la dación en pago al de la ejecución hipotecaria.
5.3. Reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la línea señalada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, y de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, derogando la redacción dada por la Ley 41/2007.
5.4. Optimización de la anticresis como derecho real de garantía.
5.5. Establecimiento de un valor de tasación único, en el momento de concesión del préstamo hipotecario, a cargo de una entidad de tasación independiente.
5.6. Prohibición de que los bancos y demás entidades de crédito debidamente autorizadas puedan conceder préstamos o créditos con tipo real de interés negativo.
5.7. Posibilidad de regulación de las situaciones de sobreendeudamiento:

5.7.1. *La inadecuación de la legislación concursal para dar respuesta a las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores.*
5.7.2. *Recomendaciones europeas. Derecho Comparado y la previsión de la Ley de venta a plazos de bienes muebles.*

## 1. PRESENTACIÓN

Como es bien sabido, España es uno de los países del mundo con mayor endeudamiento privado: empresas, familias e individuos se han endeudado fuertemente en el pasado reciente, especialmente desde nuestro ingreso en el club del euro, hasta hace poco, en que la tasa de endeudamiento privado ha comenzado a disminuir ligeramente, al tiempo que ha aumentado sustancialmente nuestra tasa de ahorro.

Una parte de esa deuda privada está directamente relacionada con la fuerte expansión experimentada por el sector de la construcción, especialmente de la residencial, durante ese periodo. Como consecuencia de la misma, dicho sector llegó a significar el 16 por 100 de nuestro PIB. En el momento actual representa tan solo el 4 por 100, casi dos puntos menos que la media de los países de nuestro entorno.

Dicha expansión se debió a diferentes factores, cuyo análisis queda al margen del objeto de esta intervención, si bien creo necesario hacer referencia a uno de ellos, a mi juicio, decisivo, para explicar el fenómeno: la existencia continuada de tipos de interés muy bajos, incluso de tipos reales de interés negativos, lo que incentivó una demanda de crédito acorde con el precio del dinero, precio que no se correspondía —ni se corresponde— con la situación real de nuestra economía.

Si observamos la situación actual, lo comprenderemos fácilmente: con una inflación del 3,6 por 100, es posible obtener préstamos hipotecarios al *euribo*r

—cuyo nivel es el 2,52 por 100 en el momento de escribir estas líneas— más 0,40 por 100, lo que, a estas alturas, sigue arrojando tipos de interés hipotecarios reales negativos. Si en vez de pertenecer al club del euro tuviésemos una moneda nacional, los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no podrían situarse por debajo del 5 por 100, lo que induciría una demanda de crédito mucho menor y mucho más acorde con nuestra situación económica. Esto es exactamente lo que hubiera sucedido también en nuestro pasado reciente.

En una situación tal, los consumidores dedicaron el crédito, tan fácilmente obtenido, a la adquisición de bienes imposibles de adquirir sin el recurso al crédito, singularmente la vivienda, aunque no solamente la vivienda. Esta sobredemanda —es decir, este exceso de demanda de crédito debida al precio excesivamente bajo del dinero— tuvo como consecuencia un crecimiento paralelo de los precios de la vivienda, por encima de lo que hubieran crecido si el precio del dinero hubiera sido el que correspondía a nuestra economía.

A esta situación se la denominó —y aún continúa denominando— *burbuja inmobiliaria.* Ahora bien, esta expresión encierra unos sobreentendidos que están dificultando la instrumentación de una política adecuada en relación al sector inmobiliario, un sector fundamental en cualquier economía y no solo en la nuestra, aunque lo haya sido de un modo especial en el pasado reciente.

En primer lugar, es preciso ser conscientes —cuando se utiliza esta expresión— de que tal fenómeno no se ha producido únicamente en el sector inmobiliario, sino en otros muchos sectores. Invito a sus señorías a que observen cómo durante la «década prodigiosa» el valor de las acciones del Ibex subió lo mismo que el de la vivienda y, sin embargo, no se habla de *burbuja bursátil*, o a que reflexionen sobre el hecho de que la deuda de algunas de las empresas del Ibex asciende aproximadamente a la misma cantidad a la que asciende el valor en Bolsa de algunos de nuestros principales bancos, o sobre el hecho de que la deuda de las empresas del *Ibex* iguala a nuestra deuda pública. Tal es el efecto devastador de un precio del dinero excesivamente barato (2). La realidad ha sido que, debido a un exceso de liquidez, en buena parte relacionado con nuestro ingreso en el euro, la economía española ha vivido, toda ella, inmersa en una burbuja crediticia.

En segundo lugar, es preciso ser conscientes de que el comportamiento de los agentes económicos no ha sido irracional, sino completamente racional, de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por el precio del dinero disponible, no solamente muy bajo, sino, incluso, negativo en términos reales, es decir, en relación a la tasa de inflación.

---

(2) Sobre este particular, resulta de especial interés el artículo publicado en *The Economist,* el 18 de noviembre de 2010, *Taking Von Misses to pieces*, *Why is the Austrian Explanation for the crisis so little discussed?* - Economist.com/blogs/buttonwood/, con referencias específicas a los casos de España e Irlanda.

En tercer lugar, es preciso ser conscientes de que la existencia de una moneda única en un área económica que no reúne las condiciones para ser un área monetaria y que es gestionada de acuerdo con los intereses de las áreas económicas más fuertes, produce información errónea en las áreas económicas más débiles, con las consecuencias que estamos viviendo y aún peores (3).

De acuerdo con lo expuesto, muchos individuos y familias pagaron por su casa un precio excesivo y, además, se endeudaron excesivamente, dedicando una parte excesiva de su renta personal y/o familiar a la amortización del crédito hipotecario solicitado y obtenido para la compra de la vivienda. La demanda de crédito hipotecario crecía a tal ritmo —superior al 20 por 100 anual, llegando en marzo de 2006 al crecimiento récord del 27,3 por 100— que, ya desde el año 2002, el ahorro nacional no bastaba para cubrirla, por lo que las entidades financieras —bancos, cajas y demás entidades de crédito— se vieron obligadas a recurrir a los mercados mayoristas de crédito para obtener recursos monetarios con los que poder satisfacer la demanda interna de crédito hipotecario. Así, ya en 2006, el 34 por 100 del total crédito hipotecario se había financiado con títulos hipotecarios, y, lo que es aún más significativo, el 64 por 100 de la nueva demanda de crédito hipotecario (4). Tal situación, sin embargo, no se consideró excesivamente peligrosa en un entorno de crecimiento sostenido del precio de la vivienda.

Pero en el verano de 2007 estalló, en los Estados Unidos, la crisis de las denominadas hipotecas *subprime* que, posteriormente, se ha ido extendiendo también a las *prime*, dando lugar a una crisis financiera de proporciones desconocidas desde 1929 (5). Como consecuencia, los mercados mayoristas de crédito entraron en el dique seco, nuestros bancos y cajas no podían seguir obteniendo dinero con el que financiar la demanda interna de crédito hipotecario, al tiempo que comenzaban a vencer las deudas que habían contraído para poder seguir prestando dinero, lo que restringió el crédito a promotores y compradores y produjo una contracción económica general y, especialmente, del sector inmobiliario, en la que aún estamos inmersos, que ha generado una crisis financiera interna de grandes proporciones, la reducción del sector inmobiliario residencial a una cuarta parte de su tamaño, un aumento del desempleo hasta niveles desconocidos —próximo en estos momentos a los cinco millones de

(3) De la Dehesa, G., «Fallos de diseño y de gestión del área euro», en *El País Negocios,* de 8 de mayo de 2011, donde se hace un excelente resumen de los fallos de diseño y de sus consecuencias, unidos a los fallos de gestión que están contribuyendo a dificultar la salida de la crisis a los países periféricos del área euro.

(4) Véase el Informe del Presidente de la Asociación Hipotecaria Española a la Asamblea de dicha Asociación correspondiente al año 2007.

(5) Véase *The Financial Crisis InquiryReport. Final Report of the National Comission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, de enero de 2011. Tambien es imprescindible el Informe *Reforming America´s Housing Market. A Report To Congress*, de febrero de 2011, realizado conjuntamente por el Departamento del Tesoro y el de Vivienda y Desarrollo Urbano de EEUU.

parados—, una bajada de los precios de los inmuebles y un enorme aumento de las ejecuciones hipotecarias (6), dada la imposibilidad de muchos compradores de atender los pagos de sus créditos.

Es en este contexto en el que se genera la demanda de que el deudor debe tener derecho a liberarse de la hipoteca entregando la finca hipotecada, derogando así, en materia de créditos hipotecarios, al menos de los destinados a la adquisición de la vivienda habitual, el principio de *responsabilidad patrimonial universal* recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Esta intervención tiene por objeto reflexionar sobre si tal demanda debe ser atendida por el legislador. La respuesta ha de ser, a mi juicio, negativa, por las razones que expondré seguidamente. Al propio tiempo, se sugieren otras medidas distintas que servirían para aliviar la situación de los deudores incumplidores, pero sin que produzcan externalidades negativas sobre el sistema financiero ni sobre los deudores cumplidores.

## 2. LAS *REFINANCIACIONES* Y LAS *ACEPTACIONES EN PAGO*. UNA ESTRATEGIA INICIAL DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS DIRIGIDA A EVITAR LA NECESIDAD DE HACER PROVISIONES

Una de las características más significativas de la presente crisis económica ha consistido en que, en sus primeras manifestaciones, allá por el año 2007 y aún por el 2008, hubo un fuerte incremento de las denominadas *refinanciaciones*, instrumentadas mediante novaciones modificativas de los préstamos hipotecarios vigentes, realizadas al amparo de la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007, que introdujo la figura de la *hipoteca recargable,* así como la consagración de la posibilidad de ampliación del plazo de amortización del préstamo hipotecario sin pérdida de rango de la hipoteca, lo que facilitaba la obtención de acuerdos que permitiesen a los deudores cuotas de amortización menores y a los acreedores que los deudores no incurriesen en mora o, en el límite, incumpliesen, y, en consecuencia, los primeros tuviesen que realizar las provisiones pertinentes con el reflejo consiguiente en su cuenta de resultados.

Lo que llamaba más la atención, sin embargo, era la gran cantidad de *daciones en pago* que se presentaban en los registros de la propiedad, al tiempo que el incremento de ejecuciones hipotecarias era mucho menor del que, en principio, cabía esperar. La razón era que las entidades financieras preferían, en aquel momento, aceptar las fincas hipotecadas en pago de sus créditos que iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria. El motivo hay que buscarlo

(6) Pueden consultarse los datos en la página *web* del Consejo General del Poder Judicial, sección de Estadísticas.

en que, con esta manera de proceder, evitaban la necesidad de realizar provisiones. Técnicamente, no había habido incumplimiento, sino extinción del crédito, mediante la aceptación en pago de la finca hipotecada. Por tanto, no había nada por lo que provisionar.

## 3. EL INEVITABLE CRECIMIENTO DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Tales soluciones, sin embargo, solo eran viables, desde una perspectiva bancaria, hasta un cierto punto, más allá del cual, los incumplimientos tendrían que acabar, inevitablemente, en ejecuciones judiciales (7). Y, efectivamente, el número de ejecuciones hipotecarias se ha disparado en los últimos años, como acreditan los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, me parece importante resaltar que, según fuentes del sector financiero, aproximadamente la cuarta parte de los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria finalizan en una adjudicación en pago, posibilidad admitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el caso de que la última subasta quede desierta.

Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil da otra posibilidad al acreedor: que se adjudique la finca por el cincuenta por ciento del valor de tasación, subsistiendo la deuda en la parte no cubierta por dicho valor (art. 671 LEC). En este caso, para el resto de la deuda, sigue actuando la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), limitada por la existencia de un mínimo inembargable (8) (arts. 605 a 607 LEC). Recientemente, sin embargo, han sido elevados ambos mínimos mediante el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (9), lo que contribuirá a elevar los tipos de interés de préstamos y créditos.

---

(7) La situación llegó a tal punto que el Banco de España relajó en 2009 las exigencias de provisión para créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda del 100 por 100 al 30 por 100, si bien prohibiendo que las cantidades provisionadas con anterioridad se llevaran a beneficios. Dicha norma no afectaba al suelo. En junio de 2010 dictó una circular que obliga a las entidades financieras a provisionar un 10 por 100 complementario por cada año que el inmueble adjudicado en pago permanezca en sus balances, con la finalidad de activar el mercado inmobiliario.

(8) El salario mínimo inembargable en los procedimientos de ejecución hipotecaria ha sido elevado por el Real Decreto 6/2010 de medidas de fomento del empleo, cuyo artículo 15 modifica el artículo 607 de la LEC.

(9) En efecto, dispone el citado Real Decreto-ley 8/2001, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa *(BOE* de 7 de julio de 2011):

«Artículo 1. *Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares.*

En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad

Como consecuencia de esta evolución, nos encontramos con que los deudores perciben que no todos ellos son tratados igualmente por bancos y cajas: mientras unos han podido extinguir su deuda mediante la entrega de la vivienda, otros se han quedado sin vivienda y, además, tienen que seguir pagando la deuda pendiente, quedando todos sus bienes y rentas, presentes y futuros, afectos a dicho pago, con el límite del mínimo inembargable, conforme a la regla de responsabilidad patrimonial universal consagrada por el artículo 1911 del Código Civil.

Ello ha dado lugar a un auténtico movimiento que tiene por finalidad reclamar el derecho de los deudores hipotecarios a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, al menos cuando esta es la vivienda habitual del deudor y el préstamo se obtuvo para adquirirla. En una línea parecida, se reivindica que, al menos en el caso de que el acreedor se adjudique la finca hipotecada, por falta de postor, cuando esta sea la vivienda habitual del deudor, deba hacerlo por el ochenta por ciento del valor de tasación, en lugar de por el cincuenta por ciento, como sucede ahora. Este movimiento reivindicativo de los ya autodenominados *afectados por la hipoteca* ha conseguido que diversos parlamentos autonómicos (10) hayan solicitado que el Congreso de los

---

inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.

Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley».

Artículo 2. *Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue: Uno. El apartado 1 del artículo 669 queda modificado como sigue:

«1. Para tomar parte en la subasta los postores deberán depositar, previamente, el 20 por 100 del valor que se haya dado a los bienes con arreglo a lo establecido en el artículo 666 de esta Ley. El depósito se efectuará conforme a lo dispuesto en el número 3.º del apartado 1 del artículo 647».

Dos. El segundo párrafo del apartado 4 del artículo 670 queda redactado como sigue:

«Transcurrido el indicado plazo sin que el ejecutado realice lo previsto en el párrafo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de cinco días, pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 por 100 de su valor de tasación y a la mejor postura».

Tres. El artículo 671 queda modificado como sigue:

«Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación.

Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciere uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado».

(10) En el momento de redactar estas líneas, han aprobado resoluciones en el sentido indicado, al menos, los parlamentos autonómicos de Galicia, País Vasco y Cataluña, y se ha

Diputados regule esta materia, así como que importantes líderes políticos (11) se hayan manifestado a favor de que se reforme la ley para que los deudores hipotecarios puedan liberarse de la deuda mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada. Suele argumentarse que así sucede en los Estados Unidos de América.

En este contexto, se produce el Auto de la Audiencia de Navarra, de 17 de diciembre de 2010 —primera de algunas resoluciones judiciales (12)—, que considera «moralmente rechazable» *(sic)* que no quede extinguida la deuda cuando el acreedor hipotecario se adjudica la finca hipotecada, figurando un valor de tasación superior al importe debido, alegando la pérdida de valor de la finca hipotecada. Esta resolución judicial ha actuado como catalizador de todas las tensiones existentes al respecto.

No es mi propósito dedicar las páginas sucesivas a realizar un análisis crítico del Auto, pues, según creo, hay un acuerdo amplio entre los juristas

---

constituido una Subcomisión, en el seno de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, que tiene por finalidad estudiar este asunto. En el *Parlament* de Cataluña se han presentado varias proposiciones al respecto: de *Ciutadans*, dirigida a que la entrega de la finca hipotecada pueda saldar la deuda, en caso de deudor de buena fe; de *Solidaritat Catalana per la Independencia*, que admite, sin más, este derecho del deudor. Existe también otra proposición de *Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa*, si bien mucho más matizada y técnicamente más depurada que contiene: *a)* Medidas contra el sobreendeudamiento hipotecario personal y familiar; *b)* Medidas de protección de las personas en procedimientos que lleven aparejado embargo de sueldos, salarios, pensiones, subsidios y similares, dirigidas a aumentar el mínimo inembargable; *c)* Medidas de protección del domicilio del deudor en caso de ejecución por deudas dinerarias que afecten a la vivienda habitual, dentro de las cuales se regula la dación en pago como derecho del deudor, cuando acredite no tener otra vivienda que la hipotecada.

(11) Se han manifestado expresamente a favor de reconocer tal derecho al deudor, al menos líderes políticos como Esperanza Aguirre o Felipe González, en diversas declaraciones públicas, y organizaciones como Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales o la Federación Española de Municipios y Provincias, entre otras.

(12) Este Auto no considera, sin embargo, que haya abuso de derecho, y se basa, en el fondo, en un fallo procesal del ejecutante —el cual solicitó una tasación cuyo resultado no impugnó—. Sin embargo, la Audiencia de Navarra ha mantenido posiciones diferentes posteriormente —véase Auto 4/2011 de la sección Tercera de la Audiencia de Navarra, de 28 de enero de 2011—. Posteriormente el Auto de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia, desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el Auto de 17 de diciembre de 2010. En una línea parecida, destaca el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que aplica analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el número 3 del artículo 178 de la Ley Concursal para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. Por otra parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 44 de Barcelona, de 14 de febrero de 2011, considera una pretensión similar a la vista por la Audiencia de Navarra constitutiva de «abuso de derecho». En ambos casos, sin embargo, los juzgadores reconocen que la pretensión del actor se ajusta a la literalidad de la norma. Todo ello sugiere la existencia de un cierto activismo judicial en torno a la problemática existente.

en el sentido de que no es conforme a Derecho, opinión que comparto sin la menor reserva (13).

Me centraré, más bien, en analizar si, *de lege ferenda*, sería conveniente reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda entregando la finca hipotecada al acreedor.

## 4. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE RECONOCER AL DEUDOR HIPOTECARIO EL DERECHO A LIBERARSE DE LA DEUDA MEDIANTE LA ENTREGA DE LA FINCA HIPOTECADA AL ACREEDOR

### 4.1. Consideraciones generales

Antes de formular esa propuesta —o, mejor, de decidir sobre su admisión— es preciso tener muy presentes ciertas consideraciones sobre las que no se insiste suficientemente, al menos en el debate político (14) debido, probablemente, a la fuerte carga emocional con la que se presentan ciertas situaciones de desalojo, y a las urgencias electorales, siempre presentes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial universal es la regla en los países desarrollados (15). En los Estados Unidos es también la regla general, excepto en once estados, los cuales reconocen la posibilidad de que el acreedor

---

(13) Véase Méndez González, F. P., «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* de 24 de febrero de 2011, núm. 815.

(14) En el ámbito político es de destacar que ha habido algunas escasas excepciones, como la de la señora Corredor, Secretaria de Estado de Vivienda y anterior Ministra de Vivienda, así como la de la Vicepresidenta Segunda y Ministra de Economía, señora Salgado. El resto de la clase política, hasta donde he podido constatar, o bien no se ha pronunciado o bien lo ha hecho en términos total o parcialmente favorables. En el ámbito de los analistas, la situación, sin embargo, cambia radicalmente. Prácticamente la totalidad de los analistas que han tratado este asunto, desde el ámbito del Derecho o de la Economía, han desaconsejado esta vía. Así, Arruñada, B., «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión* del 23 de febrero de 2011. García Montalvo, J., «Devolver el piso y saldar la hipoteca», en el diario *El País* de 2 de enero de 2011. Fernández Villaverde, J., «No cambiemos la legislación hipotecaria sin pensarlo bien», en *Nada es gratis, Fedeablog,* visitado el 14 de abril de 2011. Méndez González, F. P., «¿Sería deseable que respondiera solo la finca hipotecada?», en el diario *El Economista*, de 9 de febrero de 2011, así como en «La AP de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 815, de 24 de febrero de 2011. En sentido contrario, puede verse Celentani, M., y Gómez Pomar, F., «La belleza del impago», en *Nada es gratis, Fedeablog,* contestado por Arruñada, B., en la misma *web —Reforma fiscal antes que hipotecaria—* alegando que su análisis carece de capacidad predictiva, lo que lo invalida.

(15) Concretamente, Harris señala que es la regla en Europa, Japón, Canadá, Israel y Australia. Véase Harris Ron, *Recourse and Non-Recourse Mortgages: Foreclosure, Bankruptcy, Policy* —2010: 6, http://ssrn.com/abstract=1591524— 10 de abril de 2010, visitado el 7 de mayo de 2011.

deba conformarse con la garantía hipotecaria para saldar su deuda, lo cual suele estar relacionado con el hecho de haber elegido la ejecución extrajudicial —en los estados que la admiten— y de haber constituido una hipoteca en su modalidad de *Deed of Trust* en lugar de en su modalidad de *Mortgage* (16).

En segundo lugar, en nuestro país, como en todos los demás países desarrollados, rige la regla de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), y la garantía hipotecaria no altera esta regla (art. 105 LH), si bien cabe el pacto de limitación de responsabilidad a la finca hipotecada (art. 140 LH). Aun cabiendo, por tanto, que las partes pacten tal limitación de responsabilidad, sin embargo, no lo hacen (17). Considerando que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos del mundo, cabe concluir que, si no alumbra este tipo de hipotecas es, sencillamente, porque no ofrece ventajas para las partes contratantes. A los acreedores, la disminución de las garantías les fuerza a disminuir el capital prestado así como su plazo de amortización y a elevar los tipos de interés, y a los deudores les dificulta el acceso al crédito necesario para adquirir una vivienda. Ello impide que, bajo estas condiciones, oferta y demanda de crédito hipotecario puedan encontrarse.

En tercer lugar, si se introduce una regla imperativa que las partes no están pactando hoy porque no se acomoda a sus intereses (18), el mercado crediticio se contraerá aún más, y, además, obligará a las partes a buscar fórmulas para eludirla o minimizarla, lo que producirá un encarecimiento complementario

---

(16) Tanto en caso de *Deed of Trust* como de *Mortgage,* la deuda se garantiza transmitiendo la propiedad, bien al acreedor, en el primer caso, bien a un tercero —*trustee*—, en el segundo, que protege los intereses del acreedor, pero reteniendo la posesión, en ambos casos, el deudor. En caso de impago, el acreedor o el *trustee* toman el control —*foreclosure*— de la finca, y la pueden vender para satisfacer la deuda. La *mortgage* implica, por lo tanto, una relación bilateral, mientras que el *Deed of Trust* implica una relación trilateral. Algunos estados admiten la ejecución extrajudicial, la cual es menos costosa en tiempo y dinero, pero, si se elige esta vía, entonces la hipoteca suele ser *sin recurso,* es decir, en el caso de que no baste el importe obtenido para cubrir la deuda, esta queda extinguida, porque los jueces no admitirán el embargo de más bienes. Tratándose de *Deed of Trust,* normalmente la responsabilidad se limita a la finca hipotecada. Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *«Mortgage Gate:* Las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el *Mortage Electronic Registration System* de Estados Unidos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 724, marzo-abril de 2011.

(17) Recientemente Bankinter ha anunciado un nuevo producto hipotecario, denominado «hipoteca sin más», cuyo folleto informativo puede consultarse en la página *web* de la entidad. Destacan el hecho de que solo se conceda para la adquisición de la vivienda habitual, así como las altas comisiones de la misma por todos los conceptos. Así, por ejemplo, la Comisión de apertura oscila entre el 0 y el 4 por 100; se prevé expresamente una comisión de subrogación de hasta el 2,5 por 100, así como por cancelación anticipada —hasta el 1 por 100—, que se acumula a la compensación por desistimiento —hasta el 0,5 por 100—. Habrá que estar atentos a la evolución de este producto, si tiene éxito en el mercado y si se aplica a todo tipo de adquisiciones de vivienda habitual o solamente a las que procedan de la cartera inmobiliaria de la entidad.

(18) En este sentido, ARRUÑADA, B., «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión* de 23 de febrero de 2011.

del crédito, que debería añadirse al que produciría, por sí sola, la introducción de esa regla.

Por último, es preciso ser muy conscientes de los graves riesgos que entraña el hecho de que el acreedor pueda extinguir la deuda quedándose con la finca hipotecada, aunque tal posibilidad se articule como un derecho del deudor.

Es preciso recordar que responsabilidad hipotecaria limitada no equivale a derecho a liberarse de la deuda hipotecaria mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor. Son dos cosas distintas. La primera significa que el acreedor únicamente puede hacer efectiva la responsabilidad contraída por la deuda hipotecaria sobre la finca hipotecada, mediante el correspondiente procedimiento en el que, si finaliza en adjudicación al mejor postor y hay sobrante, este debe ser entregado al deudor o a los acreedores posteriores. Esta es la modalidad prevista por el artículo 140 LH. La segunda significa que el deudor tiene derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, articulada como una forma de *datio in solutum*. Si la finca tiene un valor superior al importe de la deuda, el deudor no tiene derecho al sobrante —*superfluum*— ni tampoco los acreedores posteriores, los cuales se ven privados tanto del *ius offerendi* como del derecho sobre el *superfluum*. Este tipo de acuerdos —en sus diferentes modalidades— eran conocidos en el Derecho Romano como «pactos marcianos».

Es necesario recordar la desconfianza tradicional frente este tipo de pactos porque pueden encubrir auténticos comisos. El hecho de que hoy, en un contexto bajista en el sector inmobiliario y de una crisis económica aguda y duradera, un cierto número de deudores desee poder liberarse de la deuda contraída mediante la entrega de la finca al acreedor, bien porque es excesiva en relación a su renta, bien porque considere que es superior al valor del inmueble, no justifica la introducción de una regla semejante que, además de dificultar el acceso al crédito, especialmente a los más desfavorecidos, convertiría las fincas hipotecadas en presa fácil de comisos.

Partiendo de estas consideraciones, realizaré un breve análisis de las consecuencias que tendría la derogación imperativa de la regla de responsabilidad patrimonial universal vigente y el reconocimiento al deudor del derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada. Debido a que la introducción de dicha regla es reclamada por un número creciente de deudores hipotecarios, dada la situación en la que se encuentran muchas familias que compraron su vivienda en el pasado reciente, ante la disminución del valor de su vivienda y, sobre todo, de sus crecientes dificultades para pagarla, como consecuencia del deterioro del mercado de trabajo (19), parece necesario hacer

(19) Entre los interesados en introducir la regla de la hipoteca de responsabilidad limitada hay que incluir también a los que, en su momento, compraron inmuebles en un contexto alcista pensando que podrían lucrarse vendiendo a un precio más alto, pero no han podido hacerlo porque la crisis frustró sus expectativas.

una breve referencia a algunos datos significativos de la situación del mercado hipotecario.

### 4.2. Algunos datos relevantes de nuestro mercado hipotecario

En primer lugar, la denominada *dudosidad hipotecaria* afecta al 2,6 por 100 de los deudores hipotecarios que compraron una vivienda, lo que significa que el 97,4 por 100 está cumpliendo regularmente con su obligación de pago. Dicha dudosidad, sin embargo, es significativamente más elevada entre promotores y constructores (20).

En segundo lugar, hoy la vivienda es más accesible que en 1996, antes de que se iniciara la escalada de precios que culminó en 2008, pues, para su adquisición, es preciso dedicar un porcentaje ligeramente inferior de renta, muy por debajo del que era preciso dedicar en la cumbre de la burbuja (52 por 100 de la renta en el último trimestre de 2008). En la actualidad, el porcentaje de renta que es necesario dedicar para pagar la amortización del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una vivienda es del 33,1 por 100 de la renta sin considerar las deducciones fiscales, ya derogadas para la mayor parte, frente al 39,1 por 100 —sin considerar las deducciones fiscales— y el 29,7 por 100 —considerándolas—, del último trimestre de 1996 (21).

En tercer lugar, sin embargo, España es el país que presenta mayores dificultades de acceso al crédito, incluso más que Irlanda, como consecuencia de la falta de liquidez de nuestro sistema financiero, lo que dificulta el acceso a la vivienda en propiedad. En otros términos, la vivienda sería hoy más accesible que en la situación previa a la escalada de precios si hubiera crédito disponible, pero no lo hay (22).

En cuarto lugar, más de la mitad de la cantidad de dinero prestado ha sido obtenido por las entidades financieras mediante la venta de títulos hipotecarios y otros activos financieros (23).

---

(20) Según los datos de la Asociación Hipotecaria Europea, la dudosidad del «crédito a las actividades inmobiliarias» es del 13,88 por 100, y la del «crédito a la construcción» del 12,30 por 100, referidas ambas cifras al tercer trimestre de 2010.

(21) Según datos que constan en la página web de la Asociación Hipotecaria Española.

(22) Si consideramos la tasa de variación interanual del nuevo crédito concedido entre el segundo y el tercer trimestre de 2010 —últimos datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española— se observa que España es el país en el que más ha caído el crédito, cerca del 50 por 100.

(23) Según el resumen trimestral del mercado de títulos hipotecarios correspondiente al primer trimestre de 2011, conforme a los datos ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española.

### 4.3. Análisis de los efectos que produciría la atribución al deudor del derecho de liberarse la responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada

Considerando estos parámetros, ¿qué consecuencias tendría la introducción de la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa? En mi opinión, tendría unas consecuencias muy negativas.

Dado que quienes reclaman esta regla lo hacen, según manifiestan, para aliviar su propia situación y, en general, la de los deudores hipotecarios, y, especialmente, de los que se han endeudado para adquirir su vivienda habitual, es necesario suponer que, aunque no lo manifiesten expresamente, pretenden que dicha regla sea aplicable a los préstamos hipotecarios en vigor, los cuales se celebraron bajo la regla vigente de responsabilidad patrimonial universal.

En este caso, además de las demás consecuencias, que expondré a continuación, habría que añadir la de convertirnos en un país percibido como de *grave riesgo de inestabilidad regulatoria,* que no respeta las reglas ni los contratos y que, por lo tanto, es incapaz de generar confianza entre los inversores.

Esta pérdida reputacional es una de las peores calamidades que le pueden suceder a un país, en un contexto altamente globalizado en el que el principal capital es la capacidad de suscitar confianza en que las reglas se respetan y los contratos se cumplen, es decir, la *calidad institucional* (24). Por tanto, este hecho tendría como consecuencia la potenciación de los efectos negativos a los que me referiré a continuación, especialmente el fuerte encarecimiento de la financiación de las entidades financieras españolas y, por lo tanto, del crédito, tanto al sector privado, como al sector público (25). Me permito recordar que, como he expuesto anteriormente, más del cincuenta por ciento del crédito hipotecario proviene de capital prestado a las entidades financieras españolas por los mercados mayoristas de crédito.

No obstante, en todo caso, se producirían los siguientes efectos:

En primer lugar, dicha regla, en la situación actual, induciría *insolvencias estratégicas*, es decir, en aquellos casos en los que, actualmente, la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se sentirían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. De hecho, este es un fenómeno que se observa en los estados americanos en los que la

(24) Sobre la importancia capital de la calidad institucional para el progreso económico, véase Douglas, D. C., *Understanding The Process of Economic Change,* Princeton University Press, 2005.

(25) En relación al sector público, el encarecimiento del crédito se produciría no solamente como consecuencia del encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, sino también como consecuencia del encarecimiento directo de la denominada *deuda soberana*.

hipoteca es de responsabilidad limitada, en los cuales las insolvencias estratégicas han llegado a alcanzar, según los diferentes cálculos, entre el 18 y el 26 por 100 del total, si bien la cifra está disminuyendo (26). Por lo que respecta a nuestro país, la cifra podría ser similar (27). Ello conllevaría un incremento de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, según cómo se instrumentara el derecho del deudor a extinguir la obligación mediante la entrega de la finca hipotecada (28).

Ahora bien, en un entorno de subidas mantenidas de precios, e, incluso de estabilidad de los mismos, las presiones funcionarían en sentido opuesto. Las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, dado que en el mercado podrían obtener un precio mayor que el importe de la deuda pendiente (29).

Esta medida, por lo tanto, podría dar lugar a lo que el sistema jurídico ha intentado evitar con la construcción de todo el sistema de garantías reales: que el acreedor tenga derecho al comiso de la finca (30), porque ello le permitiría quedarse con bienes de un importe superior al de la deuda, en perjuicio tanto del deudor, como de los demás acreedores, impidiendo con ello, por lo tanto, la optimización de los inmuebles como instrumentos de garantías crediticias

---

(26) Harris, R. —2010: 6, http://ssrn.com/abstract=1591524— se refiere a un Informe de la consultora Wyman que estimaba las insolvencias estratégicas en un 18 por 100 en 2008. Guiso, Luigi; Sapienza, Paola, y Zingales, Luigi —*Moral and Social Constraints to Strategic Default on Mortgages,* European University Institute Economics Working Papers ECO2009/27, 2009— estiman que un 26 por 100 de las insolvencias de Estados Unidos son estratégicas, pero que, incluso con responsabilidad limitada, no compensa dejar de pagar hasta que la diferencia de precio entre inmueble y préstamo es, al menos, de un 10 por 100, debido a los costes de cambio de domicilio y al daño que la insolvencia ocasiona a la reputación y crédito del actor. En Las Vegas, la Asociación de Agentes Inmobiliarios estima que la cuarta parte de las insolvencias tiene carácter estratégico. Es frecuente, incluso, que los deudores adquieran una nueva vivienda antes de dejar de pagar la hipoteca de la antigua («America's Property Market: On a Losing Streak», en *The Economist,* 26 de marzo de 2011, pág. 47).

(27) Algunas estimaciones cifran en unas 320.000 las hipotecas que podrían hallarse en esta situación. Véase *Cinco Días* de 7 de mayo de 2011.

(28) Hay que tener en cuenta que Ghent, A. C., y Kudlyak, M., señalan que en los estados norteamericanos en los que las hipotecas son «sin recurso» se observa que hay un 32 por 100 más de ejecuciones hipotecarias. Ghent, A. C., y Kudlyak, M., *Recourse and Residential Mortgage Default: Evidence from US States.* Federal Reserve Bank of Richmond. *Working Paper,* núm. 09-10R. February 25, 2011. Esta cifra es indicativa de lo que podría suceder en nuestro país en el caso de introducir la hipoteca de responsabilidad limitada.

(29) De hecho, en la crisis americana de las hipotecas *subprime,* se ha puesto de manifiesto cómo importaba muy poco la insolvencia del deudor en un entorno de subida constante de precios de los inmuebles. Véase *Reforming America's Housing Market. A Report to Congress*. February 2011. Asimismo, véase también Shiller, R. J., *The Subprime Solution. How Today´s Global Crisis Happened, and What to Do about it.* Princeton University Press, 2008.

(30) Los Códigos Civiles modernos recogen la prohibición del pacto de la Ley Comisoria. El Código Civil español la recoge, esencialmente, en los artículos 1859 —prenda e hipoteca—, y 1884 —anticresis—. Con base en los citados preceptos, la doctrina tiende a deducir el carácter general de la prohibición, si bien tiende a interpretarla restrictivamente.

o, si se prefiere, propiciando el despilfarro del patrimonio inmobiliario como instrumento de tales garantías.

Para evitar este efecto inducido, sería preciso, no solo limitar la responsabilidad a la finca hipotecada, sino que esta se hiciera efectiva mediante un procedimiento judicial de subasta y/o que la dación en pago de la misma solamente fuese posible dentro del citado procedimiento judicial, o, en el límite, que el pacto de dación en pago solo fuese posible en el momento del incumplimiento —*pacto marciano ex intervallo*—, pero no en el de la constitución —*pacto marciano* en sentido estricto— (31), al igual que sucede hoy.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se encarecería muy notablemente el crédito hipotecario. Con el mismo inmueble, en relación al actual régimen de responsabilidad patrimonial universal, se podría obtener mucho menos capital, probablemente con un tipo de interés mucho más elevado y con un plazo de amortización notablemente más corto (32).

Este hecho tendría, entre otras, tres consecuencias: 1. En primer lugar, dificultaría el acceso al crédito, especialmente a las rentas más bajas, y si, se aplicara a los contratos en vigor, dificultaría la refinanciación de los préstamos hipotecarios en curso, así como, muy probablemente, conllevaría el ejercicio por los bancos de su derecho de ampliación de las garantías que, en este momento,

---

(31) El pacto comisorio *ex intervallo* es el pacto en virtud del cual el acreedor puede quedarse con la cosa dada en garantía en pago de la deuda, pero realizado con posterioridad a la constitución de la garantía. El Digesto admitió su validez y, bajo ciertas condiciones, el Derecho intermedio, así como la doctrina francesa posterior al *Code*, alegando que el deudor ya no se encuentra en situación desventajosa, no hay peligro de usura, y frente a ello, debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad. El artículo 2744 del Código Civil italiano de 1942 declara nulo el pacto comisorio, aunque sea posterior a la constitución de la garantía, si bien la doctrina y la jurisprudencia más recientes admiten su validez en el momento del incumplimiento, como una forma de *datio in solutum*. En España, se manifiesta en idéntico sentido una parte de la doctrina, a pesar de la literalidad del artículo 1859 del Código Civil. Véase Álvarez Caperochipi, J. A., *Curso de Derechos Reales. Los derechos reales limitados*, págs. 104-109. Civitas, 1987.

(32) Corredor, B., la cual, en su calidad de Secretaria de Estado de Vivienda, inauguró el Seminario sobre la materia, celebrado el 16 de marzo de 2011 en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Manifestó lo siguiente: «1. La primera mala consecuencia sería un encarecimiento del crédito hipotecario y no solo desde el punto de vista del tipo de interés.

2. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho más que el actual (ahora se está dando un 80 por 100 del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62 por 100). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50 por 100 y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.

3. La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos (que se acortarían en 10 ó 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.

4. Otra consecuencia sería la petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo que tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países».

no están utilizando (33). 2. Implicaría una transferencia de renta de los deudores cumplidores a los incumplidores, sin que se deba caer en el error de identificar a estos últimos, en todo caso, con los deudores de rentas más bajas. Si tenemos en cuenta que, hasta el momento, los deudores morosos son el 2,6 por 100 del total y que, de ellos, solo una parte son *incumplidores inocentes* (34), la adopción de la responsabilidad hipotecaria limitada imperativa equivaldría a perjudicar a más del 97,4 por 100 de los deudores hipotecarios para beneficiar a menos del 2,6 por 100, lo cual no parece estar justificado en términos de elección pública. 3. Un encarecimiento de la financiación de las entidades financieras, las cuales se verían en la obligación de elevar los tipos de interés de los títulos hipotecarios que se ven obligadas a emitir para captar los recursos necesarios para poder cumplir su función crediticia.

En tercer lugar, especialmente en el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras, lo que equivale a decir del riesgo de los depositantes y, dada la garantía de los depósitos (35), en última instancia, de los contribuyentes.

Todas estas razones aconsejan, a mi juicio, desechar la idea de introducir la dación en pago como un derecho del deudor hipotecario e, incluso la responsabilidad hipotecaria limitada como derecho del deudor, y, por lo tanto, en ambos casos, con carácter imperativo para los acreedores. en nuestro sistema jurídico.

Se ha sugerido, sin embargo, que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que, en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, si bien admitiendo que las partes puedan pactar lo contrario (36). No parece que esta sea tampoco una buena idea: la norma dispositiva ha de ser

---

(33) Me refiero al derecho reconocido por el artículo 5 de la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, según el cual: «Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la institución financiera podrá exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo». O bien se deroga esta norma, o bien, si no se deroga, al excluirse la responsabilidad patrimonial universal, las entidades financieras se verían inducidas a exigir este derecho que, hasta el momento presente, no están utilizando.

(34) Utilizo esta expresión en el mismo sentido en que suele utilizarse al tratar del sobreendeudamiento: deudor de buena fe que, posteriormente, se ha visto imposibilitado para pagar la deuda. No bastaría con que fuera de buena fe. Sería preciso, además, que el préstamo se hubiese solicitado y obtenido para adquirir la vivienda habitual, según la mayor parte de las propuestas, lo que aún reduciría más la cifra del 2,6 por 100.

(35) El límite de la garantía es de 100.000 euros por titular, tras la ampliación establecida por el Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre.

(36) En este sentido, por ejemplo, Celentani, M., y Gómez Pomar F., en el blog de FEDEA, y Pantaleón Prieto, F., en el Seminario celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, el 16 de marzo de 2011, al que he hecho referencia anteriormente.

eficiente, y la norma de responsabilidad patrimonial universal es más eficiente porque proporciona más garantías al acreedor y facilita el acceso al crédito al deudor, por lo que es la fórmula vigente en todo el mundo desarrollado, salvo en once estados de Estados Unidos, como expuse anteriormente. Aun cuando pudiera modificarse contractualmente, tal derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales, por lo que, a mi juicio, tal idea también debe ser rechazada.

Queda, por último, analizar la propuesta consistente en que debe modificarse la norma de la LEC que permite al acreedor adjudicarse la finca hipotecada, cuando esta sea la vivienda habitual, por un 50 por 100 de su valor de tasación, elevando dicha cuantía hasta un 80 por 100 del mismo. De entre ellas, me centraré en la formulada por el Consell de Collegis D'Advocats de Catalunya (37). En relación al asunto del que estoy tratando, la parte más relevante de la propuesta es la que pretende añadir al final del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el siguiente párrafo:

«*En el caso de que la vivienda hipotecada fuera la vivienda habitual, en la ejecución solo se podrá trabar embargo por el importe correspondiente a la cantidad que exceda del 80 por 100 del valor de tasación*».

Esta norma equivale, de hecho, a introducir la responsabilidad hipotecaria limitada, con carácter imperativo y, además, con efecto retroactivo. El límite porcentual propuesto está tomado del fijado por la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, referido al mercado secundario de hipotecas. Ahora bien, aplicar tal límite al mercado hipotecario primario contradice la razón por la cual se estableció, consistente en asegurar la calidad de los títulos hipotecarios, estimulando así la inversión en los mismos. Por el contrario, la aplicación de este límite del 80 por 100 a la responsabilidad de los deudores hipotecarios reduciría sustancialmente la calidad crediticia de los títulos hipotecarios, pues perderían la garantía de cobro que les proporciona la responsabilidad ilimitada y universal de los deudores.

Además, esta propuesta, por sus pretensiones de respetar los derechos adquiridos, difiere de otras presentadas en algunos parlamentos autonómicos —v.gr.: Cataluña— por cuanto se aplicaría de forma generalizada y automática a todas las hipotecas sobre viviendas habituales, sin consideración a la buena o mala fe del deudor, estado de necesidad del mismo o consideraciones semejantes (38).

---

(37) Dicha propuesta lleva por título *Propuestas de enmienda que presenta el Consell de Collegis d'Advocats de Catalunya de modificación de los artículos 440, 579, 592, 647, 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la inclusión de una disposición adicional sexta para mejorar la ejecución hipotecaria a fin de que sean incorporados en el proyecto de ley de medidas de agilización procesal remitido por el Gobierno a las Cortes Generales*.

(38) Circula también un borrador —no presentado en ningún Parlamento— denominado *Propuesta conciliadora en materia de ejecución hipotecaria,* que solo aparentemente es conciliador, es decir, moderado. Por el contrario, es bastante radical. Obliga a las entidades

Se propone, además, añadir un párrafo segundo al apartado primero del artículo 671 de la LEC, en los siguientes términos:

*«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de que la ejecución recaiga sobre la vivienda habitual, el ejecutante solo podrá pedir la adjudicación por el 80 por 100 del tipo de subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos».*

Ciertamente, en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el límite era del 70 por 100, el cual fue rebajado, mediante la correspondiente enmienda, al vigente 50 por 100. La cuestión es, si en un contexto bajista, la elevación del porcentaje favorecería o perjudicaría a los deudores. Probablemente, les perjudicaría, pues las entidades financieras tendrían menos incentivos para adjudicarse las fincas hipotecadas y, además, ello dificultaría el necesario ajuste del mercado.

Resulta, por último, sorprendente que en la citada propuesta se articule un procedimiento notarial de ejecución, que se estimula privilegiando su uso mediante la asignación a la entidad acreedora que se adjudique el bien de la posibilidad de ceder el remate, derecho que, sin embargo, solo se reconoce al ejecutante judicial si, previamente, ha ofrecido al deudor el procedimiento de ejecución notarial y este lo ha rechazado. Resulta verdaderamente insólito que se pretenda atribuir mejor condición al acreedor ejecutante que se adjudica el bien en un procedimiento notarial de ejecución hipotecaria que al acreedor que hace lo mismo en un procedimiento judicial, cuando es obvio que este último procedimiento ofrece mayores garantías desde todos los puntos de vista y, especialmente, en relación a la posibilidad de evitar comisos injustificados por parte de los acreedores.

Sorprende, igualmente, que el otorgamiento de la escritura de adjudicación sea documento bastante para la cancelación de cualquier carga posterior a la nota marginal de iniciación del procedimiento, incluidas las ordenadas por la autoridad judicial, algo que tampoco parece admisible, pues los asientos extendidos en virtud de mandamiento judicial solo pueden ser cancelados por una «providencia ejecutoria» (39), y no parece admisible la alteración que se pretende de esta regla.

---

financieras a ofrecer préstamos con y sin responsabilidad limitada, estableciendo un límite a la diferencia de tipos de interés entre ambos préstamos y correspondiendo la elección al deudor. Concede, además, a los deudores actuales un derecho de subrogación al abrigo de esos mismos requisitos, con modificación del plazo y del tipo de interés.

(39) Véanse artículo 83 LH y artículo 524.4 LEC. En el contexto de la Ley Hipotecaria, «providencia ejecutoria» significa «resolución firme» por no hallarse pendiente ningún recurso. En este sentido, García García, J. M., *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil,* T. I, pág. 209, nota 17. Ed., Thomson Reuters, 2009.

## 5. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Si no parece deseable introducir la regla imperativa de la responsabilidad hipotecaria limitada, ni tampoco admitir las propuestas examinadas, ¿qué cabe hacer? Creo que se podrían adoptar algunas medidas, a las que hago referencia a continuación, si quiera sea brevemente.

### 5.1. Los intereses de demora como cláusulas penales

En primer lugar, me parece necesario dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea la utilización de la figura de los intereses de demora en los créditos hipotecarios. Las hipotecas suelen incluir un pacto de intereses de demora, los cuales suelen situarse en el entorno del 20 por 100. En la práctica procesal se opera del siguiente modo: impagados algunos vencimientos, el acreedor da por vencido el crédito y, desde ese momento, se devengan intereses de demora por el débito total. Si consideramos la cuantía usualmente pactada y le añadimos los plazos ordinarios del procedimiento de ejecución hipotecaria, la consecuencia es que el importe de la deuda se ve incrementado fácilmente en un 30 por 100, si no en más, debido al retraso que empiezan a acumular los juzgados como consecuencia del incremento del número de ejecuciones hipotecarias.

En relación a los problemas que plantea al deudor esta situación, me parece conveniente realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, los intereses de demora no son propiamente intereses remuneratorios —si lo fueran, probablemente les sería de aplicación la Ley de 23 de julio de 1908, denominada «Ley Azcárate» (40)—, sino moratorios, es decir, cláusulas penales y, por lo tanto, moderables por los tribunales a su prudente arbitrio (art. 1154 CC) (41), algo que los tribunales deberían hacer —o poder hacer— en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en justa

(40) El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la denominada Ley Azcárate es aplicable únicamente en el caso de intereses remuneratorios abusivos, no en el caso de los moratorios. Véanse, entre otras, STS de 22 de octubre de 2001, y STS de 4 de junio de 2009. No obstante, la STS, de 7 de mayo de 2002, contiene el siguiente *obiter dictum* en su FJ 1.º *in fine:* «…ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 8 de febrero de 2006, ha aplicado la Ley Azcárate a intereses de demora.

(41) El artículo 1154 del Código Civil dispone: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

reciprocidad a su admisión de la exigencia de los intereses de demora en el mismo procedimiento.

En segundo lugar, como se ha señalado (42), hay, al menos, dos medidas adicionales susceptibles de ser aplicadas: 1. Limitar legalmente el tipo de los intereses de demora. 2. Limitar el importe y las cuotas que devengan tales intereses.

La primera medida cuenta con precedentes en nuestro ordenamiento. Concretamente: *a)* La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, la cual establece —art. 19.4— que el tipo de interés, en los créditos en forma de anticipo en descubierto, no pueda ser superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; *b)* En el mismo sentido, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, dispone en su artículo 58.2 que los intereses de demora no serán superiores al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Especialmente, esta última podría servir de modelo, no solamente para una futura reforma legislativa, sino también como criterio moderador de la cláusula penal moratoria por parte de los tribunales (43).

La segunda medida tiene su base en el artículo 693.3 LEC, el cual permite al deudor liberar el bien de la ejecución hipotecaria, tratándose de vivienda habitual, pagando las cuotas vencidas en el momento de presentación de la demanda y, por tanto, limitando los intereses de demora al importe de esas cuotas. Nada impediría establecer que los intereses de demora se calcularan solo sobre las cuotas vencidas y no satisfechas, lo que disminuiría la cuantía de la deuda, respecto a la situación actual, entre un 20 y un 30 por 100.

Debería arbitrarse un trámite específico en los procedimientos de ejecución hipotecaria, incluido el especial, dirigido a que el juez, a solicitud del deudor, pudiese moderar los intereses de demora pactados, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil.

---

(42) Véase el interesante artículo de NOGUEROLES PEIRÓ, N., «Ejecución hipotecaria e intereses de demora: un problema oculto», publicado en *El Economista,* 4 de abril de 2011, en el que realiza las propuestas que expongo.

(43) Resulta de especial interés, a este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, número 214/2011. Según esta sentencia, «un interés sancionador que supere 2,5 veces el interés legal del dinero merece la consideración de desproporcionadamente alto, atendiendo a la condición de consumidor del prestatario… y, en aplicación de los artículos 10 bis 2 LGDCU y 7.2 y 1154 del Código Civil, integrar la cláusula nula para darle contenido, conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva y, en definitiva, moderar el interés de demora a lo pretendido por el apelante, es decir, 2,5 veces el interés legal del dinero al firmarse el préstamo…».

### 5.2. Equiparación del régimen fiscal de la dación en pago al de la ejecución hipotecaria

En otro orden de cosas, se ha señalado (44) que lo que procede es una reforma fiscal mas que hipotecaria, con lo que se quiere decir que deben desaparecer los obstáculos fiscales que dificultan que acreedores y deudores lleguen a acuerdos de adjudicación en pago. En efecto, deberían desaparecer las diferencias fiscales existentes con la adjudicación por sentencia de remate, asimilando el tratamiento fiscal de la dación en pago a esta última, mucho más favorable en, al menos, tres dimensiones básicas: *a)* en la adjudicación mediante subasta, la base imponible es el precio del remate, sin que pueda haber comprobación de valores, mientras que sí puede haberlo en la dación en pago; *b)* en la adjudicación mediante subasta, si esta se ha hecho en calidad de ceder a tercero, y se efectúa la cesión, solo se tributa una vez, mientras que si hay dación en pago y el acreedor transmite posteriormente, se tributan dos veces, una el acreedor, por la dación, y otra el adquirente, por la compra; *c),* en caso de dación en pago, el deudor tributa, en su caso, por incremento patrimonial, lo que no sucede en la adjudicación mediante subasta.

En caso de adjudicación en pago y de adjudicación por sentencia de remate, hay una cierta diferencia de tratamiento fiscal. En ambos casos hay que tener en cuenta que, en su día, el comprador —actual deudor insolvente— pagó, o bien IVA, con Actos Jurídicos Documentados complementarios, o bien Transmisiones Patrimoniales, por la compra, más el tributo correspondiente por la constitución o subrogación en el crédito hipotecario —pues lo habitual es que se subrogara en el crédito del promotor—. En el momento de la dación en pago, el Banco o Caja acreedor tributa por ITP-AJD, concepto de transmisión onerosa, aproximadamente al 8 por 100, aunque varía según CC.AA. En ese momento, el transmitente también tributa por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), en función de los años que haya sido propietario del inmueble —aproximadamente un 1 por 100 del valor catastral del suelo, por cada año de permanencia—. Cuando el Banco o Caja consiga vender la vivienda, el adquirente volverá a tributar por ITP-AJD y el vendedor por IIVTNU. En cuanto a la diferencia de valor entre la compra y la venta, tributará: 1. El ejecutado, por la diferencia de valor entre la compra y la venta —si la hay— al tipo del 21 por 100, excepto los primeros seis mil euros, que tributan al 19 por 100. Estaría exento si reinvirtiera ese beneficio en nueva vivienda, pero, por definición, estará arruinado y no podrá hacerlo. Si tuviera pérdidas en la venta, tendría derecho a compensarlas con los beneficios de otras operaciones en ese ejer-

(44) Arruñada, B., «Reforma fiscal más que hipotecaria», publicado en el *Diario Expansión* del 12 de abril de 2011.

cicio y los cuatro siguientes, si bien es poco probable que consiga beneficios patrimoniales en la actual situación económica. 2. El Banco tributaría, en el Impuesto sobre Sociedades, por la diferencia de valor, dentro del global de operaciones, al tipo que corresponda —usualmente, un 30 por 100—.

En caso de adjudicación de remate a calidad de ceder a terceros, sin embargo, el artículo 20 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone:

*«Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquel».*

Por lo tanto nos encontramos ante una única transmisión del deudor ejecutado al cesionario que tributará por TPO o IVA según las normas generales. Por el contrario, si la cesión de remate se produce después de celebrada la subasta o al margen de las normas reguladoras de la misma sí estaríamos ante dos transmisiones.

En este sentido, la Consulta de la DGT de 22-12-1999 manifiesta:

*«a) Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula antes de celebrada la subasta, se entenderá que hay una sola transmisión, y por ello la escritura pública se otorga al cesionario directamente por el deudor o por el Juzgado, obviándose cualquier situación intermedia anterior que hubiera podido tener lugar, como la adjudicación provisional en favor del postor que intervino en calidad de ceder, la cual no tiene la consideración de una auténtica transmisión, sino de un mero trámite o fase previa a la auténtica y definitiva transmisión en que la subasta se traduce.*

*b) Por el contrario, la subrogación en los derechos del adjudicatario, después de celebrada la subasta, supone la existencia de dos transmisiones independientes: una, consecuencia del procedimiento de subasta, a favor del adjudicatario del remate; y otra, ajena al mecanismo procesal de la subasta, a favor del cesionario último. De ahí que en ese caso la escritura no se otorgue al cesionario directamente por el deudor o por el Juzgado, sino por el rematante en la subasta, adquirente en la transmisión anterior».*

Por otro lado, en caso de subasta, la base imponible es el precio de remate, ya que el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1997, anuló el artículo 39 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que aprobó el Regla-

mento del ITP y AJD, que permitía a la Administración realizar comprobación de valores y liquidar por el valor complementario, en su caso.

Por último, para hacerse una idea de hasta qué punto el sector inmobiliario está gravado fiscalmente, hay que tener en cuenta que los promotores tributan: un 8 por 100, al comprar un solar a un particular, un 4 por 100 sobre el valor de la obra al pedir la Licencia —Impuesto Municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras—, un 1,2 por 100 sobre el valor de la obra al declarar la obra nueva, otro 1,2 por 100 sobre el valor total de la finca, al realizar la división horizontal, otro 1,2 por 100 al constituir la hipoteca de promotor, y, si tardan en construir, deberán pagar, además, el IIVTNU y el IBI de las fincas durante el tiempo que son suyas.

Todo ello explica sobradamente por qué la *European Mortgage Federation* señala, en su informe de 2010, *Study on the Cost of Housing in Europe*, que España es el país europeo en el que existe mayor carga fiscal sobre los bienes inmuebles.

En esta misma línea, es preciso recordar que la Ley 41/2007 ha encarecido las subrogaciones hipotecarias de la Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios —véase Cap. IV de la citada Ley—, lo que dificulta el cambio de acreedor y disminuye las posibilidades negociadoras de los deudores.

### 5.3. Reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la línea señalada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 y de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, derogando la redacción dada por la Ley 41/2007

Esta misma Ley 41/2007 modificó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (45) con la finalidad, según señalan todos los indicios, de impedir que el Registro de la Propiedad pudiese calificar la legalidad a efectos de inscripción, de las denominadas «cláusulas financieras» de las hipotecas, dentro de las cuales estarían incluidas las denominadas «causas de vencimiento anticipado», muchas de las cuales forman parte habitual de las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios, a pesar de que muchas de ellas han sido repetidamente rechazadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

Esta ha sido la interpretación de la DGRN sobre esta cuestión (Confer.: RDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1 y 8 de febrero, 31 de

(45) La Ley 41/2007 adicionó el siguiente apartado al artículo 12 LH: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

marzo y 24 de julio de 2008). Con esta interpretación, tales cláusulas formaban parte del contenido de la inscripción, sin que el registrador pudiese calificarlas y, por lo tanto, tampoco los jueces en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en el que solo cabe alegar error o falsedad. De modo que la única opción del deudor sería la impugnación posterior en un juicio plenario, tras la correspondiente subasta y, en su caso, desalojo, lo que resulta de una gravedad considerable.

Afortunadamente, esta situación ha cambiado tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, al declarar abusivas determinadas cláusulas habitualmente recogidas en las escrituras de hipotecas, lo que ha dado lugar a la RDGRN de 1 de octubre de 2010, en la que la RDGRN reorienta su posición anterior. Por último, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, reconoce al registrador plena competencia calificadora en relación al clausulado hipotecario, como consecuencia de lo cual tales cláusulas no podrán acceder al registro y, por lo tanto, no podrá basarse en ellas ninguna pretensión injustificada de vencimiento anticipado en perjuicio del deudor.

### 5.4. Optimización de la anticresis como derecho real de garantía

La anticresis es una figura prácticamente en desuso, regulada por el Código Civil justamente tras la hipoteca, en los artículos 1881 a 1886, el primero de los cuales la define del siguiente modo: «*Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito*». Una más adecuada regulación de esta figura podría permitir, por ejemplo que, en caso de impago por el deudor del crédito o préstamo hipotecario con el que pagó el precio de su vivienda habitual, pudiera continuar como «arrendatario» de su vivienda sin necesidad de transferir la propiedad al acreedor, el cual debería aplicar el canon arrendaticio a la extinción del crédito.

Para ello, debería reformarse el actual artículo 690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previendo la posibilidad de acuerdo entre acreedor y deudor hasta la extinción de la deuda y, en todo caso, por un plazo superior a los dos años previstos por la norma. Sería necesario también que se modificara la normativa prudencial del Banco de España, en la medida de lo posible, para dotar de efectividad a esta posibilidad.

### 5.5. Establecimiento de un valor de tasación único en el momento de concesión del préstamo hipotecario, a cargo de una entidad de tasación independiente

Bajo el régimen jurídico actual hay diversidad de tasaciones. Así, si se utiliza el procedimiento especial de ejecución hipotecaria regulado en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, entonces se exige una tasación previa (art. 682.2.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a efectos de subasta, que debe hacerse constar en la escritura de constitución de hipoteca, sin que la Ley de Enjuiciamiento Civil exija que deba ser realizada por una entidad de tasación a las que se refiere la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario. Por el contrario, en el caso de que se utilice el procedimiento ejecutivo ordinario, el avalúo del bien procederá en el momento procesal oportuno (art. 637-639), a cargo de los peritos a que se refiere el artículo 638 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (46), «salvo que ejecutante y ejecutado se hayan puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución» (art. 637 LEC), acuerdo para el que no se exige intervención de perito alguno. La intervención de una sociedad de tasación solamente es preceptiva en el supuesto de que se trate de hipotecas destinadas al mercado hipotecario secundario, con la finalidad de garantizar a los inversores en títulos hipotecarios que el bien que respalda el título hipotecario es de un valor superior al importe del propio título. En todo caso, la tasación a efectos de subasta no puede ser inferior a la realizada a efectos del mercado hipotecario secundario (47).

Parece que, tratándose de bancos y de entidades de crédito debidamente autorizadas —al menos— debería exigirse que la tasación, a efectos de subasta, fuese realizada por una entidad de tasación independiente, o profesional titulado, en todo caso, y, además, en el momento de la concesión del crédito o préstamo hipotecario, como requisito necesario para la misma, pues no es admisible que

---

(46) Dispone el artículo 638 LEC: «1. Para valorar los bienes, se designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de Justicia. En defecto de estos, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración. 2. El perito designado por el tribunal podrá ser recusado por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido».

(47) Todo ello viene regulado en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario, así como en su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 685/1982, de 25 de marzo. También por Ley 41/2007, que modificó la Ley 2/1981, así como por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, artículo 8.

se tenga mayor consideración con los intereses de los inversores en títulos hipotecarios, que con los intereses de los depositantes y, en última instancia, de los contribuyentes, dada la garantía pública sobre los depósitos bancarios. La tasación, pues, debería ser previa en todo caso, con independencia de que se titulice o no el crédito o préstamo hipotecario, así como del procedimiento de ejecución que se utilice. Asimismo, deberían ser exigibles, para garantizar los intereses de los depositantes y de los contribuyentes, los mismos límites —*loan to value*— que operan en el mercado hipotecario secundario.

### 5.6. Prohibición de que los bancos y demás entidades de crédito, debidamente autorizadas, puedan conceder préstamos o créditos con tipo real de interés negativo

Es preciso denunciar la falsedad y la toxicidad del mito de la *burbuja inmobiliaria.* En efecto, la socorrida y denostada *burbuja inmobiliaria* no es la causante de nada, sino la consecuencia de un precio real negativo —interés menor que la inflación— del dinero durante mucho tiempo; consecuencia, a su vez, de carecer de una moneda propia y de que el euro, como es lógico, se gestione conforme a los intereses de los países más grandes, fuertes y productivos de la UE.

Los ciudadanos hemos actuado racionalmente de acuerdo con la estructura de incentivos configurada por esa situación de precios negativos del dinero. Hemos comprado lo que no podíamos comprar sin crédito, aprovechando que el dinero lo regalaban, un regalo envenenado como estamos comprobando todos ahora y ya advirtieron algunos entonces. Por lo tanto, que nadie tenga la osadía de afirmar que los ciudadanos se han comportado irracionalmente. Al contrario, se han comportado como cabía esperar, porque es lo que predice la teoría.

Ello ha elevado la demanda de dinero por encima de la que se hubiera producido si el precio del mismo hubiera sido el que corresponde a nuestra economía, con las consabidas consecuencias. Este exceso de liquidez ha producido una *burbuja general* y no solo en el sector inmobiliario. Conviene recordar ahora las adquisiciones apalancadas de empresas a precios astronómicos, o que durante la década prodigiosa el precio de las acciones del Ibex, por ejemplo, subió lo mismo que el de los inmuebles residenciales y, sin embargo, nadie habla de *burbuja bursátil*. Por supuesto, los precios del Ibex se han ajustado mucho más rápidamente de lo que lo están haciendo los inmobiliarios, lo cual es lógico pues el mercado bursátil es más líquido que el inmobiliario.

Son conocidos los efectos negativos sobre la economía de un precio del dinero excesivamente barato. Tales efectos fueron puestos de manifiesto por la Escuela Austriaca de Economía, especialmente por Von Misses y los estamos sufriendo, ahora, en carne propia. Los empresarios asumen más riesgos de

los deseables, realizan inversiones desacertadas y los ciudadanos se endeudan excesivamente.

Para corregir los efectos perversos de esta situación derivada de nuestra pertenencia al euro en un contexto de un amplio diferencial de productividad y, por lo tanto, de inflación, en relación con los países más fuertes y productivos de la Unión Monetaria, parece de sentido común imponer a los bancos y demás entidades de crédito la concesión de préstamos y créditos con tipos de interés real negativos.

### 5.7. Posibilidad de regulación de las situaciones de sobreendeudamiento

#### 5.7.1. *La inadecuación de la legislación concursal para dar respuesta a las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores*

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, se ha producido en nuestro país una situación de sobreendeudamiento, especialmente del sector privado, que afecta a empresarios, profesionales, consumidores y a las propias entidades de crédito. Los empresarios —y profesionales— disponen de instrumentos jurídicos para hacer frente a tales situaciones, pero no así los consumidores (48).

En efecto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), aunque regula un concurso de particulares, no es el mecanismo adecuado para solventar el problema del sobreendeudamiento por las siguientes razones: *a)* la ley solo prevé como mecanismos el convenio o la liquidación (inaplicable a las personas físicas); *b)* aunque se llegase a un convenio, la suspensión de las ejecuciones hipotecarias solo está prevista en el artículo 56 LC para los empresarios no para los consumidores; *c)* la paralización o suspensión de la ejecución hipotecaria del artículo 56 LC solo se refiere a los inmuebles afectos a la actividad empresarial o profesional, pero no protege a la vivienda habitual; *d)* no existe una previsión de liberación de deudas para las personas físicas, artículo 178.2 LC, a diferencia de lo dispuesto para las personas jurídicas, artículo 178.3 LC; *e)* los procedimientos concursales para un particular son excesivamente onerosos (alrededor de 6.000 €). Por tanto, no existe en nuestro ordenamiento una regulación adecuada para el consumidor honesto que ha sufrido infortunios que no le son imputables.

---

(48) Así lo pone de manifiesto el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que aplica analógicamente a las personas físicas la solución prevista en el número 3 del artículo 178 de la Ley Concursal para las personas jurídicas, con lo que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas.

Los empresarios sociales pueden formalizar concursos, suspender o paralizar las ejecuciones hipotecarias, obtener la liberación de deudas, presentar expedientes de regulación de empleo y despedir trabajadores. Sin embargo, el consumidor, persona física que va a sufrir las consecuencias, se encuentra en un plano de inferioridad. La Ley Concursal está pensada principalmente para sociedades —lo prueba el pequeño número de concursos individuales que se presentan en España frente a los números de Alemania o Estados Unidos—.

### 5.7.2. *Recomendaciones europeas. Derecho Comparado y la previsión de la Ley de venta a plazos de bienes muebles*

El Consejo de Europa, el 11 de octubre de 2005, presentó un informe sobre el sobreendeudamiento, dirigido a ofrecer alternativas al deudor que ha actuado de buena fe (*good faith, unlucky but honest*) en el que recomendaba crear un mecanismo:

1. En el que el asesoramiento fuese gratuito.
2. El procedimiento debe ser gratuito o de coste muy reducido (*low cost*).
3. Los planes de pago deben ser razonables en los pagos y en la duración.
4. Debe comprender todas las deudas, excepto las pensiones alimenticias.

Con anterioridad, el 7 y 8 de abril de 2005, el 26.º Comité de Ministros de Justicia de Europa, reunido en Helsinki, había instado a los Estados a formular medidas legislativas y administrativas para tratar el problema del sobreendeudamiento y crear procedimientos ante los Tribunales y las Autoridades administrativas.

El informe *Sobreendeudamiento de consumidores y legislación de consumidores en la Unión Europea*, presentado por la Dirección General de Protección de los Consumidores de la Comisión Europea, septiembre de 2003, establece como principios básicos: 1. «Rehabilitación» del deudor disminuyendo la carga financiera. 2. El establecimiento de un plan de pagos razonable. 3. Asesoramiento gratuito e independiente del acreedor (puede ser satisfecho por los municipios y el asesor carecer de vínculos con el banco). 4. Procedimiento gratuito o de coste mínimo. 5. El procedimiento debe ser preferentemente extrajudicial.

Por último, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de marzo de 2011, dispone en su artículo 25:

«*Mecanismos de resolución de litigios. 1. Los Estados miembros velarán por el establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de litigios, relacionados con los derechos y obligaciones que establece la presente Directiva, entre los prestamistas o los intermediarios de crédito y los consumidores, valiéndose, si procede, de*

*organismos ya existentes. Los Estados miembros velarán, asimismo, por que todos los prestamistas y los intermediarios de crédito se adhieran a uno o más de los organismos responsables de los procedimientos de reclamación y recurso. 2. Los Estados miembros velarán por que esos organismos cooperen activamente en la resolución de conflictos transfronterizos*».

El gran cambio de estos procedimientos, frente a las leyes concursales, es adoptar la posición del consumidor deudor y no la del acreedor como hasta ahora ha sido habitual. Los supuestos que merecen especial atención son los casos de paro, enfermedad y ruptura matrimonial.

El sobreendeudamiento de los consumidores está regulado en todos los países de la UE, siendo España la excepción. En Finlandia, Francia y Noruega se presta especial protección a la vivienda familiar. En todos, salvo Alemania y Reino Unido, se regulan procedimientos extrajudiciales. En Francia y Bélgica se han creado comisiones administrativas en las que participan los encargados de la llevanza de registros mercantiles.

Nuestro ordenamiento contiene una norma dirigida a resolver los problemas derivados de sobreendeudamiento, aunque circunscrita a bienes muebles —vehículos y maquinaria— artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles:

*«Los jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo del precio para los nuevos aplazamientos de pago».*

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en el artículo anterior, se establece lo siguiente:

*«Artículo 8. Penalización por omisión o expresión inexacta de cláusulas obligatorias.*

*1. La omisión de alguna de las circunstancias imperativas señaladas en los números 4 y 5 del artículo anterior, que no fuere imputable a la voluntad del comprador o prestatario, reducirá la obligación de estos a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o el nominal del crédito, con derecho a satisfacerlo en los plazos convenidos, exento de todo recargo por cualquier concepto.*

*En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al comprador antes de la finalización del contrato.*

*2. La omisión de las circunstancias señaladas en los números 6 y 7 del artículo anterior reducirá la obligación del comprador a abonar el interés legal en los plazos convenidos.*

*3. La omisión de la relación a que se refiere el número 8 del artículo anterior determinará que no será exigible al comprador el abono de los gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna.*

*4. En el caso de que los contenidos a que se refieren los dos apartados anteriores sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el comprador, las consecuencias previstas para su omisión.*

*5. La omisión o expresión inexacta de las demás circunstancias del artículo anterior podrá reducir la obligación del comprador a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o, en su caso, del nominal del préstamo. Esta reducción deberá ser acordada por el Juez si el comprador justifica que ha sido perjudicado».*

Sin perjuicio de que debamos homologarnos a los países de nuestro entorno, no parece este el momento más adecuado de hacerlo, si consideramos los problemas de financiación exterior por los que atraviesa nuestro país, problemas que se agravarían si se regula el sobreendeudamiento antes de superar la actual coyuntura de escasez de crédito (49).

En mi opinión, estas medidas, u otras semejantes, mejorarían notablemente las ejecuciones hipotecarias, equilibrarían mejor los intereses en juego y no producirían las externalidades negativas que se derivarían de las propuestas analizadas.

*RESUMEN*

*ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA POSIBLE REFORMA DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL*

*El primer artículo contiene la intervención del autor ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, la cual tuvo lugar el 29 de octubre de 2008.*

*La intervención versa sobre «Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna». En ella se analiza el agotamiento del modelo de política de vivienda de los últimos cincuenta años, el papel del Registro de la Propiedad en los mercados hipotecario e inmobiliario, y, por último, se realizan diversas propues-*

*ABSTRACT*

*ACCESS TO DECENT HOUSING POSSIBLE REFORM OF THE SPANISH MORTGAGE SYSTEM*

*The first article contains the speech the author delivered to the Spanish Congress of Deputies' Housing Committee on 29 October 2008.*

*The speech addresses the topic «Measures to facilitate citizens' access to decent housing». It takes a careful look at how the housing policy model of the last fifty years has outlived its usefulness and what role the property registration system plays in the mortgage market and the property market. Lastly, it makes a number of pro-*

(49) Además, en toda regulación protectora es preciso ser muy cuidadosos para no hacer rentable a los protegidos incurrir en «riesgo moral».

*tas para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna mediante la potenciación de fórmulas distintas a la propiedad, tales como el arrendamiento o la propiedad superficiaria, entre otras, así como mediante la adopción de medidas en relación al sobreendeudamiento o dirigidas a la recuperación de cantidades entregadas a cuenta por parte de los compradores de vivienda, en caso de incumplimiento por parte del promotor.*

*El segundo artículo contiene la intervención del autor ante la Subcomisión de análisis y posible reforma del sistema hipotecario español del Congreso de los Diputados, la cual tuvo lugar el día 20 de julio de 2011. Lleva por título «La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable».*

*En ella, el autor se muestra contrario a la reforma de nuestro sistema hipotecario con la finalidad de admitir la denominada dación en pago como un derecho del deudor destinado a extinguir la deuda hipotecaria mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor. Argumenta que la regla general en los países desarrollados es la responsabilidad patrimonial universal, salvo en once estados de Estados Unidos, que tal reforma encarecería el crédito y lo haría inaccesible a las rentas más bajas, y, si se aplicará a los contratos en vigor, pondría en riesgo el sistema financiero, pues dificultaría su financiación, ya suficientemente difícil en las actuales circunstancias, trasladando los costes, en última instancia a los contribuyentes. En su lugar propone otras medidas, tales como la reforma procesal que permita dar a los intereses de demora el tratamiento de cláusulas penales dentro del procedimiento de ejecución de bienes hipotecados —incluido el procedimiento de ejecución especial—, la asimilación del tratamiento fiscal de las daciones en pago al de las ejecuciones hipotecarias, la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en la líposals that could facilitate citizens' access to decent housing by encouraging alternatives to ownership— such as leasing and ownership of fixtures on an estate without ownership of the underlying estate—and by taking measures in connection with over-indebtedness and measures aimed at helping home buyers recover sums delivered on account in the event of breach of contract by the developer.*

*The second article contains the speech the author delivered to the Congress of Deputies' Subcommittee for the Analysis and Potential Reform of the Spanish Mortgage System on 20 July 2011. Its title was «The Imperative Limitation of Mortgage Debt Liability to the Mortgaged Property: A Seductive But Unadvisable Idea».*

*In the speech, the author takes a stand against reforming the Spanish mortgage system to enable what is termed «dación en pago» (surrender in lieu of payment) to be accepted as the borrower's right. Surrender in lieu of payment would enable the borrower to surrender the mortgaged property to the lender in full settlement of the mortgage debt. The author argues that the general rule in developed countries is unlimited personal liability, save in eleven states of the United States; that such a reform would make credit more expensive in general and would make it inaccessible for lower-income borrowers; and that, if surrender in lieu of payment were applied to contracts already in force, it would endanger the financial system, because it would hamper financing (already difficult to find under the current circumstances), transferring the ultimate costs to the taxpayer. Instead, the author proposes other measures, such as a procedural reform to enable interest on late payment to be treated as penalty clauses within the foreclosure procedure (including the special foreclosure procedure); the same treatment in tax-related affairs for surrenders in lieu of payment as for mortgage foreclosures; reform of article 12 of the*

*nea señalada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, y de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 1 de abril de 2011, derogando la redacción dada por la Ley 41/2007, la optimización de la anticresis como derecho real de garantía, el establecimiento de un valor de tasación único, en el momento de concesión del préstamo hipotecario, a cargo de una entidad de tasación independiente, la prohibición de que los bancos y demás entidades de crédito debidamente autorizadas puedan conceder préstamos o créditos con tipo real de interés negativo, y la regulación de las situaciones de sobreendeudamiento siguiendo las directrices europeas al respecto.*

*Mortgage Act along the lines stated in the Supreme Court's ruling of 16 December 2009 and the Tarragona Provincial Appellate Court's ruling of 1 April 2011, repealing the wording under Act 41/2007; optimization of the antichresis as a security right over real property; establishment of a single appraisal value at the time when the mortgage is granted, this value to be found by an independent appraisal authority; prohibition against banks and other duly authorized financial institutions' giving loans or credits at negative real interest rates; and regulation of over-indebtedness situations, following European guidelines on the matter.*

*(Trabajo recibido el 27-7-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-11)*

# DERECHO COMPARADO

# Seguridad jurídica y racionalidad

por

LEONARDO BRANDELLI

*Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul - UFRGS.*
*Máster en Derecho Civil por la Universidad Federal del Rio Grande do Sul - UFRGS.*
*Profesor de Derecho Civil en la Escuela Paulista de Derecho - EPD.*
*Registrador de Inmuebles en São Paulo*

*SUMARIO*

INTRODUCCIÓN.

1. CARACTERIZACIÓN DE LA SEGURIDAD:
   - 1.1. La seguridad jurídica como un principio de derecho.
   - 1.2. Seguridad jurídica como derivación del Estado de Derecho.
   - 1.3. Contenido del principio de la seguridad jurídica.
2. RACIONALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA:
   - 2.1. La racionalidad como concreción de la seguridad jurídica.
   - 2.2. La racionalidad en la elaboración legislativa.
   - 2.3. La jurisprudencia racional.
   - 2.4. Racionalidad administrativa.

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica es un principio fundamental del ordenamiento jurídico.

Deriva del principio del Estado de Derecho y tiene vínculos umbilicales con el mismo, incorporando valores sumamente importantes para el mantenimiento de los derechos fundamentales de la persona, de modo que, un Estado que se considere democrático, no puede prescindir de él.

La seguridad jurídica, tal como la conocemos actualmente, se comenzó a definir en el momento histórico de la caída de las monarquías absolutistas,

identificado con la legalidad, y representó un significativo avance jurídico-social en la defensa de la libertad y garantías de las personas, eliminando un Estado hasta entonces imprevisible y opresor (1).

Con un apego ciego a la ley, evolucionaron la seguridad y la legalidad en el sentido de acoger cierta carga moral, y entender que, incluso en el más rígido positivismo legalista, siempre hay una esfera de posibilidades interpretativas, dentro de la que cualquier opción en su seno se encuentra en conformidad con el derecho (2).

Tal cambio de paradigma en la seguridad jurídica provocó su crisis, en virtud de la percepción de que era imposible un ordenamiento jurídico cerrado hasta el punto de ofrecer todas las respuestas por medio de la mera subsunción, abstrayendo completamente los valores morales.

Al mismo tiempo, tal percepción origina la necesidad de que se encuentren medios de aplicación segura del ordenamiento jurídico, que no provoquen su incumplimiento pero que, al mismo tiempo, no limiten las posibilidades de su adaptación a la realidad social. Medios de aplicación que no signifiquen una mera subsunción por parte del juez, pero que tampoco permitan al aplicador generar inseguridad, aplicando el derecho con base en sus valores personales, en sus ideologías, con desprecio a los valores integrados en el ordenamiento jurídico y producto de la producción democrática.

En ese punto, surge la racionalidad como el péndulo de la balanza.

Esta exige, en primer lugar, la supresión de la arbitrariedad absoluta del proceso legislativo que, aunque tenga la posibilidad de elegir, a través de las reglas democráticas, cuáles son los valores que se protegerán, implicando una decisión de la mayoría, deberá hacerlo de forma racional, encontrando límites en los dictámenes constitucionales, especialmente en los derechos fundamentales.

Por otro lado, el aplicador de la norma también está limitado por una interpretación racional, debiendo leer, científicamente los valores seleccionados por el juego democrático como dignos de tutela jurídica, estándole vetada la interpretación al margen de la norma en la que imponga sus valores o los valores de un grupo, en cualquier caso, valores que no estén reconocidos en la norma jurídica.

La interpretación de los principios jurídicos, en ese sentido, deberá realizarse por medio de la ponderación, teniéndose en cuenta el criterio del peso, que se sopesará en el caso concreto (3).

Analizar en qué consiste el principio de la seguridad jurídica, y cómo concretarlo en el derecho moderno, es lo que se buscará en el presente trabajo.

---

(1) Véase al respecto MEZQUITA DEL CACHO, José L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar,* v. 1, págs. 17-22.

(2) Ver KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, pág. 390.

(3) Afirma Robert ALEXY que la ponderación trata de establecer cuál de los intereses en colisión poseen mayor peso en el caso concreto, a pesar de que tengan la misma importancia abstractamente hablando (*Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 72)

## 1. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SEGURIDAD

Para la finalidad del presente trabajo, es prioritario caracterizar la seguridad jurídica, buscando establecer su contenido, sus límites, su naturaleza jurídica, las funciones que desempeña en el mundo jurídico, así como mostrar su entendimiento a lo largo del tiempo, hasta llegar a su conformación actual.

Lo que se busca en este momento es caracterizar para entender el objeto sobre el que se trabajará.

### 1.1. La seguridad jurídica como un principio de Derecho

La seguridad jurídica es un *principio jurídico*. Es un principio que deriva de otro, más amplio, como es el de Estado de Derecho.

El ordenamiento jurídico está compuesto de normas jurídicas, que establecen un *deber ser* objetivo (4), que reglamentan el *deber ser* de la conducta humana que, a su vez, *es*. Tales normas abarcan tanto las reglas como los principios, ya que, como alerta Robert Alexy, toda norma jurídica o es una regla o es un principio (5).

La seguridad jurídica no es una regla, en la medida en que las reglas son normas que prescriben un enunciado deontológico (6), dentro de una lógica de que se deben cumplir o no. O se produce el soporte fáctico de la norma (7) —y no existe soporte fáctico de alguna norma de excepción (8)— y esta debe cumplirse, o no lo es, y la norma no debe ser cumplida.

«Si una regla es válida, entonces se debe hacer exactamente lo que esta exige, ni más ni menos» (9).

O la regla es jurídicamente válida o no lo es. No hay gradación en la aplicación de la regla. Ante una eventual antinomia, solo será válida y aplicable una regla (10).

---

(4) Ver Kelsen, Hans, *op. cit.*, págs. 5-10.

(5) *Op. cit.*, pág. 68.

(6) Enunciados deontológicos son aquellos que utilizan expresiones, como *puede, prohibido* y *deben* (Alexy, Robert, *op. cit.*, pág. 37).

(7) Soporte fáctico es la previsión general y abstracta prevista en la norma que, si se materializa, si tiene lugar, incide en la aplicación de la consecuencia prevista.

(8) Ver Alexy, Robert, *op. cit.*, págs. 69-70.

(9) Alexy, Robert, *op. cit.*, pág. 68.

(10) En un «conflicto de reglas en que no sea posible incluir una cláusula de excepción, debe declararse inválida por lo menos una de las reglas. [...] El problema puede solucionarse por medio de reglas tales como *lex posterior derogat lagi priori* y *lex specialis derogat legi generali,* pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Lo fundamental es que la decisión versa sobre la validez» (Alexy, Robert, *op. cit.*, págs. 69-70).

Los principios, a su vez, consisten en mandatos de optimización que se aplican en la mayor cantidad posible dentro de las peculiaridades del caso concreto. Las posibilidades jurídicas y fácticas del caso determinarán en qué medida será posible la aplicación del principio sin que haya, por lo tanto, una lógica de aplicación *todo o nada*. La aplicación de los principios admite gradación (11).

Un conflicto de principios no implica el reconocimiento de la invalidez de uno de ellos, sino el reconocimiento de que, frente a las circunstancias del caso concreto, uno de ellos deberá ceder ante el otro; uno de ellos prevalecerá, permaneciendo ambos válidos. En otro caso de conflicto de los mismos principios, pero frente a circunstancias jurídicas y/o fácticas diversas, la prevalencia podrá ser diversa (12).

Al mismo tiempo que las reglas establecen conductas deontológicas definitivas, los principios establecen mandatos de optimización, que establecen que determinada situación se debe concretar en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las situaciones jurídica y fáctica concretas.

Por ello, los principios no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie,* como alertó ALEXY: «Los principios siempre son razones *prima facie;* las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son *razones definitivas»* (13).

Las normas son objeto de subsunción; los principios de ponderación.

Se ve, de esta forma, que la seguridad jurídica se trata de un principio y, como tal, un valor que se debe implementar lo máximo posible frente a las circunstancias, fácticas y jurídicas, del caso concreto, mediante la ponderación.

Como principio que es, no es algo absoluto, innato, que sea previo al ordenamiento jurídico, sino un valor relativo, como cualquier otro, que requiere su apreciación y ponderación en el caso concreto, de forma racional, con el fin de analizar si debe prevalecer o ceder ante otro principio que entre en conflicto con este.

### 1.2. SEGURIDAD JURÍDICA COMO DERIVACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

La atención dada a la seguridad jurídica es un fenómeno más o menos reciente, habiéndose iniciado con los teóricos del *contrato social,* en especial HOBBES (14), que en su Leviatán defiende la idea de que el fin del Estado es la seguridad (15).

---

(11) Véase al respecto ALEXY, Robert*, op. cit.*, págs. 67-8.

(12) Véase al respecto ALEXY, Robert*, op. cit.*, págs. 70-6.

(13) *Op. cit.*, pág. 82.

ALEXY muestra que las reglas también pueden tener un carácter *prima facie,* aunque es diferente y esencialmente más fuerte que el de los principios (*op. cit.*, págs. 79-82).

(14) MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 18.

(15) «La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los

Esto se debe al hecho de que, en el *Ius Naturale* es impensable, por su propia esencia, una reflexión referente a la seguridad, estabilidad o certeza (16).

La construcción doctrinaria de la seguridad jurídica comenzó en el siglo XVIII, identificada con la legalidad y amparada por la formulación jurídica del utilitarismo filosófico (17), así como, y especialmente, de la Revolución Francesa (18).

Tal legalismo, que identificó la seguridad jurídica en su génesis junto con la separación de los tres poderes del Estado, desarrollada por MONTESQUIEU, terminó cimentando la teoría del Estado de Derecho, conforme afirma José L. MEZQUITA DEL CACHO (19).

Si por un lado la seguridad jurídica está en la raíz del Estado de Derecho, este finalmente ha alcanzado tal amplitud e importancia que ha terminado englobándola.

El principio del Estado de Derecho, aunque posea un contenido identificable, «no implica [...] mandamientos o prohibiciones unívocamente determinados, de categoría constitucional, sino que es un precepto constitucional que carece de la concreción, de acuerdo con los datos objetivos» (20).

Konrad HESSE alerta ante el hecho de que el contenido y el significado del Estado de Derecho no se encuentran solidificados, aunque exista acuerdo con relación a que en el mismo se contiene el sometimiento de la administración a la ley así como la división de los poderes del Estado (21).

De esta forma, el contenido del principio del Estado de Derecho se concreta en la praxis jurídica, frente a su aplicación por el Tribunal Constitucional (22),

---

vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza» (HOBBES, Thomas, *Leviatán,* pág. 137).

(16) MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 17.

(17) MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, págs. 19-20.

(18) Por la razón de que la legalidad fue la forma inmediata encontrada para proteger al pueblo de los abusos del Estado monárquico-absolutista.

(19) *Op. cit.*, pág. 21.

(20) HECK, Luís Afonso, *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*, pág. 175.

(21) *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 157.

(22) Afirma Konrad HESSE que el Tribunal Constitucional Federal alemán «entiende el principio del estado de derecho como "decisión fundamental" o como "principio dirigente" que, además de los mandatos de la previsibilidad, de la seguridad jurídica y de la exactitud material o justicia no contiene, con todos los detalles, mandatos o prohibiciones de jerarquía constitucional unívocamente determinados y carece "de la concreción conforme las realidades materiales". Sobre la cuestión de su contenido específico, este responde cada vez con un cuidadoso avance continuo, solo en la medida en que sea necesario para la decisión del caso concreto» (*op. cit.*, pág. 158).

que ha ido moldeando su contenido, haciendo derivar de este otros principios diferentes y reglas jurídicas. Así, por ejemplo, el principio de la proporcionalidad (23), el de la seguridad jurídica y de la protección a la confianza (24), el de la justicia material (25), el de la precisión legal (26), etc.

La seguridad jurídica es el principio jurídico que deriva del principio mayor del Estado de Derecho.

A veces expreso (27), a veces tácito, el principio de la seguridad jurídica deriva del Estado de Derecho.

En la lección de Véra Maria JACOB DE FRADERA, al referirse al derecho europeo, el principio de la seguridad jurídica, se «considera el *hard core* del Derecho alemán», además de principio objeto «de una importante jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas» (28).

El Estado de Derecho se consolida y gana estructura cuando está dotado de normas jurídicas estables, duraderas, alterables racionalmente, y no en virtud de impulsos de todo tipo, ya que el cambio se produce dentro de él, según sus reglas.

Este efecto estabilizador, además de ser un importante elemento estructurador del propio Estado, es un elemento de protección de la persona pues, el Estado de Derecho, además de constituir forma de racionalización de la vida estatal, constituye forma de limitación del poder estatal (29).

---

(23) Lo cual exige que «el particular quede protegido de intervenciones innecesarias y excesivas; una ley no debe hipotecar al ciudadano con más intensidad que lo imprescindible para la protección del interés público». De aquí deriva, en el ámbito del Derecho Privado, por ejemplo, como acertadamente subrayó Luís Afonso HECK, que el «legislador debe observar la decisión básica de valores de la ley fundamental en pro de la propiedad privada. [...] La forma de determinación del contenido y límites de la propiedad no debe estar en desacuerdo con la cosa ni intervenir, sin fundamento o en exceso en los intereses de los participantes» (HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, págs. 177 y 184).

(24) «Tanto el precepto de la seguridad jurídica como el precepto de la protección de la confianza son partes constitutivas esenciales y, por tanto, elementos esenciales del Principio del Estado de Derecho. Ambos tienen índole constitucional y, así, sirven de criterio normativo» (HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 186).

(25) Con relación al eventual conflicto entre el principio de la seguridad jurídica y el de la justicia material, se manifestó el Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que «podría resolverse en el sentido de que el Derecho positivo, asegurado por medio de estatuto y poder, también tenga primacía cuando es injusto e impropio con relación al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la Justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como "derecho incorrecto", tenga que ceder a la Justicia», limitándose el análisis al aspecto de la arbitrariedad, pero permitiendo una aplicación jurídica individualizada, concentrada en el caso concreto (HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, págs. 194-5).

(26) «En este se conjugan los preceptos estatal-jurídicos de la claridad normativa y de la justiciabilidad» (HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 196).

(27) Como, por ejemplo, en la Constitución Española que en su artículo 9.º 3, dispone: «La Constitución garantiza el principio de [...] la seguridad jurídica».

(28) *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*.

(29) Véase HESSE, Konrad*, op. cit.*, págs. 160-1.

### 1.3. Contenido del principio de la seguridad jurídica

De la misma forma que ocurre con el principio de Estado de Derecho, también el de la seguridad jurídica, aunque tenga cierto contenido ya identificado por la doctrina y por la jurisprudencia, no tiene todo su contenido definido ni tampoco lo tiene predefinido.

Como principio jurídico que es, como mandato de optimización que es, se va concretando casuísticamente, a través de la ponderación, ganando poco a poco la delimitación de su contenido, y estipulación de las situaciones en las que tiene prioridad sobre otros principios, así como los casos en los que es relegado a favor de otros principios.

Mientras tanto, ya es posible establecer sus principales características.

En primer lugar, es preciso que se diga que seguridad jurídica no significa exclusivamente legalidad estricta (30), aunque ya lo haya significado, pues con la revolución burguesa, la ley significó la libertad de la opresión estatal.

Actualmente, la legalidad en la seguridad jurídica está vinculada a la obediencia al ordenamiento jurídico como un todo (abarcando la norma positivada, las costumbres, la jurisprudencia, los principios de derecho escritos y no escritos, etc.) y no solo a la legalidad estricta, en el sentido de norma positivada, una vez que el ordenamiento contempla, a veces, normas no positivadas, como costumbres o principios no expresos, por ejemplo (31).

No se trata de principio que determine que la norma escrita se superponga a todo, suministrando una única verdad, no admitiendo ponderación e, incluso, valoración de orden moral.

Así como no hay una verdad absoluta, no hay una seguridad jurídica absoluta, que se superponga a todo y a todos, como valor inatacable. Es un principio sujeto a entrar en conflicto con otros principios y, por lo tanto, sometido a la ponderación racional que, dada la situación concreta, puede dar prioridad a otro principio, como el de la justicia material, por ejemplo.

Se puede, en cierto modo, hablar de una *legalidad legislativa,* de la que emanan las normas positivadas, y una *legalidad jurisprudencial* (32), a partir de la cual también hay una creación jurídica, especialmente completándose principios y conceptos indeterminados, que van tomando forma a partir de las soluciones concretas suministradas por el Poder Judicial.

---

(30) La «permanencia del derecho no es, necesariamente, la permanencia de la ley. [...] lo que es necesario es que vigore determinado sistema jurídico y exista la convicción de que será aplicado en los casos particulares, pues esto es lo que proporciona la seguridad jurídica» (Pontes de Miranda, F. C., *Sistema de ciência positiva do direito,* t. 4, págs. 205-6).

(31) Esto no significa, no obstante, que por el hecho de que eventualmente la norma no se encuentre positivada, pueda no existir subsunción o ponderación, abriéndose espacio para verdades preestablecidas, para ideologías.

(32) Ver Mezquita del Cacho, José L.*, op. cit.*, pág. 64.

El principio de la seguridad jurídica es una creación artificial (33), acogida por los ordenamientos jurídicos sometidos a un Estado de Derecho porque trae consigo valores importantes para la sociedad, conforme demuestra su evolución histórica. No es, ni se defiende que sea (34), un valor innato al ser humano, preexistente y superior (35) al ordenamiento jurídico (36).

La seguridad jurídica surgió, como hemos visto, vinculada a la idea de legalidad, como importante instrumento de consecución y protección de la libertad y de la justicia, en el momento en que se eliminó el Estado monárquico-absolutista. La separación de los poderes del Estado y la ley fueron el baluarte de salvaguarda de la libertad individual, que libró a los individuos de las arbitrariedades estatales.

Tal carácter también se conserva por el principio. Este tiene la virtud de proteger a los individuos de las arbitrariedades estatales, y garantizar el orden.

Según advierte adecuadamente Konrad HESSE, la ley «determina la situación jurídica del particular, ordena las condiciones de vida y las coordina mutuamente. [...] el estado de derecho es un estado de ley» (37).

Mientras tanto, el principio de la seguridad jurídica actualmente va más allá de la idea de estabilidad de la legalidad (38), ya que además de garantizar un mínimo de continuidad a las relaciones, su visualización como un principio no-absoluto racionalizable en el caso concreto, permite la garantía de un progreso constante de la libertad, igualdad y dignidad humanas (39).

Se habla de la *primacía del derecho,* más amplio que el concepto de legalidad, aunque la legalidad siga teniendo un papel importante y central dentro de la seguridad jurídica (40).

Tras su germinación, vinculada a la legalidad, surgida con la Revolución Francesa y la tripartición de los poderes, la seguridad jurídica cayó en declive, como consecuencia de las teorías iusnaturalistas, volviendo a estar en boga

---

(33) En el sentido de creación humana.

(34) Lo que solo sería posible bajo una óptica iusnaturalista.

(35) En ese sentido, ya sostenía KELSEN que en la «medida en que las normas» —incluyéndose aquí las reglas y los principios— «que constituyen el fundamento de los juicios de valor, se establecen por actos de una voluntad humana, y no de una voluntad suprahumana, los valores constituidos a través de esta son arbitrarios. [...] Por ello, las normas legisladas por los hombres —y no por una autoridad suprahumana— solo constituyen valores relativos» (*op. cit.,* pág. 19).

(36) Advierte José L. MEZQUITA DEL CACHO que la seguridad jurídica «no es apriorística como la Justicia, sino elaborada por la razón política y jurídica a lo largo de la experiencia social histórica» (*op. cit.,* pág. 52).

(37) *Op. cit.*, págs. 162-3.

(38) En ese sentido, advierte HESSE que el Estado de Derecho es «más que un mero "sistema de artificios técnico-jurídicos para garantía de la libertad legal"» (*op. cit.*, pág. 161).

(39) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 49.

(40) Véase HESSE, Konrad*, op. cit.*, págs. 163-4.

en el siglo XX (41), lo que fue criticado por algunos (42) bajo el argumento de que esta serviría para el abuso contra los ciudadanos, bajo el manto de un Estado-policía.

Mientras tanto, la crítica está desenfocada, en la medida en que la seguridad jurídica es un principio importante, y que debe considerarse con base en criterios objetivo-científicos, y no ideológicos. El peligro real está en establecer verdades precientíficas absolutas, no basadas en racionalidades, y pretender que todo y todos se adapten a ellas (43), como pretenden las tesis iusnaturalistas, independientemente de cuáles sean tales verdades. No hay moral absoluta, y, por lo tanto, cualquier imposición en ese sentido será artificial y atenderá a alguna ideología no-racional.

La tensión entre seguridad jurídica y justicia, que terminó convirtiéndose en una tensión entre positivismo y iusnaturalismo, fue incitada por RADBRUCH, el gran sistematizador de la seguridad jurídica en el siglo XX, para quien el valor objetivo del Derecho, consistente en la seguridad, tiene una coexistencia difícil, y no pocas veces contradictoria con la justicia (44), lo que llevó a algunos a identificar la seguridad jurídica con un positivismo radicalizado (45).

En realidad, no existe una dicotomía absoluta entre seguridad jurídica y justicia material (46), dado que ambos son valores y no hay un valor absoluto. Ambos son valores establecidos, relativos y que se deben ponderar en el caso concreto con el fin de comprobar cuál tendrá más peso.

Desde un punto de vista abstracto, no es posible decir cuál prevalecerá, si la seguridad o la justicia. Ambas están intercomunicadas y (47), en cierto modo, están ligadas en una sola cosa: la justicia es más fácil de implementar si existe seguridad jurídica, y la seguridad se alcanzará más vivamente si existe justicia.

Mientras tanto, frente a la situación concreta planteada, puede existir conflicto entre tales valores, ya que ambos son relativos, de modo que alguno de ellos deberá prevalecer, ponderándose las circunstancias jurídicas y fácticas del caso. Bien podrá prevalecer la seguridad (porque, v.g., aplicar la justicia en el caso concreto podrá significar injusticia para las demás personas, en razón de

---

(41) G. RADBRUCH fue el gran reanimador de la teoría de la seguridad jurídica en el siglo XX y quien, por primera vez, sistematizó en la filosofía del derecho la teoría de la seguridad jurídica (MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 23-5).

(42) Ver MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 27-8.

(43) Ver KELSEN, Hans, *op. cit.*, págs. 18-25.

(44) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 30.

(45) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 31.

(46) Advierte PONTES DE MIRANDA que el «contenido de la seguridad del derecho, así como el de la justicia, deben adaptarse el uno al otro: no pueden herirse mutuamente» (*op. cit.*, pág. 205).

(47) «Seguridad *Jurídica* es un valor fundamental cuya realización facilita la de la Justicia, valor del que es por tanto paralelo y complementario» (MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 77).

la inestabilidad que generará, en contra del interés de la colectividad), bien la justicia (porque en el caso concreto, por ejemplo, la formalidad que tiene por finalidad generar seguridad jurídica queda vacía de sentido).

Esta situación llevó a José L. MEZQUITA DEL CACHO a afirmar que «la legalidad cierra una etapa y abre otra; y la etapa, final pero infinita [...] puede calificarse como la de la *Seguridad Jurídica en permanente tensión y busca hacia la fusión con la Justicia»* (48).

Mientras tanto, se fue entendiendo que la seguridad jurídica, como creación humana, tal como la justicia, está sujeta a distorsiones ideológicas, razón por la cual, en sí misma, si se analiza desde un punto de vista científico-objetivo, libre de presiones ideológicas y preconcebidas como verdades absolutas, no representa ningún peligro sino, por el contrario, representa un importante baluarte de salvaguarda de libertades y derechos de las personas (49).

En ese punto, la legalidad tiene un importante papel por desempeñar, en el sentido de posibilitar la separación entre el Derecho y la moral absoluta que, en realidad, es inexistente, pero no pocas veces se aplica bajo el manto ideológico de los que quieren imponer sus verdades a todos, despreciando los valores que democráticamente se han implantado en el ordenamiento jurídico.

Con esto no se pretende decir que exista una separación absoluta entre Derecho y moral, sino que la moral siempre es relativa (50) y, aunque se introduzca en el derecho y los aplicadores del derecho deban tenerla en cuenta (51), al derecho no se le puede dar una aplicación ideológica, en el sentido de imponer su moral, como absoluta, como *justa,* despreciando la moral electa (52).

Así, la seguridad jurídica, como un principio de derecho (53), se fue aceptando como un componente importante de un Estado de Derecho y, lejos de servir a abusos estatales (54), sirve a la libertad y a la posibilidad de desarrollo

---

(48) *Op. cit.*, pág. 59.

(49) Véase al respecto: MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, págs. 33-4.

(50) Cuando «si no presupone cualquier *a priori* como dado, es decir, si no presupone cualquier valor moral como absoluto, no se tiene ninguna posibilidad de determinar qué se tiene que considerar, en todas las circunstancias, por bueno y malo, justo e injusto» (KELSEN, Hans*, op. cit.*, pág. 73).

(51) Lo que parece defender ALEXY, al defender la ponderación. No se trata, no obstante, de una moral absoluta, sino de una relativa, elegid por el proceso democrático.

(52) En ese sentido, afirma MEZQUITA DEL CACHO que «la idea de legalidad imprimió carácter a los pueblos de Occidente que la pusieron en práctica, y en los que pasó a ser trasunto de una nueva ética civil que independizaba al Derecho de la Moral religiosa, habiendo una gran libertad para adecuar el contenido de los ordenamientos jurídicos al respectivo contexto socioeconómico externo» (*op. cit.*, pág. 63).

(53) Por su propia naturaleza, relativo.

(54) Eventual abuso estatal está vinculado no a la seguridad jurídica, sino a la comprensión preestablecida de verdades impuestas como absolutas, la cual tiene como virtud distorsionar la visión racional-relativa de múltiples conceptos, tales como la justicia o la seguridad.

de los seres humanos siendo, de esta forma, fundamental para la concreción de la dignidad humana.

En ese punto, alerta MEZQUITA DEL CACHO que «la Ciencia Política se ha percatado de que la Seguridad Jurídica auténtica [...] es [...] un factor tan decisivo para la estabilidad del Estado como pueda serlo la realización de la Justicia individual», así como «la Seguridad Jurídica se ha consolidado como noción medular de la Teoría General del Derecho. Pero [...] El sistema habrá de cohonestar al máximo la juridicidad formal con la justicia material, pues aquella nunca se forma solo a base de rigor y corrección técnicos» (55).

Hay que permanecer atentos a la relatividad de los valores en cuestión, y a su concreta valoración pues, si la legalidad, en su origen, tuvo una relación pacífica con la libertad y con la justicia, fue esta la que las posibilitó a través de la liberación de la arbitrariedad y del sofocamiento estatal, su absolutización puede significar efectivo contraste con la libertad y la justicia material.

Pretender que cualquiera de esos valores sea absoluto, que sea una verdad preconcebida y no-pasible de discusión, es permitir situaciones ideológicas distantes de la realidad de la vida, irracionales, elegidas e impuestas por alguien, como si fuesen de todos.

La seguridad, vislumbrada primordialmente por la legalidad, considerada como valor absoluto, terminará sofocando la libertad y la justicia; la justicia, en su misma condición, sofocará la libertad y la seguridad (y se transformará en injusticia); la libertad, absoluta, matará la justicia y la seguridad.

Solamente la certeza aportada por la legalidad (56), vinculada a la justicia y a la libertad, consistirán en la verdadera seguridad jurídica (57).

La seguridad jurídica, en dosis adecuadas, es esencial para el mantenimiento de la libertad individual (58), mediante el alejamiento de la arbitrariedad estatal, así como a través del reconocimiento de un espacio para la acción libre y autónoma de la voluntad humana (59).

La seguridad jurídica significa también protección a la confianza (60). Significa que las personas pueden confiar en el Derecho establecido, pudiendo

---

(55) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.,* págs. 40-1.

(56) Nos muestra LÓPEZ DE OÑATE que la exigencia de certeza de la norma, y la consecuente certeza del derecho, siempre se han sentido como indispensables para la convivencia social ordenada (*La certeza del derecho*, pág. 73).

(57) MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, v. 1, pág. 190.

(58) No «hay libertad posible sin una base de igualdad entre la Ley y un mínimo equilibrio de poder entre los sujetos del contrato» (MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 192).

(59) A lo que JELLINEK denominó *status negativo* o *status libertatis* (ALEXY, Robert*, op. cit.*, págs. 222-6).

(60) «Que la confianza se actúe por medio de la norma, ese es el dato singular y específico de la experiencia jurídica, así como el elemento totalmente peculiar a través del cual la experiencia jurídica ejerce su magisterio» (LÓPEZ DE OÑATE*, op. cit.*, pág. 76).

así programar sus actividades, especialmente las económicas, y anticipar las consecuencias de sus actos, previendo las posibles intervenciones estatales (61).

Los que actúan de acuerdo con una legítima expectativa en el derecho establecido, deben contar con la protección de esta confianza. La seguridad en ese sentido tiene una profunda importancia para la vida productivo-económica de las personas, dado que esta es la que motiva que se pueda saber lo que está permitido y lo que no lo está, facultando, por lo tanto, una programación racional a largo plazo.

La protección de la confianza es un precepto que se integra en el principio de la seguridad jurídica.

La protección del que ha confiado legítimamente en la legislación establecida —y más reducidamente, en la actuación de otra parte— no puede ver su expectativa frustrada sin que exista motivo racional para ello.

En cierta forma, la confianza se puede traducir por previsibilidad, que implica, como ya observó PONTES DE MIRANDA, entre otras cosas, la aplicabilidad general y efectiva de la norma jurídica, la continuidad de la legislación, y la irretroactividad (62).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional español decidió que la seguridad jurídica, «incluso sin que se pueda erigir en valor absoluto [...] sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (63).

Tal aspecto de la seguridad exige que las leyes no puedan tener efectos retroactivos para regular situaciones producidas con anterioridad, así como debe existir certeza con relación a la norma aplicable, en cuanto a su contenido y, también con respecto a su efectivo respeto (64).

La certeza de la norma jurídica, y la consecuente seguridad que de ella deriva, son bienes adquiridos por la humanidad a través de la experiencia jurídica (65).

La seguridad también viene dada mediante la claridad y la precisión legal.

La norma debe ser clara, pasible de entendimiento por parte de sus destinatarios. Además, debe existir estabilidad normativa. La producción normativa desenfrenada y confusa, y la alteración fácil de la norma, en virtud de los gustos efímeros, son contrarias a la seguridad según este raciocinio.

---

(61) HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 187.

(62) *Op. cit.*, pág. 207.

(63) Sentencia 150/1990. MARTÍN REBOLLO, Luis, *Constitución Española,* pág. 64.

(64) Afirma LÓPEZ DE OÑATE que «la certeza del derecho se traduce en certeza de la acción y en posibilidad de la acción» (*op. cit.*, pág. 78).

(65) LÓPEZ DE OÑATE*, op. cit.*, pág. 74.

Mientras tanto, tal estabilidad no se debe entender como rigidez en exceso, pues en ese caso la legislación podría quedar demasiado desfasada con relación a la vida. Así, para evitar la alteración legislativa, es preferible la actuación hermenéutico-adaptativa de la jurisprudencia, bien como la utilización, por el legislador, de conceptos generales, cláusulas generales y conceptos indeterminados (66), que conceden larga vida al texto legal, al hacerlo elástico.

La utilización por el legislador de conceptos generales, conceptos indeterminados y cláusulas generales, no viola *a priori* la necesidad de que los preceptos legales sean precisos, es decir, que no violen el principio de la seguridad jurídica, dado que estos deben contener los límites de su aplicación y permitir la identificación de las situaciones jurídicas de aplicación, correspondiendo a los Tribunales el papel de interpretación y concreción (67).

## 2. RACIONALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Una vez visto lo que se entiende por seguridad jurídica, es necesario intentar responder a la cuestión de cómo alcanzarla en el estado actual del Derecho, en el que se supera la idea de un ordenamiento jurídico herméticamente cerrado y completo, cuya única necesidad por el aplicador es la de subsunción.

¿Cuál es el instrumento que permite al Derecho encontrar la seguridad en la medida adecuada, permitiéndole confrontar este principio con otros que le sean contradictorios en el caso concreto? ¿Cómo buscar la solución para el conflicto? ¿Cuál es la actuación legislativa, jurisprudencial y administrativa referente a los ideales de seguridad jurídica?

### 2.1. La racionalidad como concreción de la seguridad jurídica

Al estar íntimamente vinculada la seguridad jurídica con la idea de legalidad, esta se ha vinculado tradicionalmente con el positivismo jurídico, por identificarse con la regla jurídica escrita y la subsunción.

Se identifica —y se critica— la seguridad con un ordenamiento jurídico cerrado, completo y escrito, en que el aplicador lo único que hace es un ejercicio de subsunción.

---

(66) Heck, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 206. El autor citado también destaca en la página 208 de la obra comentada, que «el uso, por el legislador, de conceptos jurídicos indeterminados no le exime de formular la prescripción, en lo que se refiere a los presupuestos y al contenido, de forma que aquellos que se vean afectados por esta, puedan reconocer la situación jurídica y orientarse en conformidad con la misma».

(67) Heck, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 208.

Se contrapone, en ese sentido, seguridad jurídica y positivismo, justicia y iusnaturalismo. Esta visión, no obstante, está superada como hemos visto arriba. Ya sea porque la seguridad jurídica y las normas positivadas no pueden abstraer totalmente las cuestiones morales, ni pueden dar respuestas absolutamente verdaderas, ni hay un sistema cerrado, tanto como porque identificar la justicia con el iusnaturalismo supone una visión miope, pues este se encuentra vinculado umbilicalmente a valores absolutos preconcebidos e incuestionables, que frecuentemente se prestan a todo tipo de manipulaciones y a regímenes absolutistas (e injustos).

Como hemos visto, la seguridad jurídica es un principio fundamental en un Estado de Derecho, y posibilita, cuando se orienta adecuadamente, el alcance de la libertad y dignidad humanas.

El desprecio por la seguridad jurídica, bajo el manto iusnaturalista, implica un autoritarismo moral, dado que su premisa es la imposición de verdades consideradas absolutas, preconcebidas e impuestas, independientemente de cuáles sean (justicia, igualdad, etc.).

Por otro lado, el apego excesivo a la norma positivada y a la subsunción, sin posibilidad de ponderación, implica una rigidez artificial del ordenamiento, que lo distancia de la vida, y lo convierte igualmente en impuesto y, en cierta forma, difícil de aceptar.

La solución está en la ponderación racional.

En la medida en que no hay una moral absoluta, la elección de la moral que será acogida por la legislación, así como aquella que será acogida en el proceso hermenéutico, debe realizarse de forma racional, dentro de un proceso que legitime la elección.

Esta interpretación no se concilia con una visión superada del positivismo, en el que se considera posible un sistema herméticamente cerrado y completo, en el que todas las respuestas están en la norma positivada, y para cada caso solo hay una respuesta posible, suministrada por la subsunción realizada por el aplicador.

Mientras tanto, todo enunciado normativo (68) requiere interpretación y, en esta, siempre hay varias posibilidades de respuesta, y no una única. Toda interpretación dispone una especie de cuadro interpretativo que contiene una serie de interpretaciones posibles de la norma, se puede decir, una serie de verdades posibles (69), entre las cuales, el intérprete debe elegir la más adecuada al caso, teniéndose en cuenta el derecho establecido y no sus *verdades* personales. La interpretación debe ser científica y no ideológica. La interpretación que se

---

(68) Ilustra ALEXY que las disposiciones de derecho consisten en los enunciados contenidos en los textos normativos, al mismo tiempo que, la norma de derecho, es la norma que deriva directamente de estos enunciados (*op. cit.*, pág. 48).

(69) Véase, al respecto, KELSEN, Hans*, op. cit.*, págs. 390-1.

mantiene dentro de este cuadro interpretativo, fiel a los valores elegidos por el legislador, es posible y conforme al derecho.

La primacía del derecho es la que determina que «le corresponde al derecho la prioridad sobre todos los restantes criterios» (70), sin que se pueda dejar de lado, simplemente suprimirse, en nombre de ideologías personales-factuales que parezcan adecuadas (71).

### 2.2. La racionalidad en la elaboración legislativa

El proceso de elaboración legislativa incide en la juridización de valores morales que se seleccionan en el proceso democrático, como dignos de tutela. En este proceso se eligen los valores que serán incorporados al ordenamiento jurídico y que orientarán las actitudes individuales y estatales (72).

En la medida en que no existe una moral absoluta (73), los valores que se incorporarán al ordenamiento jurídico se seleccionan dentro del proceso democrático, no obstante, esta elección debe pautarse en criterios racionales de elección, que permitan a las personas a las que se dirige la norma jurídica entender, también racionalmente, los criterios adoptados y, con eso, seguirlos de forma no-refractaria.

En ese sentido, la racionalidad en el proceso legislativo es sumamente importante para la seguridad jurídica y para la legitimidad de la norma.

En proceso de elección, no hay una posibilidad ilimitada de opciones; no hay una arbitrariedad sin límites.

En primer lugar, la Constitución se debe respetar. El principio de la prioridad de la Constitución es el que determina que ningún acto estatal puede atentar contra la Constitución, incluyéndose la legislación infraconstitucional (74).

---

(70) Hesse, Konrad, *op. cit.*, pág. 163.

(71) En ese sentido, Konrad Hesse aporta una importante lección: el derecho «también vincula, entonces, cuando esto se vuelva incómodo, cuando necesidad o utilidad en forma de razones "político-estatales", "intereses estatales preponderantes" o semejantes parezcan demandar desvíos de la legalidad. Solamente entonces, el estado de derecho puede desarrollar su efecto legitimador y estabilizador, cuando el derecho se mantiene frente a resistencias» (*op. cit.*, pág. 163).

(72) En la medida en que no existen valores absolutos, sino valores relativos.

(73) Una moral absoluta, que represente una verdad absoluta, son aspiraciones de regímenes totalitarios, que invocan tal verdad como preconstituida, y dotada de una legitimidad superior, siendo necesario para ello, sofocar la legalidad o distorsionarla.

Afirma Konrad que siempre «las aspiraciones totalitarias han conducido su lucha con la afirmación de una legitimidad superior, se han servido de la "legitimidad" contra "la legalidad" y han intentado socavar esta legalidad y entonces, cuando han alcanzado su objetivo, insisten incluso con más rigor en la observancia de su legalidad» (*op. cit.*, pág. 165).

(74) Véase Hesse, Konrad, *op. cit.*, pág. 165.

La primacía del derecho significa, bajo la óptica legislativa, la vinculación de los particulares, y del propio Estado, a decisiones de mayoría de los cuerpos legislativos (75).

En la medida en que no existen valores absolutos, y que no hay espacio para todos los valores, a través del juego democrático se eligen los valores que se incorporarán al ordenamiento jurídico, mediante decisiones de mayoría.

Además del respeto a la Constitución, es necesario observar que la primacía del derecho incide en la presencia de determinados contenidos en los cuerpos legislativos, porque integran los derechos fundamentales y derivarán del Estado de Derecho (76).

Con relación a tal contenido mínimo y obligatorio, Konrad HESSE afirma que lo integran la protección de la libertad, la igualdad, la propiedad, la prohibición de tribunales de excepción, etc. (77).

La retroactividad de la ley, para abarcar situaciones que le son previas, queda vetada como derivación de la garantía de seguridad jurídica.

La ley, además, debe ser clara.

La seguridad jurídica y el Estado de Derecho exigen que la producción legislativa no sea un proceso sujeto a la arbitrariedad.

Por sí mismo, el paso de un sistema absolutista a un sistema con parlamento significa un avance decisivo para la superación del riesgo de arbitrariedad, no obstante, esto no es suficiente (78).

La eliminación de la arbitrariedad depende de la existencia de un proceso regulado por el propio ordenamiento jurídico, y fiscalizado por un Tribunal Constitucional, con poder de análisis sobre las formalidades del proceso legislativo así como sobre la racionalidad de las elecciones legislativas.

Esto le permitirá al Tribunal Constitucional revisar actuaciones legislativas formalmente válidas bajo un punto de vista de la racionalidad de las elecciones legislativas, con el fin de alejar la arbitrariedad por razones que pueden ir desde la inestabilidad (alteraciones frecuentes y contradictorias de ley, por ejemplo) a la tendenciosidad (v.g., una ley discriminatoria), pasando por una excepcionalidad injustificada (79).

No se aceptan subjetivismos en el proceso legislativo. La ley debe ser objetiva y racionalmente elaborada.

No se debe olvidar la finalidad de estabilidad de la legislación que deriva de la seguridad jurídica, la cual, para cumplirse, debe suprimir los cambios frecuentes y no-racionalmente explicables de la legislación.

---

(75) Véase HESSE, Konrad*, op. cit.*, pág. 165.

(76) Afirma HESSE que, en ese punto, el Estado de Derecho se transforma en Estado de Derecho material (*op. cit.*, pág. 167).

(77) *Op. cit.*, págs. 168-9.

(78) MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 159.

(79) Véase MEZQUITA DEL CACHO, José L.*, op. cit.*, pág. 160.

«La verdadera seguridad, la *confianza,* se asienta sobre razonables dosis de tradición, permanencia, estabilidad» (80).

Esto significa que la estabilidad debe ser la regla general y, el cambio, cuando esté racionalmente justificado, debe ser la excepción, y no debe quebrar la confianza establecida en las personas.

### 2.3. La jurisprudencia racional

La jurisprudencia desempeña un enorme papel, en especial la del Tribunal Constitucional, para la concreción de la seguridad jurídica por medio de una interpretación racional del Derecho.

Como guardián de la Constitución y de los dictámenes del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional debe asegurar la observancia de las *reglas del juego* establecidas, y velar por la no-arbitrariedad de las elecciones legislativas.

Así, la observancia de los derechos fundamentales, de la obediencia al derecho establecido, de la no-retroactividad, de la claridad de la ley, de la racionalidad de criterios, de la estabilidad, de la justicia material (81), entre otros dictámenes, deben ser supervisados por el Poder judicial, especialmente por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene un importante cometido en la concreción de la seguridad jurídica en este papel de guardián de los preceptos constitucionales, garantizando los postulados del Estado de Derecho, impidiendo, por ejemplo, la usurpación de uno de los poderes del Estado por otro, al mismo tiempo que garantiza los derechos fundamentales (82).

La jurisprudencia tiene que desempeñar un gran papel en la interpretación del Derecho, y, en esa tarea, sobresale la labor en el establecimiento del contenido de los principios y en la resolución de las colisiones entre ellos, que se establecen en los casos concretos.

En la medida en que los principios son mandatos de optimización, su contenido se va completando con las decisiones judiciales (83). Asimismo, tales de-

---

(80) Mezquita del Cacho, José L., *op. cit.*, págs. 169-70.

(81) En lo que se refiere a la justicia material, el Tribunal Constitucional alemán entiende que la seguridad jurídica debe tener primacía con relación a la justicia, en la medida en que debe existir respeto a los valores establecidos por el proceso democrático, pudiendo producirse, no obstante, corrección jurisdiccional cuando se produzca «una contradicción tan insoportable que la ley, como "derecho incorrecto", tenga que ceder a la Justicia» (ver, al respecto, Heck, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 194).

(82) Por esta razón, algunos autores afirman que el Tribunal Constitucional se trata de un cuarto poder, independiente y por encima de los tres poderes clásicos que son supervisados por este (véase Mezquita del Cacho, José L.*, op. cit.*, págs. 127-33).

(83) «Desde que conozco muchos casos particulares y condenso tales verdades de mosaico, puedo formular la proposición abstracta, que contenga los caracteres comunes a todas ellas» (Pontes de Miranda, F. C.*, op. cit.*, pág. 213).

cisiones no son arbitrarias, ideológicas, sino limitadas por el cuadrante impuesto por el legislador, dentro de la legitimidad del juego democrático, y racionales, es decir, son producto de una ponderación racional.

La concreción de los principios, y la resolución del conflicto de principios, deben resolverse mediante el principio de la proporcionalidad (84), a través de la ponderación.

La concreción de un principio debe producirse mediante una ponderación racional, respetando los límites constitucionales-legales, y suprimiendo la interpretación meramente ideológica.

De la misma forma, la solución para una colisión de principios debe buscarse mediante la ponderación, analizando racionalmente, qué principio tiene mayor peso en el caso concreto, frente a las circunstancias fácticas y jurídicas presentadas (85).

En palabras de Robert ALEXY, la colisión de principios «debería solucionarse "mediante una ponderación de los intereses contrapuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de establecer cuál de los intereses, que *tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto»* (86).

La ponderación, racional reitérese, deberá tener en cuenta las condiciones concretas y las limitaciones jurídicas constitucionalmente establecidas, y apuntará que, mediante ciertas condiciones fácticas y jurídicas, determinado principio tiene mayor peso y, por lo tanto, preeminencia, sobre otro principio (87).

La concreción principiológica debe darse mediante la ponderación, racional.

Por ello los principios son razones *prima facie* (88).

La actividad de interpretación siempre será necesaria, ya se trate de regla o de principio, pues el derecho abstracto gana vida, se concreta, mediante una tarea de interpretación. No obstante, el aplicador del derecho no puede excluir la ley.

La interpretación racional del derecho, mediante la subsunción de las reglas y la ponderación de los principios, puede y debe producirse, de forma racional,

---

(84) «Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. El subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto,* es decir, el mandato de la ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. [...] Del subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas» (ALEXY, Robert*, op. cit.*, pág. 92).

(85) Con respecto a la posibilidad-necesidad de analizar el caso concreto racionalmente, dentro de los límites jurídicos, pero teniendo en cuenta las peculiaridades jurídico-fácticas, PONTES DE MIRANDA aporta una interesante lección al recordar que «no es preciso igualar y reducir todos los individuos a un solo tipo con el fin de resolver, mediante el socialismo, el problema humano: socializar, no es nivelar, sino generalizar y, no solo pueden variar los casos particulares y las proposiciones sin que las reglas generales varíen, sino también es esencial a la vida» (*op. cit.*, pág. 216).

(86) *Op. cit.*, pág. 72.

(87) Vea al respecto ALEXY, Robert*, op. cit.*, págs. 71-6.

(88) Ver ALEXY, Robert*, op. cit.*, págs. 82-4.

pero dentro de los límites establecidos democráticamente. La superación de las reglas establecidas bajo el manto de ideologías, independientemente de las que sean, no es posible, ni deseable, corriéndose el riesgo de contradecir el principio de seguridad jurídica así como de contrariar el Estado de Derecho.

Sostiene Konrad HESSE que la primacía del derecho, no obstante, no significa distancia de la realidad o inmovilidad, ya que hay necesidad de interpretación, actualización y concreción de las normas jurídicas, existiendo incluso un derecho no-escrito, pero eso «no abre ninguna posibilidad de esquivar la «ley», con apoyo en el «derecho» porque esto conduciría a una eliminación de las funciones constitucionales y privaría a la *lex scripta* del efecto racionalizador y estabilizador que, según la Constitución, le debe corresponder a esta» (89).

La vinculación jurídica es sumamente valiosa, en la medida en que afecta a todos. No solo a los particulares sino también al poder público; no solo a las minorías sino también a las mayorías. Esta garantiza la imparcialidad del derecho (90).

La interpretación así, aunque creadora de derecho, no es algo arbitrario sino algo que el Derecho establecido debe respetar.

Respetar tales límites, evitándose eventuales interpretaciones ideológicas, es fundamental para una interpretación racional, que respete la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

En la labor hermenéutica siempre hay un abanico de posibilidades, dentro de las cuales el intérprete puede actuar, eligiendo la que sea más adecuada al caso concreto frente a criterios racionales, analizados y motivados (91). Asimismo, la actuación fuera de este ámbito, o incluso la elección dentro del mismo, motivada por valores absolutos y no por una elección racional, no son posibles y afrontan los principios constitucionales citados.

La actuación del juez en la aplicación del derecho debe producirse dentro de un esquema de posibilidades interpretativas que respeten los valores acogidos

---

(89) *Op. cit.*, págs. 163-4.

(90) Ver HESSE, Konrad, *op. cit.*, pág. 164. Asimismo, el aludido autor explica que «una mayoría puede establecer un derecho que, en lo esencial, corresponde a sus intereses; pero ese derecho debe ser constitucional; pudiendo también volverse contra sí mismo, porque cada establecimiento de derecho en el estado de derecho significa autovinculación. El Derecho puede, por consiguiente, convertirse en expresión de intereses particulares solo limitadamente; permanece, en virtud de su primacía, como una grandeza relativamente autónoma, y esa relativa independencia del derecho de intereses alternantes y corrientes políticas se confía a quienes tienen que aplicar el derecho».

(91) Sostiene MEZQUITA DEL CACHO que en la labor de interpretación del derecho «siempre habrá recreación del Hecho [...] pero también del Derecho [...]; y en lo uno y en lo otro hay gran proporción de libertad de criterio, no solo electiva, sino creativa, dentro de un proceso intelectual que combina conciencia y voluntad», criticando, no obstante, el llamado «"uso alternativo del Derecho", que es una proposición "eurocomunista"», al usurpar el juez funciones que no son suyas (*op. cit.*, págs. 136-40).

por el legislador; el juez no puede, a través de la hermenéutica, apoderarse de una función que es del legislador (92).

Nos valemos una vez más, en ese punto, de la lección de HESSE: «los límites de la interpretación constitucional están allí donde no existe establecimiento obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión conveniente del texto de la norma o donde una resolución entraría en contradicción unívoca con el texto de la norma» (93).

Conforme la lección de Luís Afonso HECK, la utilización por el legislador de conceptos legales indeterminados, no viola la exigencia de claridad de la norma, dado que los mismos se complementan mediante la actividad de los tribunales (94).

Hay que destacar que, aunque deba existir un respeto a la norma escrita, que no se puede suprimir ideológicamente, el derecho no se limita a la norma legal. Derecho y ley no coinciden necesariamente, aunque generalmente sí. De la misma forma, el aplicador de la ley no está limitado a su interpretación literal.

«La tarea del Poder Judicial puede exigir, en concreto, revelar y convertir en decisiones las representaciones de valores que son inmanentes al orden jurídico constitucional pero que no, o solo de forma incompleta, han llegado a la expresión en los textos de las leyes escritas [...]. Aquí, el juez debe protegerse de la arbitrariedad; su decisión debe basarse en argumentación racional» (95).

### 2.4. RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Asimismo, la administración pública tiene un papel decisivo en la consecución de la concreción del principio de la seguridad jurídica.

En primer lugar, cabe señalar que la primacía del Derecho también le afecta, en la medida en que se encuentra limitada a la legalidad, estándole vetada la arbitrariedad.

La administración se encuentra vinculada al Derecho, estando vetado el subjetivismo, la influencia de otros valores que no sean los derivados de la norma jurídica, independientemente de la naturaleza que sean (96).

---

(92) En ese sentido, afirma Luís Afonso HECK que «la aplicación jurídica creadora se realiza en el interior del trazado límite constitucional. Esta no constituye la manifestación del inadmisible despojo judicial, por medio del cual la voluntad reconocible del legislador se suprime y se sustituye por una voluntad judicial de intereses, hecha de forma autárquica. [...] en el camino de la interpretación no se debe atribuir un sentido opuesto a una ley, por el contenido y por el sentido, clara» (*op. cit.*, pág. 212).

(93) *Op. cit.*, pág. 69.

(94) *Op. cit.*, pág. 208.

(95) HECK, Luís Afonso*, op. cit.*, pág. 210.

(96) Ver HESSE, Konrad*, op. cit.*, pág. 164.

Deriva de la legalidad, originada en el principio de la seguridad jurídica, el hecho de que la administración pública se encuentre vinculada a la aplicación del derecho establecido, y solamente a este (97).

Así, la administración tiene el deber de respetar los derechos subjetivos de los ciudadanos, incluyendo especialmente los derechos fundamentales, los cuales le son oponibles. Está obligada a actuar de acuerdo con los valores establecidos en el ordenamiento jurídico, y no otros derivados de subjetivismos, por opción política, por ejemplo.

En ese sentido, por parte de la administración existe un poder-deber de autotutela de la legalidad de sus actos.

En nombre de la seguridad jurídica hay que señalar que la administración actúa en la esfera de desarrollo voluntario del derecho, con el fin de asegurar, en la mayor medida posible, la adecuación al ordenamiento jurídico en los actos privados, incluso antes de que se produzca el litigio. Este intento lo cumplen instituciones como la notarial y la registral, por ejemplo (98).

Es lo que se ha llamado de seguridad jurídica *a priori,* en oposición a la seguridad jurídica *a posteriori,* suministrada por el Poder Judicial una vez iniciado el litigio.

La administración pública, observando los principios de Estado de derecho y de seguridad jurídica, debe abstenerse de invadir la esfera del Poder Legislativo, salvo justificación racional. Así, por ejemplo, tal deber se encuentra en contradicción con el uso de Medidas Provisionales (99), sin que exista un fundamento racional que se encuentre amparado en las condiciones constitucionales que la autorizan.

También aquí, en la esfera de la administración, no existe posibilidad de arbitrariedad en la aplicación del Derecho sino que, al contrario, hay prioridad del Derecho, el cual debe respetarse.

La administración, al interpretar el Derecho, debe hacerlo de forma racional, respetando, además de los límites impuestos por el legislador, las opciones racionales ejercidas por el juzgador al interpretar el ordenamiento jurídico.

Se aplica aquí, en lo que proceda, lo que se ha mencionado antes sobre la actuación del juzgador al interpretar el ordenamiento jurídico, de forma racional, libre de ideologías preconcebidas, acatando los valores adoptados en el juego democrático.

---

(97) MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, pág. 93.

(98) Véase MEZQUITA DEL CACHO, José L., *op. cit.*, págs. 81 a 93-7.

(99) Acto administrativo, con eficacia de ley, previsto en el sistema jurídico brasileiro, en artículo 62 de la Constitución Federal.

## BIBLIOGRAFÍA

ADEODATO, João Maurício: *Ética & retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, 455 págs.

ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.ª ed. Traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 374 págs.

— *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed. Tradução de Carlos BERNAL PULIDO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 601 págs.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia (Coordenadora): *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 415 págs.

BERMEJO VERA, José: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Navarra: Aranzadi, 2005, 246 págs.

CACHAPUZ, Maria Cláudia: *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: safE, 2006, 303 págs.

CANARIS, Claus-Wilhelm: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.ª ed. Tradução de A. MENEZES CORDEIRO. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 311 págs.

CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecário*, 4.ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, T. II, 1929 págs.

CRUET, Jean: *A vida do direito e a inutilidade das leis*, Salvador: Livraria Progresso Editora, 1956, 266 págs.

DE FRADERA, Véra Maria Jacob: *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Paris II.

— «A vedação de venire contra factum proprium deve ser relacionada à quebra de confiança e à exigência de coerência contratual», in RUY ROSADO DE AGUIAR, Jr., *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, págs. 295-9.

EHRENBERG, Victor: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Tradução de Antonio PAU. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2003, 119 págs.

FABIAN, Christoph: *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2002, 176 págs.

FIGUEIRAS DACAL, Manuel: *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, Madrid: Dijusa, 2001, 381 págs.

GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Teoria da ciência jurídica*, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 287 págs.

HABERMAS, Jürgen: *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, 123 págs.

HAMILTON SIQUEIRA Jr., Paulo: *Teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, 396 págs.

HECK, Luís Afonso: *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: safE, 1995, 336 págs.

HESSE, Konrad: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso HECK. Porto Alegre: safE, 1998, 576 págs.

— *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar FERREIRA MENDES. Porto Alegre: safE, 1991, 34 págs.

HOBBES, Thomas: *Leviatan,* 2.ª ed. Tradução de Manuel SÁNCHEZ SARTO. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 618 págs.

KANT, Immanuel: *Crítica da razão prática*. Tradução de Antonio Carlos BRAGA. São Paulo: Escala, 2006, 191 págs.

— *Principios metafísicos del derecho*. Buenos Aires: Americalee, 1943, 221 págs.

KELSEN, Hans: *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 427 págs.

LARENZ, Karl: «Culpa *in contraendo,* dever de segurança no tráfico e "contato social"», en *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 34, abr.-jun., 2008, págs. 343-52.

LONGO, Mario: *Saggi critici di diritto dell'economia. Problemi di parte generale*. Milano: Giuffrè, 1965, 586 págs.

LÓPEZ DE OÑATE: *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, 212 págs.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica: estudios de derecho y sociología registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1995.

MARTÍN REBOLLO, Luis (edición preparada por): *Constitución Española*. Navarra: Thompson-Aranzadi, 2003, 243 págs.

MARQUES DIP, Ricardo Henry: «Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica e o risco de sua pontual agravação com o novo Código Civil brasileiro», in SILVA, Ulysses da (coordenador): *O novo Código Civil e o registro de imóveis*, Porto Alegre: safE, 2004, págs. 147-76.

MAURER, Harmut: *Direito administrativo geral*. 14.ª ed. Tradução del Dr. Luís Afonso HECK. Barueri: Manole, 2006, 955 págs.

MEZQUITA DEL CACHO, José L.: *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Bosch, 1989, 2 v.

MORELLO, U.; MIRABELLI, C., y MENOZZI, F. (A cura di): *Sicurezza delle contrattazioni: dalle opportunità alle regole nel mercato immobiliare*. Milano: Giuffrè, 1996. 226 págs.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio: *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR, 1996, 324 págs.

ORTIZ, Jose Maria Chico y. *Seguridad jurídica y revisión crítica de los princípios hipotecários*. Madrid: Marcial Pons, 1994. 136 págs.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 96 págs.

PASCAL, Georges: *Compreender Kant*. 3.ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, 206 págs.

PAULSEN, Leandro: *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 176 págs.

PEREIRA MENDES, Isabel: *Estudos sobre registro predial*. Coimbra: Almedina, 1999, 189 págs.

PESSÔA, Leonel Cesarino: «Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos», in PESSÔA, Leonel Cesarino (Org.): *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTR, 2007, págs. 41-50.

PEYREFITTE, Alain: *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, 634 págs.

PIMENTEL ALBUQUERQUE, Mário: *Princípio da confiança no direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 181 págs.

PONTES DE MIRANDA, F. C.: *À margem do direito*. 3.ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, 150 págs.

— *Sistema de ciência positiva do direito*. Campinas: Bookseller, 2000, T. IV, 519 págs.

— *Tratado de direito privado*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, T. I, 543 págs.

RODRIGUES MACIEL, José Fabio: *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, 160 págs.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Director): *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, 532 págs.

STEIN, Torsten: «A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha», in *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, págs. 93-117.

TRILLO-FIGUEROA, Federico, y cols.: *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales [s.d.]. 144 págs.

VASCONCELOS, Arnaldo: «Segurança do direito», in LIMONGI FRANÇA, R. (Coordenador): *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 67, págs. 267-70.

VOLPATO DUTRA, Delamar: *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*, Porto Alegre: Edipucrs, 2002, 310 págs.

ZUVILIVIA, Marina C.: *El notário y la seguridad jurídica*. Rosario: Juris, 2008, 214 págs.

WESTERMANN, Harm Peter: *Código Civil alemão; direito das obrigações; parte geral*. Porto Alegre: safE, 1983, 214 págs.

*RESUMEN*

*SEGURIDAD JURÍDICA*
*BRASIL*

*La seguridad jurídica es uno de los principios de derecho más importantes y deriva directamente del principio del Estado de Derecho.*

*De esta forma, aunque no se mencione expresamente, esta existirá como principio del ordenamiento jurídico.*

*Como principio que es, la seguridad jurídica no se puede definir rápidamente, consistiendo en una razón* prima facie *que debe ser aplicada por los Tribunales frente a las situaciones fácticas y jurídicas concretas, a través de una ponderación racional.*

*La ponderación y la argumentación racional deberán ser, de esta forma, los instrumentos de concreción de la seguridad ju-*

*ABSTRACT*

*LEGAL CERTAINTY*
*BRAZIL*

*Legal certainty is one of the most important principles of law, and it stems directly from the rule of law. Hence, even if it is not expressly mentioned, legal certainty will exist as a legislative principle.*

*Like any principle, legal certainty cannot be defined quickly. It consists in a* prima-facie *reason that must be applied by the courts to specific factual and legal situations, through rational deliberation.*

*Deliberation and rational argument are thus the instruments available to the judiciary for concretizing legal certainty, without contradicting legislation.*

*Ideological concretion, patterned into pre-established values, is not a valid way*

*rídica de los que dispone el Poder Judicial, sin contradecir el ordenamiento jurídico.*

*La concreción ideológica, pautada en valores preestablecidos, no es una forma válida de concreción de los principios jurídicos, incluyéndose en ella el principio en cuestión.*

*La ponderación, la racionalidad, será la forma legítima de concreción.*

*No solo la jurisprudencia debe ser racional con el fin de alcanzar la seguridad jurídica, sino también lo deben ser la administración, al interpretar las normas jurídicas, y el legislador, al crear las normas jurídicas.*

*La racionalidad impone el alejamiento de la completa arbitrariedad. Los límites, en nombre de la racionalidad, existen en todas las esferas de poder, y en esto se basa en gran medida la seguridad jurídica e, igualmente, en esto se fundamentan importantes derechos fundamentales de la persona.*

*of concretizing legal principles, including the principle at issue.*

*Deliberation, rationality, will be the legitimate form of concretion. Not only must case law be rational in order to attain legal certainty, but the administration must also be rational when it interprets legislation, and legislators must be rational when they create laws.*

*Rationality imposes a withdrawal from utter arbitrariness. Limits, in the name of rationality, exist in all spheres of power. Legal certainty is largely based on this fact, and important fundamental personal rights are founded on it as well.*

*(Trabajo recibido el 17-10-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# Concepto y eficacia de los principales acuerdos precontractuales en Derecho estadounidense

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
*Abogado en PricewaterhouseCoopers*
*LLM por la University of California, Berkeley*
*Doctor en Derecho*

*SUMARIO*

I. INTRODUCCIÓN.
II. LOS *AGREEMENT TO AGREE:*
A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO AGREE*.
B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO AGREE*.
III. LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE:*
A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO NEGOTIATE*.
B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*.
IV. LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING:*
A) CONCEPTO DE *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING*.
B) EFICACIA DE LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING*.
V. CONCLUSIONES.
VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Los acuerdos precontractuales se utilizan frecuentemente en el tráfico jurídico español en infinidad de operaciones distintas que van desde una compleja

compraventa de empresa a un simple precontrato de trabajo. Las figuras que más se utilizan son los precontratos, los acuerdos de intenciones y los *memoranda of understanding*. Los cuales, podrían equipararse a los *agreement to agree*, los *agreement to negotiate* y los *memoranda of understanding* en Derecho estadounidense. Y esos son precisamente los acuerdos precontractuales que se van a analizar en este artículo.

El uso reiterado de estas figuras no es una novedad, puesto que ya en el año 1950 el ilustre profesor DE CASTRO ponía de manifiesto que los tribunales españoles resolvían muchas disputas sobre estas figuras jurídicas (1).

A pesar del usual empleo de los acuerdos precontractuales en el tráfico jurídico, en nuestro ordenamiento no hay un claro concepto y una precisa eficacia de estas figuras. Esto se debe fundamentalmente a que la mayoría de ellos, excepto el precontrato respecto a la promesa de venta, no están regulados. La atipicidad de estos acuerdos ha motivado que tanto la doctrina como la jurisprudencia creen y utilicen diferentes teorías para explicar su funcionamiento en el tráfico jurídico y asignarles efectos.

A su vez, gran parte de estos acuerdos precontractuales son originarios de ordenamientos *Common Law,* como señala la doctrina española (2). Y ello ha implicado que su uso y adaptación al ordenamiento español se realice con una gran dosis de incertidumbre jurídica. Por ello, el propósito de este artículo doctrinal es analizar la configuración y la eficacia de las principales figuras en el ordenamiento estadounidense para facilitar su efectiva incorporación al Derecho español. Se ha elegido el Derecho estadounidense por ser uno de los grandes precursores de las figuras precontractuales y por su amplia influencia en el resto de los ordenamientos. Aunque a estos efectos hay que indicar que en Derecho estadounidense el Derecho de contratos es competencia estatal. En consecuencia, cada estado tiene su propia normativa y jurisprudencia particular. No obstante, hay unas directrices comunes en esta materia provenientes de la jurisprudencia compartida y de fuentes que gozan de predicamento a nivel nacional, como el *Uniform Commercial Code* (3) o el *Restatement of Contracts* (4). Dichas directrices son precisamente el objeto de estudio de este artículo doctrinal, que se basa en una labor de investigación realizada en una *doctoral dissertation* en la University of California, Berkeley.

---

(1) Cfr. DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil,* T. III, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.

(2) Cfr. Javier CAVESTANY, «Letters of intents, precontratos y otros acuerdos preparatorios», en *Expansión,* de 7 de junio de 2010.

(3) Cfr. UNIFORM COMMERCIAL CODE, § 1-201(20), 1-203, 2-179(3), 2-204(3), 2-305(1)(b), 2-309(3) (versión 2003).

(4) Cfr. RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 21, 27, 33, 87(2), 90 comment b and illustration 10,201, 205 (1981).

## II. LOS *AGREEMENT TO AGREE*

### A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO AGREE*

El Derecho estadounidense, como sucede con otros muchos ordenamientos, carece de una definición normativa de precontrato o de otro tipo de acuerdos precontractuales. Ni siquiera las fuentes secundarias (*secundary sources*) (5) más relevantes, como el *Uniform Commercial Code* o el *Restatment of Contracts*, contienen una definición.

No obstante, se podría decir que generalmente se entiende por precontrato (*agreement to agree*) (6), aquel que contempla la celebración de un contrato futuro (7). Así se han pronunciado numerosas sentencias estadounidenses, como *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.* y *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group*, *Inc.*

En ese sentido, uno de los diccionarios jurídicos más seguidos en Estados Unidos proporciona dos definiciones de acuerdos precontractuales utilizando el término *letter of intent* (8). Conforme a una definición, una *letter of intent* es «un acuerdo no ejecutable judicialmente que pretende vincular a las partes a negociar y celebrar un acuerdo futuro; es decir, una propuesta de acuerdo negociada con la intención de que un contrato final será celebrado formalmente y que ninguna parte estará vinculada hasta que el contrato final sea firmado» (9). Según la otra definición, una *letter of intent* es «un acuerdo plenamente ejecutable judicialmente que contiene términos suficientemente detallados así como una adecuada causa, pero dejando algunos detalles que deben de concretarse por las partes» (10).

Como puede observarse, la principal diferencia entre ambas definiciones es que el acuerdo sea ejecutable judicialmente. Y parece desprenderse de

---

(5) Es decir, fuentes del Derecho que no son directamente aplicables, pero sí muy influyentes a nivel nacional, por el seguimiento que la jurisprudencia y doctrina estadounidenses hacen de ellas.

(6) Esta es la denominación que más emplean los tribunales para referirse al concepto de precontrato que mayoritariamente se usa en el ordenamiento español como precontrato. Cfr. *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.* y *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group*, *Inc.* Además, este término expresa fielmente el concepto: acuerdo de acordar.

(7) Cfr. LAKE y DRAETTA, *Letters of intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, 2.ª ed., Butterworths, Londres, 1994, pág. 59.

(8) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, 8.ª ed., Thompson West, USA, 2004, pág. 74.

(9) En concreto, la definición en inglés dice: *«an unenforceable agreement that purports to bind two parties to negotiate and enter into a contract; esp. a proposed agreement negotiated with the intent that the final agreement will be embodied in a formal written document and that neither party will be bound until the final agreement is executed».*

(10) Específicamente la definición en inglés dice: *«a fully enforceable agreement containing terms that are sufficiently definite as well as adequate consideration, but leaving some details to be worked out by the parties».*

ambas definiciones que ello depende de que el precontrato sea lo suficientemente preciso, y que tenga una causa suficientemente adecuada como para poder ser ejecutado judicialmente. Es decir, es un reflejo de la regla conocida como *all or nothing,* por medio de la cual los tribunales suelen tender a conceder una eficacia equivalente al contrato proyectado o no dar eficacia alguna. Posicionamiento que también sigue en gran medida nuestra jurisprudencia.

Por otro lado, un problema de estas definiciones es que describen al precontrato únicamente por sus efectos. Pero los efectos son asignados por los tribunales a veces sin usar un criterio claro y uniforme. Por ello, el concepto estadounidense de precontrato (o *agreement to agree*) se relaciona con la referencia a la conclusión de un futuro contrato conforme a unas determinadas condiciones. Tal referencia se hace habitualmente a través de cláusulas contractuales que se conocen como *formal contract contemplated* (11), *written memorial* (12) o *subject to contract*. Estas cláusulas son las que claramente establecen que las partes únicamente estarán vinculadas por el contrato cuando estas hayan suscrito el contrato final. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la amplia categoría de los *agreements to agree* usualmente se incluyen los siguientes acuerdos precontractuales (13):

*a)* Los incompletos como contrato final, porque les falta algún elemento esencial.

*b)* Los que contemplan la obligación de suscribir un contrato formal, también llamados *contract to make a contract* o *agreements that contemplate a future writing* (14).

*c)* Los que contienen una condición para concluir el contrato final que está bajo el control de las partes, como la aprobación por su respectivo Consejo de administración.

*d)* Los que recogen condiciones para celebrar el contrato proyectado que son ajenas a las partes, como la concesión de un contrato por un tercero a alguna de las partes.

*e)* Los que estipulan condiciones para suscribir el contrato futuro que están parcialmente bajo el control de las partes, como la obtención de determinados resultados.

---

(11) Cfr. Rohwer *y* Skrocki, *Contracts in a Nutshell*, 6.ª ed., Thomson West, USA, 2006, pág. 25.

(12) Cfr. Second Restatement of Contracts, *op. cit.,* § 27.

(13) Cfr. Lake y Draetta, *op. cit.*, págs. 208 a 218.

(14) Cfr. Rohwer *y* Skrocki, *op. cit.*, pág. 25.

Como consecuencia de este amplio espectro (15) y de la falta de precisión terminológica, no es infrecuente que a este tipo de acuerdos también se les llame *letters of intent* (16). Típicamente, los *agreements to agree* se usan para (17):

*a)* Posponer la firma del contrato final y sus efectos (18).
*b)* Cumplir alguna formalidad requerida por el ordenamiento mediante la conclusión del contrato final.
*c)* Reducir el riesgo de futuros malos entendidos sobre el contenido de lo acordado (19).
*d)* Confirmar la intención de celebrar el contrato proyectado frente a terceros.

Los *agreement to agree* se utilizan para lograr el primer objetivo descrito cuando las partes no están en posición de poder suscribir el contrato final. A veces dicho retraso se debe simplemente a la voluntad de las partes. En esos casos, las partes usan habitualmente cláusulas contractuales para posponer la entrada en vigor. Otras veces, la postergación de los efectos se debe a circunstancias que no están bajo el control de las partes. Parte de la doctrina (20) usualmente pone como ejemplos de estas circunstancias la aprobación de la operación por terceros, como entidades financieras o agencias públicas. Pero este tipo de circunstancias parecen ajustarse mejor al concepto de condición resolutoria, puesto que la obligación nace con la celebración del *agreement to agree*, pero las partes están liberadas de su cumplimiento si tal condición se cumple. Consecuentemente, lo más probable es que cuando un *agreement to*

---

(15) Algunos tribunales han considerado la prórroga de un arrendamiento como un *agreement to agree*, Cfr. *Walker v. Keith*.

(16) Cfr. *Corpus Juris Secundum*, *Contracts* V. 17, West Group, 1999, USA, § 60, pág. 510, LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 59.

(17) En este sentido, FARNSWORTH dice que los precontratos tienen «la ventaja de que vinculan a una o a ambas partes a continuar con la operación pero posponen la preparación y la firma de la correspondiente documentación y el respectivo gasto como los honorarios de abogados, indemnizaciones e impuestos». Literalmente en inglés: *«the advantage that it binds one or both parties to carry through the transaction but postpones preparation and execution of the requisite documents and the attendant expense for such items as legal fees, indemnities, and taxes»*. Cfr. FARNSWORTH, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», *Columbia Law Review,* núm. 87, 1978, pág. 251. A veces, los *agreement to agree* son utilizados para establecer las condiciones del proceso negociador o recoger los acuerdos parciales alcanzados, creando confusión con el resto de acuerdos precontractuales que se utilizan en el tráfico jurídico estadounidense.

(18) Aunque este efecto también puede obtenerse de otras formas, como retrasando contractualmente su entrada en vigor.

(19) Cfr. ROHWER *y* SKROCKI, *op. cit.*, pág. 25. Este objetivo también puede lograrse, y es más adecuado conforme lo expuesto en este artículo, a través de los *memoranda of understanding*.

(20) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 59.

*agree* se utiliza de esta manera, su principal función sea facilitar la conclusión del contrato proyectado proporcionando una evidencia de lo ya suscrito.

El segundo objetivo expuesto frecuentemente aparece cuando la normativa impone algún tipo de requisito para tener eficacia en general, o conseguir un determinado efecto.

La tercera finalidad concurre habitualmente cuando las partes tuvieron la intención de celebrar un acuerdo que no contuviera algunos de los aspectos de la relación contractual, y que por ende, no constituyera el contrato final.

El cuarto objetivo suele aparecer cuando las partes necesitan la participación de terceras partes en la operación, como entidades financieras o consultores.

Por consiguiente, puede decirse que en Derecho estadounidense los *agreements to agree* son acuerdos precontractuales que contemplan la obligación de celebrar un futuro contrato. Estos acuerdos precontractuales son usados con el propósito de posponer la celebración del contrato final y sus efectos, de cumplir algún requisito normativo o de reducir el riesgo de malos entendidos respecto a lo acordado. Como puede observarse, esta noción es similar a la llamada teoría tradicional sobre el precontrato del ordenamiento español (21), centrando el objeto del precontrato en la obligación de suscribir el contrato proyectado.

### B) Eficacia de los *agreement to agree*

Debido a la falta de normativa (22), la eficacia de los *agreements to agree* es determinada fundamentalmente por pronunciamientos judiciales. Como la doctrina estadounidense señala, los efectos de los acuerdos precontractuales rara vez se deciden aplicando las normas referentes a la oferta y su aceptación. Sus efectos habitualmente se deciden en controversias sobre la intención de vincularse, la vaguedad de lo establecido, la facultad de representación de quien suscribe el acuerdo precontractual, la aplicación del *Statute of Frauds* o la interpretación del lenguaje utilizado en el acuerdo precontractual (23).

Los posibles efectos de cualquier acuerdo precontractual pueden resumirse en (24):

---

(21) Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pág. 395; Albaladejo García, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 13.ª ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008, págs. 443 y 444.

(22) Cfr. Rohwer *y* Skrocki, *op. cit.*, pág. 26.

(23) Cfr. Farnsworth, *op. cit.,* pág. 252, y Rohwer *y* Skrocki, *op. cit.*, pág. 26.

(24) Cfr. «Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions», en *Executive Legal Summary,* núm. 287, William A. Hancock ed., Business Laws, Inc. 2003, págs. 101.004 y 101.005.

*a)* No crear obligaciones contractuales.
*b)* Originar algunas obligaciones contractuales vinculantes (25).
*c)* Constituir el contrato final (26).

Algunos autores sugieren que hay cuatro fundamentos legales para imponer responsabilidades en virtud de cualquier tipo de acuerdo precontractual (27):

*a)* Enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*) derivado de las negociaciones.
*b)* Dolo (*misrepresentation*) durante las negociaciones.
*c)* Promesas concretas realizadas durante las negociaciones.
*d)* Obligaciones generales resultantes de las negociaciones en sí mismas.

---

(25) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc., Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp., John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Aunque hay que tener en cuenta que algunas sentencias han descartado esta posibilidad. Así, en *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group, Inc.,* el tribunal indicaba: «donde las partes han acordado que un *agreement to negotiate* o *letter of intent,* en su integridad, no es un documento legalmente vinculante, los tribunales de Minnesota han rechazado ejecutar una cláusula individual del documento como una promesa contractual independiente» *(«where the parties have agreed that an "agreement to negotiate" or letter of intent, in its entirety, is not a binding legal agreement, Minnesota courts have refused to enforce an individual provision of the letter as a freestanding "contract" promise»).*

(26) Los tribunales suelen concluir que se ha suscrito el contrato final conforme al concepto de acuerdo precontractual propuesto por FARNSWORTH. Según el citado autor, estos acuerdos «establecen la mayoría de los términos del contrato y las partes acuerdan estar vinculadas por dichos términos» *(«sets out most of the terms of the deal, and the parties agree to be bound by these terms»).* Esos son los criterios que los tribunales suelen aplicar para determinar la eficacia. Además, FARNSWOTH señala que estos acuerdos responden a la distribución de funciones entre los directivos y los abogados. Este autor propone dos niveles de eficacia que los tribunales no suelen seguir. En el primer nivel, las partes tienen la obligación de negociar los términos pendientes de concretar. A este respecto, FARNSWORTH comenta «un incumplimiento de la obligación de negociar justamente justificará, si es grave, el rechazo de la otra parte de ejecutar el acuerdo y, si el incumplimiento no es subsanado, en resolver el propio acuerdo y reclamar daños por el incumplimiento total del acuerdo en sí mismo. Los daños por dicho incumplimiento se basarán en los sufridos por la parte perjudicada y no estarán limitados al daño emergente» *(«a breach of the duty to negotiate fairly will, if material, justify the other party in refusing to perform under the agreement and, if the breach is not cured, in terminating the agreement itself and claiming damages for total breach of the agreement itself. Damages for such breach would be based on the injured party's under the agreement and would not be limited to reliance damages»).* Aunque FARNSWORTH enfatiza que únicamente en casos excepcionales habrá un incumplimiento total. En el segundo nivel de eficacia, si las partes no son capaces de concluir el contrato final, las partes están vinculadas por el «acuerdo original y el resto de términos se regirán por lo dispuesto de forma supletoria por los tribunales» *(«original agreement and the other matters are governed by whatever terms a court will supply»).* Por consiguiente, el fundamento de la responsabilidad en el segundo nivel de eficacia es el incumplimiento del contrato final. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.,* págs. 255 a 270. Esta postura parece correcta por cuanto conviene diferenciar entre la eficacia de la obligación de negociar de buena fe prevista en un *agreement to negotiate* y la eficacia de la obligación de suscribir el contrato final contemplada en un *agreement to agree.*

(27) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.* pág. 222.

Las principales figuras jurídicas que utilizan los tribunales para determinar la eficacia son (28):

1. *Promissory estoppel*. Esta doctrina jurídica considera que surge responsabilidad cuando concurren los siguientes elementos (29):

*a)* Una clara y concreta promesa emitida por una de las partes.
*b)* La promesa debe originar una expectativa en la que la otra parte confíe.
*c)* La parte perjudicada debe razonablemente confiar en dicha promesa.
*d)* Daños concretos y graves que se deben de producir por la confianza en la promesa.

2. *Restitution*. Esta figura jurídica se subdivide en dos categorías:

*a)* Contratos implícitos de hecho (*implied-in fact contracts*). También se les llama *common counts* o *quantum valebat* cuando se refieren a la entrega de bienes, o *quantum meruit* cuando comprenden servicios. En estos casos, la obligación surge del contrato no expreso que las partes han suscrito. Se considera que hay un contrato porque una de las partes ha solicitado un beneficio, ya sea en forma de entrega de un bien o de prestación de un servicio, la otra parte ejecuta lo necesario para la obtención de dicho beneficio, y la parte que lo solicitó acepta dicho beneficio (30).

---

(28) Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de acuerdos precontractuales que se consideran contratos vinculantes en sí mismos pueden implicar la condena a abonar daños de penalización *(punitive damages),* cuando el incumplimiento es especialmente contrario al ordenamiento (principalmente por dolo, fraude o coacción), y por ello se hace merecedor de un «castigo». Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 417, y *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(29) Cfr. *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.* Pero otras sentencias solo consideran tres elementos: 1. Era la promesa una que quien la hizo podría razonablemente esperar que originara una acción u omisión de algo concreto y relevante en relación a la promesa. 2. Produjo la promesa esa acción u omisión. 3. Puede la injusticia únicamente ser evitada con el cumplimiento de la promesa. Cfr. *Gruen Industries, Inc. v. Biller*. No obstante, no hay consecuencias prácticas en dicha diferencia. Probablemente la principal diferencia es la exigencia de una promesa clara y concreta. Pero como la carga de la prueba a este respecto se ha flexibilizado, el enfoque y el resultado del tribunal siguiendo una u otra lista de elementos es muy similar.

(30) Los *implied-in-fact contracts* son descritos por la jurisprudencia como «una forma de un contrato ejecutable; basado en una tácita promesa, que se infiere en todo o en parte de la conducta de las partes y no solo de sus palabras (…) Un *implied-in-fact contract* no se transcribe en palabras de promesa con suficiente claridad, de tal manera que el tribunal debe examinar e interpretar el comportamiento de las partes para llenar de contenido del contrato no expreso» *(«one form of an enforceable contract; it is based on a tacit promise, one that is inferred in whole or in part from the parties conduct, not solely from their words (…). A contract implied in fact is not put into promissory words with sufficient clarity, so a fact finder must examine and interpret the parties' conduct to give definition to their unspoken agreement»).* Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

*b)* Contratos implícitos en Derecho (*implied-in law contract*). También se les conoce como *quasi contracts*. En estos supuestos, se entiende que la obligación surge de la aceptación del beneficio no solicitado (31).

Como puede observarse, la principal diferencia entre uno y otro tipo de contrato implícito es el requerimiento previo del beneficio. Aunque en la práctica la distinción no es tan clara (32). Por esa razón, ambas doctrinas en muchas ocasiones se solapan y se aplican a los mismos hechos. Consecuentemente, los litigantes suelen alegar ambas categorías de *restitution*. La jurisprudencia usualmente analiza los siguientes aspectos para determinar si hay responsabilidad bajo esta doctrina (33):

i) No hay un contrato formal o petición de inicio de ejecución (pero sí puede haber una solicitud del beneficio).
ii) La ejecución se realizó de buena fe.
iii) La parte que ejecuta tiene que conceder un beneficio a la otra parte.
iv) La otra parte conoce el citado beneficio.
v) La otra parte ha aceptado o retenido el beneficio conferido.
vi) Las circunstancias son tales que no sería equitativo para el demandado retener el beneficio sin pagar un justo precio por ello.
vii) El resto de acciones legales han sido agotadas.
viii) La parte que ha ejecutado no ha recibido ninguna compensación por su trabajo.

A este respecto, hay que señalar que los tribunales valoran todos estos aspectos, aunque los elementos de la acción son los puntos iii), iv), v) y vi) (34).

---

(31) Los *implied-in-law contract* son definidos por la jurisprudencia como «no estar basados en la conclusión, mediante un proceso de deducción de los hechos, de un acuerdo entre las partes. Un contrato implícito en Derecho es una ficción legal, una obligación creada por la ley sin tener en cuenta el consentimiento de las partes a través de sus palabras o conducta (…) Esta ficción fue creada como una acción donde una parte se ha enriquecido injustamente, donde la parte que ha recibido el beneficio en esas circunstancias resulta injusto que lo retenga sin abonar una compensación» *(«not being based upon the finding, by a process of implication from the facts, of an agreement between the parties. A contract implied-in-law is a legal fiction, an obligation created by the law without regard to the parties´ expression of assent by their words or conduct (…) This fiction was adopted to provide a remedy where one party was unjustly enriched, where that party received a benefit under circumstances that made it unjust to retain it without giving compensation»).* Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(32) Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.* Desde el punto de vista práctico, la diferenciación no es tan relevante, ya que los tribunales aplican el mismo test para determinar que hay responsabilidad, y los daños derivados de dicha responsabilidad suelen ser los mismos.

(33) Cfr. *Watts v. Watts*, *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

(34) Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*

3. *Culpa in contrahendo.* Es una acción en equidad (*equitable remedy*) para los supuestos en los que no se concluye el contrato tras las correspondientes negociaciones (35). Por consiguiente, se considera una acción de responsabilidad extracontractual (36). Esta acción, cuya configuración es muy similar a la correspondiente acción disponible en Derecho español y otros ordenamientos continentales, únicamente está disponible en determinados territorios o estados como Puerto Rico (37) o Louisiana (38). La política legislativa de esta figura jurídica (*policy*) es proteger la confianza y la reciprocidad que puede generarse en una negociación. La justificación de esta figura es que los tratos preliminares pueden generar una relación social, que puede crear una legítima confianza de las partes. Siguiendo algunas sentencias, puede decirse que los elementos que los tribunales valoran para determinar que hay responsabilidad por *culpa in contrahendo* son (39):

*a)* El inicio de las negociaciones.
*b)* El desarrollo de las mismas.
*c)* El sentido de las negociaciones.
*d)* La conducta de las partes durante los tratos preliminares.
*e)* La fase en que las negociaciones terminan.
*f)* Las razonables expectativas de las partes respecto a la conclusión del contrato.

Cuando el análisis de estos elementos indica que una legítima confianza existe, los tribunales entienden que existe una obligación de continuar la negociación de buena fe derivada de la relación social (40). Esta obligación se incumple mediante la ruptura injustificada de las negociaciones. El interés principal es evitar el abuso de una de las partes en las negociaciones (41). Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que esta doctrina se aplica restrictivamente (42).

4. Inducción de infracción contractual (43). La aplicación de esta doctrina legal requiere la existencia de un válido contrato, la intención de interferir, la

(35) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*
(36) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*
(37) Cfr. *Ysiem Corp. v. Commercial Net Lease Realty, Inc.*, *Sloan Const. Co. v. American Renovation and Const. Co.*
(38) Cfr. *West Baton Rouge Parish School Bd. v. T. R. Ray, Inc.*, *Unit Two Architects, Inc. v. Modica*.
(39) Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*, *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*
(40) Siguiendo el concepto de *culpa in contrahendo* propuesto por IHERING.
(41) Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*. Aunque tiene que señalarse que el mismo interés es tenido en cuenta aplicando otras doctrinas jurídicas. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*
(42) Cfr. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*
(43) Esta denominación es la empleada en el artículo 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En Derecho estadounidense se denomina *tort of interference with*

efectiva intromisión y la generación de un daño (44). La principal sentencia que ha estimado esta acción es *Pennzoil, Inc. v. Texaco, Inc.*

Como puede observarse, los elementos de cada doctrina jurídica son distintos. Pero puede decirse que con independencia de la figura jurídica que finalmente se aplique al correspondiente acuerdo precontractual, los tribunales estadounidenses atienden al lenguaje del mismo, la conducta de las partes, su conocimiento como participantes del tráfico jurídico, el tipo de transacción y las cantidades de dinero involucradas en ella. Es decir, los mismos aspectos que suele valorar la jurisprudencia española (45).

A este análisis jurisprudencial hay que sumar algunas posiciones doctrinales interesantes. Así, desde la perspectiva económica de la materia *Law & Economics*, SCHWARTZ y SCOTT sugieren también tener en cuenta (46) para determinar si hay responsabilidad en virtud de un acuerdo precontractual:

*a)* Que las partes hayan acordado la clase de proyecto.
*b)* Que las partes hayan acordado una división operativa de facultades para realizar las inversiones que requiere el proyecto.
*c)* Que las partes acuerden de forma básica el orden de las acciones que se deben de realizar dentro del proyecto (47).

Como parte de la doctrina señala (48), hay una gran inseguridad sobre la cantidad de daños que pueden obtenerse al amparo de las doctrinas jurídicas mencionadas. Sin embargo, hay un gran consenso sobre la ausencia de un derecho a reclamar la obligación de dar o hacer contemplada en el acuerdo precontractual (49). Siguiendo a FARNSWORTH, puede decirse que la compensación por

---

*contract* y tiene su origen en la sentencia inglesa *Lumley v. Gye,* 2 E. & B. 216 (1856). Cfr. LAKE, R. B. - DRAETTA, U., *op. cit.*, pág. 139, y VIGURI PEREA, A., *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales,* PPU, Barcelona, 1994, pág. 75. Esta acción, como su propio nombre *(tort)* indica, es de responsabilidad extracontractual. Al respecto, el último autor mencionado entiende que en Derecho estadounidense la responsabilidad por los acuerdos precontractuales es extracontractual. Cfr. VIGURI PEREA, A., *op. cit.*, pág. 174.

(44) Cfr. VIGURI PEREA, A., *op. cit.*, págs. 75 y 76.

(45) Cfr. SSTS de 24 de mayo 1980, de 25 de junio 1993 y de 13 de octubre 2005, entre otras muchas.

(46) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review,* v. 120, enero de 2007, pág. 704.

(47) En consecuencia, de acuerdo con estos autores una desviación del orden de inversión acordado es un incumplimiento que faculta a la parte agraviada a reclamar el lucro cesante. Aunque dicha compensación estaría limitada al beneficio que se habría obtenido de dicha transacción. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.,* pág. 704.

(48) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.,* pág. 223.

(49) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.,* pág. 675. A este respecto conviene tener en cuenta que en Derecho contractual estadounidense excepcionalmente se concede la ejecución de una obligación de hacer *(specific performance),* porque se entiende que es una condena

una ruptura de las negociaciones puede incluir los costes incurridos durante la misma *(out-of-pocket costs),* cualquier empeoramiento de la situación que sufra la parte agraviada y las oportunidades que se hayan perdido como resultado de la ruptura de la negociación (es decir, el lucro cesante). Aunque según el citado autor (50), las doctrinas de enriquecimiento injusto *(unjust enrichment),* dolo *(misrepresentation)* y *promissory estoppel* no cubren generalmente el lucro cesante (51). La principal razón es la dificultad de calcular dichos daños cuando el contrato final no se ha concluido.

Generalmente se entiende que en el caso de enriquecimiento injusto *(unjust enrichment)* la compensación se limita al *restition interest.* Tal compensación incluye el beneficio que la otra parte injustamente ha recibido. Es interesante señalar que aunque ésa sea la intención, dicho beneficio puede no coincidir con el daño efectivamente creado y que debería ser compensado.

El *restitution interest* puede ser calculado mediante la mejora experimentada por la parte que recibe el beneficio, o a través del precio razonable que habría pagado el demandado a un tercero por los servicios o bienes comparables a los que debía prestar o entregar el demandante. En este sentido, puede comentarse una diferencia entre la doctrina de enriquecimiento injusto *(unjust enrichment)* y el contrato implícito de hecho *(implied-in-fact contract):* en la segunda el demandante no tiene que probar el beneficio del demandado (52).

FARNSWORTH también indica que la compensación debería estar integrada por los daños de confianza *(reliance damages)* (53) cuando la responsabilidad provenga de dolo *(misrepresentation), promissory estoppel* o de obligaciones generales surgidas de las negociaciones. Como él dice, la finalidad de dicha compensación es dejar a la parte agraviada en la misma situación que estaba antes del incumplimiento. Por consiguiente, dichos daños de confianza *(reliance damages)* (54) deberían incluir, dependiendo de las circunstancias particulares

---

de esclavitud, cuyo grado de cumplimiento es muy difícil, sino casi imposible de controlar. En los raros casos que se aplica son supuestos de obligaciones de carácter personalísimo o *intuitu personae,* a través de multas coercitivas. Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.,* págs. 442 y 443. Principio que no se aplica en Derecho español en virtud del artículo 1098 del Código Civil y 708 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(50) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.,* pág. 223.

(51) Aunque hay que tener en cuenta que hay sentencias que no excluyen esta posibilidad. Cfr. *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*

(52) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.,* pág. 223.

(53) Otros autores también sostienen que deben concederse *reliance damages,* aunque en un sentido más limitado, excluyendo el lucro cesante. Así, SCHWARTZ y SCOTT comentan: «no hay necesidad de proteger las expectativas del que recibió la promesa, lo cual sería muy difícil en cualquier caso para proyectos que nunca superaron la fase preliminar» *(«there is no need to protect the promisee's expectation, which would be difficult to do in any event for projects that never get past the preliminary stage»).* Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.,* pág. 704.

(54) Hay que tener en cuenta que este autor maneja un concepto amplio de *reliance damages* que incluye el lucro cesante. Sin embargo, generalmente se entiende que los *reliance*

de cada caso, los costes incurridos en la negociación, los daños provenientes del empeoramiento de la situación de la parte agraviada y de las oportunidades perdidas (55). Este autor a su vez propone algunos aspectos para determinar si tal lucro cesante debe concederse. Por ejemplo, el coste de atender varias oportunidades simultáneamente (56).

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta ahora, debe de tenerse en cuenta que los tribunales estadounidenses suelen listar los elementos para determinar qué tipo de acuerdo precontractual es y qué efectos tiene, pero los tribunales no especifican cómo valoran dichos elementos (57).

Al igual que ocurre con los acuerdos precontractuales en general, los tribunales estadounidenses se preocupan más por determinar los efectos de los *agreements to agree*, que de perfilar un concepto del mismo. Como podría presuponerse, los efectos de los *agreements to agree* dependen de lo dispuesto en el *agreement to agree* y de sus circunstancias particulares. Y es que, si bien esto sucede en cualquier ordenamiento, no conviene olvidar que dar una solución concreta teniendo en cuenta las particularidades del caso es una de las grandes premisas de los ordenamientos *Common Law*. Así podría decirse que los efectos que generalmente asignan los tribunales a los *agreements to agree* se pueden dividir en (58):

*a)* Un contrato vinculante equivalente al contrato proyectado (59). Los tribunales suelen conceder dicho efecto cuando «las partes acuerdan todos

---

*damages,* como su propio nombre indica, únicamente incluyen los daños incurridos confiando en las promesas de la otra parte. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.,* pág. 704, y ROHWER y SKROCKI, *op. cit.,* págs. 437 y 438. Por tanto, dichos daños no incluirían los perjuicios que no se han producido, como el lucro cesante.

(55) Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.,* págs. 224 a 229. Según este autor, hay algunas razones para no conceder el daño de las oportunidades perdidas, como el exceder el objetivo de la ley o la dificultad de probar los daños derivados de dichas oportunidades. Sin embargo, FARNSWORTH sugiere que hay determinados casos en los que tales daños sí deberían compensarse. En ese sentido, también se ha pronunciado parte de la jurisprudencia como *Hunter v. Hayes*.

(56) Pero como FARNSWORTH reconoce, en un estado avanzado de las negociaciones una parte puede razonablemente esperar que se negocie en exclusividad. Además, la exclusividad, o *no shop clause,* se incorpora habitualmente en los acuerdos precontractuales.

(57) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 676. Esto también puede constatarse en la jurisprudencia estadounidense que es analizada en este artículo.

(58) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.,* siguiendo otras sentencias como *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.* A este respecto debe destacarse el conflicto entre las políticas legislativas *(policy)* de no obligar a las partes a algo que no han acordado y de proteger a quien legítimamente confío en la promesa de celebrar el contrato. Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.* Este conflicto, aunque no sea tan expreso, también existe en el ordenamiento español y quizá debería ser tenido más en cuenta por nuestra jurisprudencia y doctrina.

(59) En palabras de FARNSWORTH, «las partes están sometidas al régimen del contrato final» *(«the parties are subject to the regimen of the ultimate agreement»).* Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

los aspectos que requieren negociación (incluyendo el estar vinculados), pero acuerdan recoger tales acuerdos en un documento más formal» (60). La clave para determinar este efecto es que todos los aspectos esenciales del contrato proyectado están acordados y que la celebración del contrato posterior responde a una mera formalidad. Este grado de eficacia tiene su análoga aplicación en ordenamiento español (61). A este tipo de *agreements to agree* a veces se les califica como *fully binding preliminary agreement* («acuerdo preliminar totalmente vinculante») (62).

*b)* Obligaciones vinculantes dependiendo fundamentalmente de lo establecido en el *agreement to agree* y la voluntad de las partes (63). Los tribunales usualmente suelen determinar que en los *agreements to agree* existe una obligación de negociar de buena fe (64). Algunas veces los tribunales se refieren a este tipo de *agreement to agree* como *binding preliminary commitment* (65) («acuerdo preliminar vinculante»). Habitualmente, los tribunales señalan que no hay *fully binding preliminary agreement* («acuerdo preliminar totalmente vinculante») a menos que todos los términos esenciales del contrato proyectado hayan sido acordados (66). Los tribunales han considerado que los *agreements to agree* pueden «hacer nada más que obligar a cada parte a actuar conforme al marco que fue acordado» (67).

*c)* Un contrato vinculante sujeto a determinadas condiciones resolutorias o suspensivas. Consecuentemente, cuando se establecen condiciones resolutorias, una parte puede estar liberada del cumplimiento si uno de

---

(60) En particular, la frase que repiten los tribunales es *«when the parties agree on all the points that require negotiation (including whether to be bound) but agree to memorialize their agreement in a more formal document».* Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*

(61) Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *op. cit.*, págs. 392 y sigs.; Albaladejo García, M., *op. cit.*, págs. 448 y sigs.

(62) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(63) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(64) Especialmente cuando los *agreement to agree* dejan algunos aspectos sujetos a negociación. Pero los tribunales requieren una aceptación de mutuo compromiso de negociar de buena fe para concluir el contrato final. Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(65) Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*

(66) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc.* Particularmente ilustrativa a este respecto es la sentencia *Walker v. Keith,* que señala: «los tribunales no deben utilizar sus poderes para establecer derechos contractuales que las partes, teniendo oportunidad de hacerlo, no los definieron» *(«courts should not expend their powers to establish contract rights which the parties, with an opportunity to do so, have failed to define»).* Pero debe tenerse en cuenta que hay una tendencia a interpretar los aspectos abiertos cuando la voluntad de las partes es vincularse. Dicha tendencia se basa algunos artículos de las *secondary sources* como el *Uniform Commercial Code y el Restatement of Contracts.*

(67) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.,* que en concreto en inglés indica: *«does nothing more than require each party to proceed with the framework as set out (in it)».*

los sucesos previstos en el *agreement to agree* ocurre. Sin embargo, cuando se incorporan condiciones suspensivas no hay contrato hasta que dicha condición se cumple (68). Esta configuración de los *agreement to agree* puede darse en los siguientes escenarios:

i) El acontecimiento previsto está fuera del control de las partes. Por ejemplo, en operaciones en las que están involucradas las autoridades que velan por el cumplimiento del Derecho de la competencia.
ii) El suceso se encuentra dentro del ámbito de control de las partes. Por ejemplo, la aprobación por su respectivo Consejo de administración.
iii) El acontecimiento es parcialmente controlado por las partes, como cuando el contrato está sujeto a concluir otro acuerdo entre las partes o alcanzar determinado número de ventas o ingresos. Pero para tener este efecto, el *agreement to agree* debe de recoger claramente la voluntad de las partes en este sentido.

d) Acuerdos nada vinculantes (69). Los tribunales determinan que no hay ningún efecto legal, ni siquiera una obligación de negociar de buena fe, cuando la voluntad de las partes es no vincularse (70).

---

(68) Cfr. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*. Hay que tener en cuenta que el resultado sería el opuesto si se recoge una condición resolutoria. Cfr. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*

(69) Esta postura es concordante con el primer enfoque que tuvieron los ordenamientos *Common Law* respecto a este tema. Según esa primera perspectiva, no se les concedía ningún efecto a los acuerdos precontractuales, porque se consideraba absurdo acordar celebrar un contrato proyectado cuando las partes no habían determinado todos los aspectos para estar contractualmente vinculadas. Así, en *Ridway v. Wharton,* 6 Clarck's H.L. Cases 238 (1856), Lord Wensleydale dijo: «un contrato para estar finalmente concluido debe comprender todos los aspectos que las partes pretendieron introducir en el contrato. Un acuerdo de concluir un contrato sobre unos aspectos que posteriormente se determinaran es una contradicción en sus propios términos (…) Hasta que tales aspectos han sido acordados un hombre es perfectamente libre de retirarse de las negociaciones» *(«An agreement to be finally settled must comprise all the terms which the parties intend to introduce into the agreement. An agreement to enter into an agreement upon terms to be afterwards settled between the parties is a contradiction in terms (…) Until those terms are settled he is perfectly at liberty to retire from bargain»).* Algunos países con ordenamientos *Common Law* todavía siguen esta primera corriente jurisprudencial, como es el caso de Inglaterra. Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 664. Este principio todavía se considera como una regla básica del Derecho contractual *(one of the basic rules of contract law)* en algunas sentencias, como *Rosenfield v. United States Trust Co.* El problema con este enfoque es que no tiene en cuenta que las partes acordaron algo. En consecuencia, es razonable pensar que una de las partes confío legítimamente en lo acordado. Por consiguiente, hay determinados casos en los que es completamente injusto no conceder efecto alguno a los *agreements to agree.*

(70) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

El criterio para asignar unos efectos u otros depende principalmente de dos factores:

*a)* Si las partes pretendieron estar vinculadas con la firma del *agreement to agree,* o si la voluntad de las partes era vincularse con la firma del contrato final. Esta es una cuestión fáctica que debe probar la parte que lo alegue (71).

*b)* Si el *agreement to agree* contiene todos los elementos esenciales que debe recoger el contrato final. Generalmente se entiende que un término es esencial cuando así puede inferirse de la voluntad de las partes y de la interpretación del *agreement to agree* (72).

No hay unas normas concretas para asignar los efectos en estas situaciones. Sin embargo, hay algunas directrices que los tribunales suelen seguir al respecto:

*a)* El *agreement to agree* no se considera no ejecutable judicialmente simplemente porque no estipula todos los posibles aspectos, o porque no anticipa cualquier contingencia que pueda surgir (73).

*b)* El *agreement to agree* no deja de ser vinculante porque haya algunos términos que tengan que precisarse en el futuro (74), o porque se deje algo para que se concrete en el futuro acuerdo (75). En este sentido, el *Uniform Commercial Code* o el *Restatement of Contracts* establecen que los *agreements to agree* pueden ser ejecutables judicialmente, incluso si relegan importantes aspectos al contrato final (76).

*c)* Una mera referencia a suscribir un contrato futuro en un *agreement to agree* que contiene todos los términos esenciales del contrato proyectado no imposibilita la existencia del contrato final, incluso si las partes no firman dicho contrato (77).

*d)* Una propuesta o un acuerdo precontractual sujeto a la celebración de un contrato formal, cuando tal suscripción es una condición esencial de eficacia, no es vinculante (78).

*e)* La voluntad de las partes se interpreta atendiendo a las circunstancias del caso. Así, en casos de arrendamientos, los tribunales han considerado

---

(71) Cfr. *Telemeter v. Teleprompter Corp.*

(72) Cfr. CORBIN, *Corbin on Contracts*, West Publishing Company, USA, 1993, edición revisada por Joseph M. Perillo, § 2.8.

(73) Cfr. *Rocklin v. Eanet*.

(74) Cfr. *Eno v. Prime Mfg. Co.*

(75) Cfr. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*.

(76) Cfr. SECOND RESTATEMENT OF CONTRACTS, *op. cit.*, §27 y 33 y UNIFORM COMMERCIAL CODE, *op. cit.*, §2.204(3) y su comentario 2-305(1)(b)(2003), *Coan v. Holbrook*, *Quake Construction, Inc. v. American Airlines, Inc.*, *Chicago Investment Corp. v. Dolins*.

(77) Cfr. *Vise v. Foster*.

(78) Cfr. *Adams v. Hazen*, *Cranfill v. Swann Petroleum Co.*

circunstancias como el nombre del acuerdo precontractual (79), si las condiciones pactadas son las habituales de los contratos de arrendamiento (80) o la indicación de la transmisión de la posesión (81). Aunque dichas circunstancias son valoradas conjuntamente con otros aspectos, y por lo tanto, no son determinantes.

*f)* Una cláusula negando la voluntad de vincularse puede que no tenga efectos legales (82). Algunas sentencias han considerado que tal cláusula no surtía efectos si otras circunstancias demostraban que el contrato se había concluido (83). Dichas sentencias han sido muy criticadas, puesto que una cláusula negando el carácter vinculante es probablemente la mejor prueba en ese sentido. Así, algunas sentencias han concluido que una clara estipulación en un acuerdo precontractual excluyendo su carácter vinculante imposibilita otorgar efectos legales al acuerdo precontractual, salvo que sea un caso de mala fe (84).

*g)* Hay una tendencia a estimar que cuando todos los términos han sido acordados se ha concluido el contrato, aunque se contemple la obligación de suscribir el contrato proyectado (85).

*h)* Cuando se ha acordado claramente un derecho u obligación, pero se dejan algunos aspectos por determinar, los tribunales suelen entender que tal derecho u obligación existe, estableciendo ellos los términos que faltaban por concretar (86).

*i)* Los usos del comercio (*comparative business conditions*) pueden utilizarse para interpretar las lagunas, cuando es claro qué usos deben aplicarse (87).

*j)* En caso de prórroga de arrendamientos, se suele exigir un método objetivo para colmar las lagunas que permita ejecutar las prórrogas (88).

---

(79) Cfr. *Feeley v. Michigan Ave. Nat'l Bank.*

(80) Cfr. *Byrd Companies, Inc. v. Birmingham Trust Nat'l Bank*.

(81) Cfr. *In re Wonderfair Stores, Inc*.

(82) Cfr. Second Restatement of Contracts, *op. cit.,* § 21.

(83) Cfr. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc.*

(84) Cfr. *R.G. Group, Inc., v. Horn & Hardart Co.*, *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*

(85) Cfr. *Jack Baker, Inc. v. Office Space Development Corp.*

(86) Cfr. *Sumners v. Hohenberger*.

(87) Cfr. *Walker v. Keith*.

(88) Cfr. *Jackson v. Pepper Gasoline Co.* Al respecto algunas sentencias han considerado que la decisión por un árbitro es un método objetivo. Cfr. *Walker v. Keith.* No obstante, otras sentencias han ejecutado prórrogas por un precio razonable. Cfr. *Edwards v. Tobin.* Otras han incluso ejecutado este tipo de acuerdos en cumplimiento de la voluntad de las partes, cuando la cláusula establecía que la prórroga se regulará por los mismos términos del arrendamiento, pero la «renta será determinada mensualmente». Cfr. *Cassinari v. Mapes.*

*k)* No hay contracto final cuando una parte colma las lagunas de forma diferente a lo estipulado (89), o añade términos a los previamente acordados (90).

KNAPP propone los siguientes elementos como indicadores de falta de voluntad de vincularse, una vez que el *agreement to agree* ha sido concluido (91):

*a)* Que el contrato proyectado requiera formalizarse por escrito conforme a lo establecido en el *Statute of Frauds*. Aunque conviene tener en cuenta que este criterio sobre la formalidad puede carecer de sentido en Estados Unidos, y de ahí la aplicación de la regla del todo o nada (*all or nothing*), puesto que normalmente la única formalidad conforme al *Statute of Frauds* es otorgar el contrato por escrito. Y dicha formalidad ya se cumple con el *agreement to agree*.
*b)* Que el contrato proyectado verse sobre grandes cantidades de dinero.
*c)* Que el futuro contrato tenga numerosos aspectos que deban acordarse.
*d)* Que el contrato previsto no es uno típico o habitual del tráfico jurídico para que el se pueda emplear un modelo estándar.
*e)* Que las partes no quieran iniciar la ejecución antes de la firma del contrato proyectado.

A su vez, KNAPP sugiere los siguientes aspectos como señales de voluntad de quererse vincular (92):

*a)* Que ninguna norma requiera un contrato formal para su eficacia o, si lo hace, que las partes hayan cumplido tal requisito de alguna otra manera (93).
*b)* Que el contrato proyectado sea relativamente simple sin implicar obligaciones a largo plazo.
*c)* Que el contrato formal contemplado sea un modelo estándar.
*d)* Que las partes hayan iniciado la ejecución.

---

(89) Cfr. *Rounsavell v. Pease*.
(90) Cfr. *McIntire v. Industrial Sec. Corp.*
(91) Cfr. KNAPP, «Enforcing the Contract to Bargain», en *New York University Law Review,* núm. 44, 1962, págs. 673 a 682.
(92) Cfr. KNAPP, *op. cit.,* pág. 683.
(93) La regla general en Estados Unidos es que no se requiere mayor formalidad que la documentación por escrito del contrato, cuando se sobrepasa determinada cantidad que viene establecida en la respectiva norma estatal *Statute of Frauds*. Al no ser una norma federal, dicho requisito puede variar de un Estado a otro.

Los efectos de incumplir las obligaciones vinculantes establecidas en un *agreement to agree* evidentemente dependen de la obligación incumplida. Si el *agreement to agree* es considerado un *fully binding preliminary agreement*, su infracción es equivalente al incumplimiento del contrato final, y por ende, las posibles acciones y daños son los mismos. Si el *agreement to agree* contiene algunas obligaciones vinculantes, el incumplimiento de tales obligaciones tendrá los efectos que se expondrán respecto a los acuerdos de intenciones (*agreements to negotiate*). Evidentemente, si el *agreement to agree* no recoge ninguna obligación vinculante, este carece de efectos.

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los precontratos (*agreements to agree*) se caracterizan por contemplar la ejecución de un contrato proyectado. Su eficacia sustancialmente se resume en constituir el contrato final si contempla de forma suficientemente precisa los elementos esenciales y las partes tenían una voluntad de vincularse por dicho contrato final.

## III. LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*

### A) CONCEPTO DE *AGREEMENT TO NEGOTIATE*

Según diversas fuentes, la figura equivalente en Derecho estadounidense a los acuerdos de intenciones son los *agreement to negotiate* (94). Aunque varias de tales fuentes se refieren a ellos como *letters of intent* (95). A este respecto, algunas sentencias han señalado que el objeto básico de los acuerdos de intenciones es proporcionar a las partes la forma en que estructurar su acuerdo, sin perfeccionar el contrato proyectado (96).

Conforme al concepto de las mencionadas fuentes se deben destacar los siguientes rasgos (97):

---

(94) Cfr. MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 29 y sigs.

(95) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, pág. 924, *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, § 60, pág. 510, y LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 5 y 6.

(96) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(97) Cfr. *Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions, op. cit.,* págs. 101.002 a 101.003, LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 12 a 17, *Corpus Juris Secundum, op. cit.*, § 60, pág. 510. En este sentido, los tribunales han señalado «cuando un contrato va necesariamente precedido de un costoso trabajo de preparación, un acuerdo de intenciones puede beneficiar a ambos comprador y vendedor. Aunque mucho trabajo quede pendiente, y virtualmente todos sus detalles queden abiertos, el comprador asegura al vendedor una atención exclusiva mientras progrese la concreción de los aspectos de la transacción. Ninguna parte se compromete al objeto de la transacción. Pero las partes han acordado trabajar en ello. Mientras la conclusión del contrato es incierto, esta es más probable y el miedo a esfuerzos perdidos o duplicados se reduce» *(«When a deal necessarily preceded by costly groundwork, a letter of intent may benefit both the purchaser and the seller. Although much*

*a)* Los acuerdos de intenciones «son pasos iniciales hacia el contrato definitivo» (98).

*b)* Los acuerdos estos son entendimientos preliminares de las partes.

*c)* Los acuerdos de intenciones son instrumentos precontractuales (99).

*d)* El término *letter of intent* o *agreement to negotiate* no alude al contrato definitivo perfeccionado y vinculante, salvo que las circunstancias particulares sugieran lo contrario (100).

*e)* Los operadores del tráfico jurídico, la doctrina y la jurisprudencia utilizan otras denominaciones para la misma figura, como *heads of agreement*, *heads of term*, *memorandum of understanding*, *protocol*, *letter of understanding* o *term sheet* (101).

*f)* Los *agreement to negotiate* regulan el proceso negociador (102). La planificación de la negociación puede incluir fechas de sus hitos, ámbito de la negociación, obligación de realizar una *due diligence*, etc. Habitualmente los acuerdos de intenciones contienen serios compromisos que pueden considerarse vinculantes contractualmente, como la obligación de negociar de buena fe, la obligación de no negociar con terceros durante cierto tiempo conocida como *no-shop clause,* obligacio-

---

*work remains to be done, indeed virtually all of the details remain open, the buyer secures the seller's undivided attention as long as progress continues in ironing out the points of the transaction. Neither party has committed himself to the exchange. Both have agreed to work toward it. While success is not certain, it is more likely and the fear of wasted or duplicative effort is reduced»).* Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(98) Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 6.

(99) Vid. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 6.

(100) Vid. *A/S Apotherkerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc., Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, Inc.* Además, muchos de los acuerdos de intenciones remarcan su carácter no vinculante con cláusulas como *this is not a binding agreement,* o condiciones como la aprobación por parte del Consejo de administración. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 265 a 295. Aunque conviene aclarar que dicho carácter no vinculante se refiere al contrato proyectado y no a determinadas obligaciones y derechos que puedan venir recogidos en el acuerdo de intenciones. Como previamente se ha dicho, la jurisprudencia estadounidense ha reconocido el carácter vinculante y ejecutable de tales derechos y obligaciones en numerosos pronunciamientos, como en *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.* y *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(101) Cfr. BLACK'S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, pág. 924; LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 5; *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman.* Estos diferentes términos han provocado lo que algunos autores han calificado como «anarquía terminológica» *(terminological anarchy).* Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 9. Al respecto, los citados autores consideran que la denominación *letter of intent* no se refiere a un único acuerdo precontractual que pueda diferenciarse del resto. Así, para ellos la mencionada denominación no puede considerarse un término jurídico en sentido estricto, porque el amplio ámbito de aplicación que tiene para agentes del tráfico jurídico, doctrina y tribunales no permite limitar su uso a una particular finalidad precontractual. Cfr. LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, págs. 6 a 7.

(102) Cfr. *A/S Apotherkerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*

nes de confidencialidad o la asunción de los costes de la negociación. El propósito es distribuir el riesgo del fracaso de las negociaciones y su correspondiente coste.

*g)* Los *agreements to negotiate* pueden establecer el derecho a romper las negociaciones abonando una cierta compensación llamada *walk-away fee* (103).

Este tipo de uso es utilizado frecuentemente en la práctica del tráfico jurídico estadounidense y ha sido reconocido por la jurisprudencia y doctrina estadounidense. Así, según el profesor FARNSWORTH, en un *agreement to negotiate* las partes se obligan a continuar el proceso de negociación para alcanzar el contrato definitivo. Este autor también indica que tales acuerdos de intenciones no son vinculantes como el contrato proyectado (104).

Por todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los *agreements to negotiate* son contratos autónomos y vinculantes que regulan el proceso negociador del contrato proyectado, clarificando las obligaciones y los derechos de las partes durante la negociación.

### B) EFICACIA DE LOS *AGREEMENT TO NEGOTIATE*

Como previamente se ha mencionado, en Derecho estadounidense el principal uso de los *agreements to negotiate* es proporcionar los términos y condiciones de la negociación del futuro contrato. Conforme a dicha utilización de los *agreements to negotiate*, las partes quieren clarificar el escenario de las negociaciones y las posibles responsabilidades que se deriven de ellas. Consecuentemente, las partes persiguen tener certeza sobre cómo la negociación va a tener lugar, protegiendo sus intereses con diversas cláusulas, como las que regulan las obligaciones de confidencialidad, la obligación de negociar de buena fe o la prohibición de negociar con terceros. Tal certidumbre únicamente puede conseguirse otorgando eficacia contractual vinculante y ejecutable a las citadas cláusulas, tal y como hacen los tribunales estadounidenses en reiteradas ocasiones (105). Consecuentemente, en Derecho estadounidense los *agreements to negotiate* son contratos (106), ya que las partes han negociado sobre su conducta durante la negociación, limitando su libertad de actuación.

---

(103) Cfr. *Empro Manufacturing Co. Inc. v. Ball-Co Manufacturing, Inc.*

(104) Aunque ello no impide que los *agreement to negotiate* puedan recoger algunos aspectos concretos del contrato proyectado con cierto detalle. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

(105) Cfr. *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*.

(106) En este sentido, la sentencia *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.,* ilustrativamente dice: «un acuerdo de negociar de buena fe es un contrato» *(an agreement of negotiate in good faith is a contract).*

Y tal limitación se considera suficiente causa (*consideration*) para dar eficacia contractual vinculante a los mismos (107). El consentimiento del *agreement to negotiate* reside en el acuerdo de las partes sobre el contenido del *agreement to negotiate*. En este sentido, la jurisprudencia estadounidense ha clarificado que la obligación de negociar de buena fe no se tiene por qué interpretar como una voluntad de no otorgar eficacia contractual, y que por ende, no excluye tal posibilidad (108).

La eficacia de los *agreements to negotiate* depende de su contenido concreto. Dicho contenido se centra en las obligaciones que el proceso negociador conlleva. Como previamente se ha dicho, algunas de tales obligaciones son de confidencialidad, de negociar de buena fe entre las partes, de no negociar con terceros, de suministrar la información y documentación necesaria para perfeccionar el contrato definitivo, la obligación de realizar una *due diligence*, de recabar determinadas aprobaciones institucionales o internas, de hacer un efectivo esfuerzo para alcanzar la conclusión del contrato incluyendo la asunción de determinados gastos, hitos del proceso negociador, personas autorizadas… La principal obligación es negociar de buena fe. Obligación que puede parecer redundante en Derecho español, aunque conviene recordar que en Derecho estadounidense la regla general es que tal obligación no existe en las relaciones precontractuales (109). Por esa razón tiene sentido que las partes quieran establecer expresamente la obligación de negociar de buena fe en los *agreements to negotiate*.

El incumplimiento de tal obligación ha sido descrito por algunos tribunales como «renunciar a la operación, abandonando las negociaciones, o insistiendo

---

(107) Aunque la *consideration* se puede considerar el equivalente al concepto de Derecho español de causa (vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Sobre la causa de los contratos», en *Centenario del Código Civil,* Universidad Popular, Enrique Tierno Galván, Madrid, 1989, págs. 293 a 313), podría argumentarse que no hay identidad plena. No obstante, resulta ilustrativo reseñar que la limitación de libertad de actuación ha sido considerada como *consideration* para otorgar eficacia contractual vinculante desde el siglo XIX. Cfr. *Hamer v. Sidway.*

(108) Cfr. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.* Muchas sentencias reconocen expresamente la eficacia contractual vinculante de la obligación de negociar de buena fe. Cfr. *Locke v. Warner Bros., Inc.*

(109) Según FARNSWORTH, la regla general es que «una parte de unas negociaciones precontractuales puede romperlas sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad en cualquier momento y por cualquier motivo-cambio de opinión, cambio de circunstancias, una mejor operación o por ninguna razón» *(«a party to a precontractual negotiations may break them off without liability at any time and for any reason-a change of heart, a change of circumstances, a better deal-or for no reason at all»).* Según este autor, hay diversas razones para esta regla general. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con las relaciones laborales, la sociedad es indiferente al resultado de las negociaciones comerciales. En segundo lugar, es difícil determinar cuando surge la obligación de negociar de buena fe cuando las partes no lo acuerdan. Finalmente, la obligación de negociar de buena fe puede suponer un desincentivo a las partes para entrar en negociaciones con pocas probabilidades de éxito. Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, págs. 221, 242 y 243.

en condiciones que no se adecuan a lo previamente acordado» (110). Correlativamente, los tribunales consideran que esta obligación no se incumple cuando «las partes abandonan la transacción siempre y cuando se ha hecho un esfuerzo de buena fe para cerrar la operación y no se ha insistido en condiciones que no se ajustan a lo previamente acordado» (111).

Por lo tanto, la obligación de negociar de buena fe limita la facultad de romper las negociaciones a discreción. Siguiendo algunas sentencias (112) puede decirse que la referida limitación se compone de tres elementos: i) previos acuerdos sobre los términos del contrato proyectado, ii) no tratar de sabotear la operación, iii) no tratar de obtener ventaja de los costes incurridos por la otra parte en el proceso de negociación. Además, parte de la doctrina entiende que la obligación de negociar de buena fe implica que las partes deben tratar el contenido de los acuerdos preliminares, si hay un incumplimiento, y qué daños deberían compensarse. Sin perjuicio de lo anterior, estos autores entienden las partes no deberían estar obligadas a continuar con la operación (113).

No obstante, no conviene olvidar que el contenido específico de las obligaciones, y en consecuencia sus particulares efectos, depende de lo establecido en el *agreement to negotiate* (114). Consecuentemente, cuando la voluntad de las partes es vincularse contractualmente, el *agreement to negotiate* es contractualmente vinculante. Pero a su vez, hay que tener en cuenta que dicha eficacia contractual se refiere al *agreement to negotiate* y no al contrato contemplado en él, ya que se trata de contratos diferentes (115).

La acción ejercitable en el caso de incumplimiento de estas obligaciones contractuales depende de la naturaleza de las mismas (116). Pero los tribunales

---

(110) En concreto en inglés *«renouncing the deal, abandoning the negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement»*. Cfr. *A/S Apotherkerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*

(111) En concreto en inglés *«parties abandon the transaction as long as they have made a good faith effort to close the deal and have not insisted on conditions that do not conform the preliminary writing»*. Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*

(112) Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(113) Cfr. SCHWARTZ y SCOTT, *op. cit.*, pág. 704. A estos efectos, convendría aclarar que estos autores describen desde su punto de vista jurídico económico el alcance que debería tener la obligación de negociar de buena fe.

(114) Cfr. *A/S Apotherkerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc*.

(115) Cfr. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*

(116) Tal y como se ha explicado anteriormente, las acciones ejercitables son, a parte de instar la ejecución del contrato vinculante, *promissory estoppel*, *restitution* y *culpa in contrahendo*. La primera consiste en una promesa que crea una legítima expectación en quien la recibe y confiando razonablemente en ella se le provoca un daño concreto. Cfr. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.*, *United Parcel Service Co. v. Rickert*. *Restitution* es la figura jurídica por la se da eficacia a un contrato implícito en virtud de la ley (*implied-in-law contract*) o de actos u omisiones de las partes (*implied-in-fact contract*). Cfr. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co.,*

estadounidenses únicamente ejecutan las obligaciones cuando estas están suficientemente detalladas (117). En concreto, los tribunales exigen a los demandantes probar los siguientes hechos para admitir una acción por incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe (118):

*a)* Ambas partes han manifestado una voluntad de estar vinculadas por el *agreement to negotiate*.
*b)* Las obligaciones del *agreement to negotiate* son lo suficientemente detalladas para ser ejecutadas.
*c)* Tiene *consideration*. A estos efectos hay que tener en cuenta que la simple limitación de la libertad de actuación se considera suficiente *consideration*.
d) El *agreement to negotiate* fue incumplido de mala fe.

La doctrina estadounidense se pronuncia en igual sentido (119). Aunque convendría precisar que cuando los tribunales estadounidenses ejecutan las obligaciones de un *agreement to negotiate* son reacios a conceder una ejecución no dineraria, porque conforme al ordenamiento estadounidense es difícil que se produzca un daño irreparable por el incumplimiento de las mismas, y particularmente de la obligación de negociar de buena fe (120). Por consiguiente, la regla general es que las partes no tienen derecho a instar la ejecución del contrato definitivo o de las obligaciones concretas del *agreement to negotiate* (121).

Teóricamente pueden concederse los mismos daños que en el caso de que se incumpliera el contrato final. Pero tal condena es muy improbable, puesto que el demandante tiene que probar que el contrato se habría suscrito de no haberse producido el incumplimiento de la obligación concreta, que normalmente será

---

*Inc.*, y KNAPP, CRYSTAL y PRINCE, *Problems in Contract Law. Cases and Materials*, 5.ª ed., Aspen Publishers, USA, 2003, págs. 117, 126 y 127. La *culpa in contrahendo* es una doctrina jurídica equiparable a la española que se aplica en Estados o territorios de tradición jurídica continental como Louisiana o Puerto Rico. Cfr. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*, *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*

(117) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(118) Cfr. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*

(119) En este sentido, FARNSWORTH comenta: «si el *agreement to negotiate* es ejecutable, entonces la parte será responsable si la no conclusión del contrato contemplado deriva del incumplimiento de la obligación de negociar. Si, a pesar de continuar la negociación por ambas partes, el acuerdo final no es alcanzado, las partes no están vinculadas por ningún acuerdo» *(«if the agreement to negotiate is enforceable, a party will be liable if a failure for reach the ultimate agreement results from a breach of that party´s obligation to negotiate. If, despite continued negotiation by both parties, ultimate agreement is not reached, the parties are not bound by any agreement»).* Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 251.

(120) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc.*

(121) Cfr. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*

la obligación de negociar de buena fe (122). Únicamente en esas excepcionales circunstancias los tribunales estadounidenses concederían el lucro cesante (*expectation damages*), consistente en el beneficio que se hubiera obtenido de haber concluido del contrato proyectado (123).

Habitualmente lo que sucede es que las negociaciones se rompen por la mala fe del demandado, insistiendo el demandante inútilmente en las negociaciones porque este ha sido engañado. En estos casos, los tribunales solamente conceden los daños emergentes (*reliance damages*) (124).

Por tanto, siguiendo a FARNSWORTH, puede decirse que «cada parte de un *agreement to negotiate* espera ser compensado razonablemente por su legítima confianza, incluidas las oportunidades perdidas, en los compromisos de la otra parte de negociar de acuerdo con el estándar de negociación del tráfico jurídico. Dicho estándar requiere al menos tres cosas de las partes. Primero, el estándar impone a las partes a negociar efectivamente y a abstenerse de imponer condiciones indebidas. Segundo, el estándar obliga a las partes a informar, tan suficientemente como sea necesario, a la otra parte sobre negociaciones paralelas para permitirle hacer ofertas competitivas. Tercero, el estándar exige a la parte a que continúen negociando hasta que se alcance un *impasse,* o hasta que esté justificado por cualquier otra causa romper las negociaciones» (125).

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Derecho estadounidense los acuerdos de intenciones o *agreements to negotiate*, obligan contractualmente a las obligaciones concretas contempladas en ellos. Pero los acuerdos de intenciones no obligan a ejecutar el contrato proyectado, que generalmente se entiende no perfeccionado. Dicha eficacia se traduce en una ejecución dineraria sustitutoria,

---

(122) Cfr. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*

(123) Al respecto, los tribunales estadounidenses han considerado que tal lucro cesante era previsible para el demandado cuando la no celebración del contrato proyectado se deriva de su mala fe. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Pero algunas sentencias han rechazado tal posibilidad. Cfr. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*, siguiendo otras sentencias. A efectos aclaratorios se debería precisar que los tribunales estadounidenses se refieren a *consequential damages* y *loss of profit* como sinónimos. Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*

(124) Cfr. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.* Aunque es poco habitual que un tribunal estadounidense condene a abonar los *expectation damages* porque es muy difícil satisfacer la carga probatoria al respecto. Cfr. *Vestar Development II, LLC v. General Dynamics Corp.*

(125) En concreto en ingles *«each party to an agreement to negotiate reasonably expects to be compensated for its justifiable reliance, including lost opportunities, on the other´s undertaking to negotiate in accordance with a standard of fair dealing. That standard ordinarily requires at least three things of a party. First, it requires the party actually to negotiate and to refrain from imposing improper conditions. Second, it requires the party to disclose enough about any parallel negotiations as is necessary to allow its counterpart a reasonable opportunity to make competing proposals. Third, it requires the party to continue negotiations until impasse has been reached, or until it is justified on some other ground in breaking the negotiations».* Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 284.

porque en Derecho estadounidense, como previamente se ha explicado, no se suele condenar a ejecuciones no dinerarias. La condena usualmente es a los daños emergentes provocados por el incumplimiento de las específicas obligaciones, o el lucro cesante, cuando puede demostrarse que se habría concluido el contrato de no haberse producido el incumplimiento de tales obligaciones. Lo cual es bastante infrecuente y normalmente está referido a la obligación de negociar de buena fe.

## IV. LOS *MEMORANDA OF UNDERSTANDING*

### A) CONCEPTO DE *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING*

La denominación *memorandum of understanding* es utilizada frecuentemente en el tráfico jurídico estadounidense. Sin embargo, algunas destacadas fuentes como el *Corpus Iuris Secundum* o el diccionario jurídico *Black Law*, no recogen ninguna definición de dicho término. No obstante, tales fuentes sí contienen definiciones de las *letter of intent* que aluden a figuras precontractuales cuya finalidad es contemplar los acuerdos que se han ido alcanzando durante las negociaciones.

En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia estadounidense, que ha reconocido expresamente en reiteradas sentencias, como *Gruen Industries, Inc. v. Biller* y *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*, que los *memoranda of understanding* son acuerdos precontractuales destinados a contemplar los acuerdos parciales que se han ido alcanzado durante las negociaciones sobre un contrato proyectado (126). Conforme la citada jurisprudencia, tales acuerdos precontractuales son independientes del contrato proyectado, incluso aunque recojan con suficiente detalle los elementos esenciales del mismo. Y ello porque los *memoranda of understading* generalmente condicionan de forma expresa la eficacia de los acuerdos parciales a la firma del contrato definitivo. Además, estas sentencias han precisado que el contrato definitivo no tiene que contener necesariamente lo recogido en el *memorandum of understanding*, puesto que las partes pueden tener razones justificadas para desvincularse de los acuerdos previamente alcanzados.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina estadounidense, como ROHWER y SKROCKI, aunque empleando el término *letter of intent*, al comentar que «hay circunstancias en las que las partes desean tener un documento escrito que proporcionará un registro de las negociaciones que han tenido lugar hasta la fecha incluso aunque ningún contrato se haya alcanzado» (127). Según estos

(126) Cfr. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*.

(127) Cfr. ROHWER y SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27. En concreto en inglés *«there are circumstances in which the parties wish to have a writing that will provide a record of the negotiations that have taken place to date even though no contract has been reached».*

autores (128), hay una necesidad en transacciones complejas donde se requiere el consentimiento de varias partes, (aunque sea dentro de cada una de las partes contractuales), de profundizar en determinados aspectos antes de que se pueda alcanzar el acuerdo en otros elementos. Tales aspectos deben ser acordados antes de que las partes contractuales puedan intentar recabar el consentimiento de sus Consejos de administración, de los prestamistas, de autoridades urbanísticas o de las autoridades del Derecho de la competencia. Para obtener tales consentimientos es preciso contar con un documento que describa la transacción aunque no haya contrato sobre la misma.

De conformidad con lo anterior, los citados autores afirman (129) que con la suscripción de estos acuerdos precontractuales no hay contrato, porque las partes no han prestado su consentimiento para vincularse contractualmente.

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, puede concluirse que las figuras precontractuales que son utilizadas con la finalidad de recoger los acuerdos parciales durante las negociaciones se caracterizan por (130):

1. Ser utilizados en negociaciones complejas y largas (131). Como consecuencia de ello, los *memoranda of understanding* se usan para recoger y fijar los particulares aspectos acordados durante la negociación. Dos razones explican esta tendencia: *a)* la dificultad de recordar los acuerdos parciales cuando las negociaciones son largas; *b)* la intención de crear compromisos morales sobre los acuerdos parciales y las representaciones que se han efectuado durante las negociaciones.

---

(128) Cfr. ROHWER *y* SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27.

(129) Cfr. ROHWER *y* SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27.

(130) Estas características ilustrativamente se constatan en el acuerdo precontractual de la sentencia *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.* En ese mismo sentido, FARNSWORTH dice: «usualmente las partes esperan que la documentación de los acuerdos que han alcanzado en una determinada fase facilite las siguientes negociaciones. Tal documentación puede evitar malos entendidos, sugerir formulas para alcanzar posteriores acuerdos, y suministrar las bases de un borrador del texto definitivo. Las partes también pueden preveer que el documento puede informar a otros del progreso de las negociaciones» *(«usually the parties expect that a record of the understandings that they have reached at a particular stage will facilitate further negotiations. Such a record may prevent misunderstandings, suggest formulas for reaching further agreements, and provide a basis for drafting a definitive text. The parties may also anticipate that it will inform others of the progress of the negotiations»).* Cfr. FARNSWORTH, *op. cit.*, pág. 258. Cfr. *Gruen Industries, Inc. v. Biller; United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings.*

(131) Cfr. ROHWER *y* SKROCKI, *op. cit.*, pág. 27. Habitualmente se usan en fusiones y adquisiciones, pero también se emplean en otras transacciones como ventas de bienes, arrendamiento de servicios, financiaciones, contratos de garantía, operaciones inmobiliarias. Cfr. *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, § 60, pág. 510; LAKE y DRAETTA, *op. cit.*, pág. 3. Asimismo, los *memoranda of understanding* se usan en las negociaciones colectivas laborales. Cfr. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings, Potomac Edison Company v. State Corporation Commission*.

2. También emplearse para reflejar el estado de las negociaciones (132). Frecuentemente las partes están interesadas en poder demostrar a terceros cómo se encuentran las negociaciones para conseguir asistencia o financiación de la posible operación. Este documento es particularmente útil para obtener préstamos de instituciones financieras o para obtener aprobaciones de la transacción de instituciones gubernamentales. A su vez, los *memoranda of understanding* pueden utilizarse para crear una posible prueba de la legítima confianza de las partes en la conclusión del contrato que se estaba negociando.
3. Ayudar a las partes a preveer lo que pueden necesitar en el caso de que el contrato proyectado finalmente se perfeccione.
4. Poder constituir las bases del contrato definitivo, sirviendo de instrumento interpretativo de la voluntad de las partes.
5. Contener acuerdos parciales sobre aspectos del contrato proyectado. Usualmente la voluntad de las partes es no obligarse a cumplir dichos acuerdos parciales hasta que el contrato proyectado se ha celebrado.

Según lo expuesto, puede concluirse en Derecho estadounidense que los *memoranda of understanding* son acuerdos precontractuales que son usados en negociaciones largas y complejas, recogiendo los acuerdos parciales que las partes han ido alcanzando durante las mismas.

### B) Eficacia de los *memoranda of understanding*

En Derecho estadounidense, como sucede en otros ordenamientos, los particulares efectos dependen del contenido concreto del documento y de las específicas circunstancias. Sin perjuicio de lo anterior, en este ordenamiento sí pueden encontrarse unas directrices generales sobre sus efectos.

En primer lugar, los tribunales estadounidenses se plantean si el documento precontractual constituye en sí mismo el contrato definitivo. Tal conclusión no suele alcanzarse, siendo excepcionales los casos que finalmente se resuelven de esa manera. En este sentido, parte de la doctrina rechaza rotundamente la posibilidad de que las partes hayan celebrado contrato alguno cuando suscriben este tipo de acuerdos precontractuales (133). La jurisprudencia estadounidense suele fijarse en la mención al carácter vinculante del mismo, si contiene suficientemente determinados los elementos esenciales, la remisión a una posterior formalización, complejidad e importancia de la transacción contemplada y la

(132) Cfr. Rohwer y Skrocki, *op. cit.*, pág. 27.
(133) Cfr. Rohwer y Skrocki, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

conducta de las partes (134). En la mayoría de los casos, los *memoranda of understanding* no constituyen el contrato definitivo, porque hay varios aspectos del contrato proyectado que tienen que concretarse tras una mayor negociación. Esa indeterminación suele ser interpretada por los tribunales estadounidenses como falta de voluntad de vincularse. En ese sentido, varias sentencias han concluido que los *memoranda of understanding* no tienen eficacia contractual (135). Además, algunas sentencias han señalado que los *memoranda of understanding* no satisfacen los requisitos del *Statute of Frauds* para tener eficacia contractual para la venta de títulos valores (136). Además, los *memoranda of understanding* suelen contener un lenguaje que expresa o implícitamente permite inferir la falta de voluntad de vincularse contractualmente (137).

La segunda cuestión que se plantean los tribunales estadounidenses es si las partes están vinculadas por los acuerdos parciales contenidos en el *memorandum of understanding*. La premisa de la que parten de los tribunales es que las partes están vinculadas por los acuerdos preliminares y parciales y por lo que pueda razonablemente inferirse de ellos (138).

Pero esta plasmación de lo acordado se considera una consumación de la negociación, no existiendo ningún contrato hasta que el contrato definitivo se firma (139). Estos acuerdos parciales están condicionados a acordar la integridad del contrato.

El efecto de los *memoranda of understanding* es por tanto no permitir que las partes se desvinculen de los acuerdos ya alcanzados, salvo que haya circunstancias excepcionales que lo permitan o las partes así lo acuerden. Por ejemplo, cuando se produce un cambio sustancial en las circunstancias una vez que se suscribió el *memorandum of understanding*. Este efecto ha sido descrito por los tribunales estadounidenses como que a las partes «no les está permitido rechazar la conclusión del contrato, abandonar las negociaciones, o insistir en condiciones que no se adecúan a los acuerdos preliminares» (140). Así, los tribunales han considerado en algunos casos que los *memoranda of understanding* sí reúnen

---

(134) Cfr. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc., Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*

(135) Cfr. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group*, *Inc.*

(136) Cfr. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.*

(137) Así Rohwer y Skrocki dicen que estos acuerdos precontractuales típicamente contienen expresiones «esto no es acuerdo vinculante» *(«this is not a binding agreement»).* Cfr. Rohwer y Skrocki, *op. cit.*, pág. 28.

(138) Cfr. *Roig v. Electrical Research Products*. Este efecto también puede ser consecuencia de la obligación de negociar de buena fe. Cfr. *Teachers Insurance & Annuity Association of America v. Tribune Co., Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*

(139) Cfr. *Dolge v. Masek*, y Rohwer *y* Skrocki, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

(140) En concreto en inglés *«barred from renouncing the deal, abandoning negotiations, or insisting on conditions that do not conform to the preliminary agreement».* Cfr. *Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*

los elementos de las acciones para reclamar daños por el incumplimiento de la obligación de continuar negociando de buena fe (141).

En consonancia con lo anterior, los efectos de los *memoranda of understanding* pueden resumirse en:

1. Constituir el contrato definitivo. Este efecto únicamente se concede cuando la voluntad de las partes era la de vincularse de esa forma y los elementos esenciales del contrato proyectado están lo suficientemente detallados. En el caso de que el *memorandum of understanding* se considere un contrato definitivo, su incumplimiento y sus correspondientes consecuencias son iguales a las de cualquier contrato.
2. Crear algunas obligaciones vinculantes. El efecto concreto de los *memoranda of understanding* sería prohibir a las partes insistir en condiciones contrarias o inconsistentes con lo previamente acordado (142). En ese sentido, el contrato definitivo se basará en los acuerdos parciales alcanzados en el *memorandum of understanding*. Además, si se determina que los *memorandum of understanding* imponen una obligación de negociar de buena fe, los tribunales estadounidenses usualmente consideran que las partes no pueden rechazar la conclusión del contrato o abandonar las negociaciones, salvo que se deba a una causa justificada. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que los tribunales únicamente imponen dichas limitaciones cuando la obligación de negociar de buena fe está suficientemente precisada. Así, algunas sentencias han considerado que no se puede ejecutar un resumen de las negociaciones que contiene una manifestación de suscribir un contrato definitivo en el futuro (143).

## V. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, puede observarse que los principales acuerdos precontractuales en Estados Unidos son los *agreements to agree*, los *agreements to negotiate* y los *memoranda of understanding*. Todos ellos se suscriben en el proceso de negociación, aunque en momentos diferentes y con finalidades distintas.

Así, los *agreements to negotiate* se celebran generalmente al inicio del proceso negociador con la finalidad de establecer las obligaciones y derechos de las partes en esta fase. Esto es especialmente importante en Derecho estado-

(141) Cfr. Rohwer y Skrocki, *op. cit.*, pág. 28.

(142) Como Farnsworth dice: «pueden hacer más difícil a la otra parte retractarse de las concesiones» *(«it may make it harder for the other party to withdraw concessions»).* Farnsworth, *op. cit.*, pág. 258.

(143) Cfr. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group*, *Inc.*, citando otras sentencias.

unidense por la falta de obligación de negociar de buena fe. Pero su contenido no se ciñe exclusivamente a contemplar dicha obligación, sino que también suele recoger otros aspectos, como hitos de la negociación, una obligación de confidencialidad, etc. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia y doctrina estadounidense generalmente estima que no implican la obligación de suscribir el contrato definitivo, y que su incumplimiento puede generar, cuando concurran los respectivos requisitos, los daños de confianza (*reliance damages*).

Los *memoranda of understanding* suelen celebrarse en un momento posterior, cuando las partes ya han ido alcanzando acuerdos parciales sobre la operación. Consecuentemente, no suelen considerarse como el contrato definitivo, salvo que contengan todos sus elementos y las circunstancias señalen que había una verdadera voluntad de vincularse como si fuera tal contrato. Pero la jurisprudencia y doctrina americana suele entender que crean una obligación de negociar de buena fe y que las partes no pueden retractarse de los acuerdos parciales alcanzados, salvo que haya una causa justificada.

Por su parte, los *agreements to agree* se asemejan más a nuestro concepto tradicional de precontrato. Estos acuerdos precontractuales se caracterizan por contemplar una obligación de suscribir un contrato definitivo. La posición mayoritaria es que no pueden ejecutarse judicialmente por ser la mencionada obligación indeterminada (*indefiniteness*), pudiendo originar a lo sumo, unos daños de confianza (*reliance damages*) por la ruptura injustificada de las negociaciones.

## VI. BIBLIOGRAFÍA


ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones,* 13.ª ed., Edisofer, S. L., Madrid, 2008.

— *Black's Law Dictionary*, 8.ª ed., Thompson, USA, 2004.

CALAMARI, J. D. - PERILLO, J. M. - BENDER, H.: *Cases and Problems on Contracts*, 5.ª ed., Thomson West, USA, 2003 § 1, 3, 4, 8, 13.

— *Corpus Juris Secundum*, *Contracts,* Thomson West, USA, 1999, 17, § 57, 59, 60, 61.

CORBIN, A. L.: *Corbin on Contracts*, West Publishing Company, USA, 1993, ed. revisada por JOSEPH M. PERILLO, § 1, 2, 3.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, T. III, fasc. IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

FARNSWORTH, E. A.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations», en *Columbia Law Review*, núm. 87, 1978, págs. 217 a 294.

FLETCHER, G. P. - SHEPPARD, S.: *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.

FULLER L. L. - EISENBERG, M.: *Basic Contract Law*, 7.ª ed., West Publishing Company, USA, 2001, § 12.

KNAPP, C. L.: «Enforcing the Contract to Bargain», en *New York University Law Review*, núm. 44, 1962, págs. 673 y sigs.

KNAPP C. L. - CRYSTAL, N. M. - PRINCE, H. G.: *Problems in Contract Law. Cases and Materials*, 5.ª ed., Aspen Publishers, USA, 2003, § 2, 3, 6, 7.

LAKE, R. B. - DRAETTA, U.: *Letters of intent and other Precontractual Documents. Comparative Analysis and Forms*, 2.ª ed., Butterworths, Londres, 1994.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la causa de los contratos», en *Centenario del Código Civil*, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Madrid, 1989, págs. 293 a 313.

MENÉNDEZ MATO, J. C.: *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

ROHWER, C. D. - SKROCKI, A. M.: *Contracts in a Nutshell*, 6.ª ed., Thomson West, USA, 2006.

SCHWARTZ, A. - SCOTT, R. E.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», en *Harvard Law Review*, núm. 120, enero de 2007, págs. 661 a 707.

— «Special study for corporate counsel using letters of intent in business transactions», en *Executive Legal Summary*, William A. Hancock ed., Business Laws, Inc, núm. 287, 2003.

VIGURI PEREA, A.: *Los tratos preliminares: las cartas de intenciones y otros documentos legales precontractuales*, PPU, Barcelona, 1994.

## VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNALES FEDERALES DE DISTRITO ESTADOUNIDENSES (144)

1. *Anderson Chemical Co. Inc. v. Portals Water Treatment, Inc.*, 768 F. Supp. 1568 (M.D. Ga. 1991).

2. *Hoxeng v. Topeka Broadcomm, Inc*., 911 F. Supp. 1323 (D. Kan. 1996).

3. *Shelley v. Trafalgar House Public Ltd. Co.*, 977 F. Supp. 95 (D.P.R. 1997).

4. *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales (MC), Inc.*, 92 F. Supp. 2d 249 (S.D.N.Y. 2000).

5. *Paramount Brokers, Inc. v. Digital River, Inc.*, 126 F. Supp. 2d 939, 946 (D. Md. 2000).

6. *Abt. Associates, Inc. v. JHPIEGO Corp.*, 104 F. Supp. 2d 523 (D. Md. 2000).

7. *Sloan Const. Co. v. American Renovation and Const. Co.*, 313 F. Supp. 2d 24 (D.P.R. 2004).

---

(144) Las sentencias se enumeran siguiendo el método de cita establecido en *The blue-book. A uniform system of citation, The Harvard Law Review Association,* 18.ª ed., USA, 2006. Es decir, nombre de las partes del proceso, el volumen de la colección, la colección y la página donde comienza decisión. Entre paréntesis el juzgado federal de distrito (primera instancia), circuito (apelación federal) o juzgado estatal y el año de la decisión.

8. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings*, 2007 WL 3245420 (D. Kan. 2007).

TRIBUNALES FEDERALES ESTADOUNIDENSES DE APELACIÓN

9. *A.E. Staley Mfg. Co. v. Northern Cooperatives*, 168 F. 2d 892 (C.C.A. 8th Cir. 1948).

10. *Walker v. Keith*, 382 S.W. 2d 198 (Kent. Ct. App. 1964).

11. *Frank Horton & Co. v. Cook Electric Co.*, 356 F. 2d 485 (7th Cir. 1966).

12. *In re Wonderfair Stores, Inc.,* 511 F. 2d 1206, 1211 (9th Cir. 1975).

13. *Gruen Industries, Inc. v. Biller*, 608 F. 2d 274 (7th Cir. 1978).

14. *Unit Two Architects, Inc. v. Modica*, 376 So. 2d 979 (La. App. 1st Cir. 1979).

15. *Telemeter v. Teleprompter Corp.*, 592 F. 2d 49 (2d Cir. 1979).

16. *Producciones Tommy Muniz, Inc. v. COPAN*, 113 D.P.R. 517 (D.P.R. 1982).

17. *R.G. Group, Inc., v. Horn & Hardart Co.*, 751 F. 2d 69 (2d Cir. 1984).

18. *Green v. Interstate United Management Services Corp.*, 748 F. 2d 827 (3rd Cir. 1984).

19. *Winston v. Mediafare Entertainment Corp.*, 777 F. 2d 78 (2nd Cir. 1986).

20. *Channel Home Centers, Division of Grace Retail Corp. v. Grossman,* 795 F. 2d 291 (3d Cir. 1986).

21. *Knight v. Sharif*, 875 F. 2d 516 (5th Cir. 1989).

22. *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F. 2d 69 (2d Cir. 1989).

23. *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F. 3d, 275, (7th Cir. 1996).

24. *Rennick v. O.P.T.I.O.N. Care, Inc.*, 77 F. 3d 309 (9th Cir. 1996).

25. *Flight Systems, Inc. v. Electronic Data Systems Corp.*, 112 F. 3d 124 (3d Cir. 1997).

26. *Adjustrite Systems, Inc. v. Gab Business Services, Inc.*, 145 F. 3d, 543 (2nd Cir. 1998).

27. *Vestar Development II, LLC v. General Dynamics Corp.*, 249 F. 3d 958 (9th Cir. 2001).

28. *Burbach Broadcasting Co. of Delaware v. Elkins Radio Corp.*, 278 F. 3d 401 (4th Cir. 2002).

29. *Richie Co. LLP v. Lyndon Insurance Group*, *Inc.*, 316 F. 3d at 758 (8th Cir. 2003).

30. *Ysiem Corp. v. Commercial Net Lease Realty, Inc.*, 328 F. 3d 20 (1st Cir. 2003).

TRIBUNALES ESTATALES ESTADOUNIDENSES DE DISTRITO

31. *Rounsavell v. Pease*, 45 Wis. 506 (Wis. 1878).
32. *Adams v. Hazen*, 123 Va. 304, 96 S.E. 741 (1918).
33. *Edwards v. Tobin*, 132 Or. 38, 284 P. 562, 68 A.L.R. 152 (1930).
34. *Rosenfield v. United States Trust Co*., 290 Mass. 210, 217, 195 N.E. 323 (1935).
35. *May Metropolitan Corporation v. May Oil Burner Corporation*, 290 N.Y. 260, 49 N.E. 2d 13 (1943).
36. *Eno v. Prime Mfg. Co.*, 314 Mass. 686, 50 N.E.2d 401, 58 U.S.P.Q. (BNA) 681 (1943).
37. *Christenson v. Ohrman*, 159 Kan. 565, 156 P. 2d 848 (1945).
38. *Coan v. Holbrook*, 327 Mass. 221, 97 N.E. 2d 649 (1951).
39. *Rocklin v. Eanet*, 200 Md. 351, 89 A. 2d 572 (Md. 1952).
40. *Dolge v. Masek*, 70 Nev. 314, 268 P. 2d 919 (Nev. 1954).
41. *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 133 N.W. 2d 267 (Wis. 1965).
42. *Saul Bass & Associates v. United States*, 505 F. 2d 1386 (Ct. Cl. 1974).
43. *Cassinari v. Mapes*, 542 P. 2d 1069 (Nev. 1975).
44. *Earhart v. William Low Co.*, 25 Cal. 3d 503 (1979).
45. *West Baton Rouge Parish School Bd. v. T. R. Ray, Inc.*, 367 So. 2d 332 (La. 1979).
46. *Chicago Investment Corp. v. Dolins*, 107 Ill. 2d 120, 89 Ill.Dec. 869, 481 N.E. 2d 712 (1985).
47. *Teachers Insurance & Annuity Association of America v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).
48. *Blanton Enterprises, Inc. v. Burger King Corp.*, 680 F. Supp. 753, (D.S.C. 1988).
49. *Jack Baker, Inc. v. Office Space Development Corp.*, 664 A. 2d 1236, 1238 (D.C. 1995).
50. *Tibor Mach. Products, Inc. v. Freudenberg-NOK General Partnership*, 967 F. Supp. 1006 (N.D. Ill. 1997).
51. *United Parcel Service Co. v. Rickert*, 996 S.W. 2d 464 (Ky. 1999).

TRIBUNALES ESTATALES ESTADOUNIDENSES DE APELACIÓN

52. *Hamer v. Sidway*, 124 NY 538, 27 N.E. 256 (N.Y. Ct. App. 1891).
53. *Cranfill v. Swann Petroleum Co.*, 254 S.W. 582 (Tex. Civ. App. Amarillo 1923).
54. *Roig v. Electrical Research Products,* 57 F. 2d 639 (1st Cir. 1932).
55. *McIntire v. Industrial Sec. Corp.*, 158 So. 849 (La. Ct. App. 1935).
56. *Jackson v. Pepper Gasoline Co.*, 133 S.W. 2d, 91, (Ky. Ct. App. 1939).

57. *Vise v. Foster*, 247 S.W. 2d 274 (Tex. Civ. App. Waco 1952).

58. *Apablasa v. Merritt & Co.*, 176 Cal. App. 2d 719, 1 Cal. Rptr. 500 (2d Dist. 1959).

59. *Sumners v. Hohenberger*, 356 S.W. 2d 804 (Tex. Civ. App. San Antonio 1962).

60. *National Scientific Personnel Bureau*, Inc., 180 A. 2d 500 (Mun. Ct. App. D.C. 1962).

61. *Simplicio v. National Scientific Personnel Bureau*, Inc., 180 A. 2d 500 (Mun. Ct. App. D.C. 1962).

62. *Walker v. Keith*, 382 S.W. 2d 198 (Kent. Ct. App. 1964).

63. *Itek Corp. v. Chicago Aerial Indus., Inc.*, 248 A. 2d 625 (Del. 1968).

64. *Hunter v. Hayes*, 533 P. 2d 952 (Colo. Ct. App. 1975).

65. *Byrd Companies, Inc. v. Birmingham Trust Nat'l Bank*, 482 So. 2d 247 (Ala. 1985).

66. *Feeley v. Michigan Ave. Nat'l Bank,* 141 Ill. App. 3rd 187, 490 N.E. 2d 15, 95 Ill. Dec. 542 (1986).

67. *Pennzoil Inc. v. Texaco Inc.*, 729 S.W. 2d 768 (Tex. Civ. App. 1987).

68. *A/S Apotherkerness Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc*., 678 F. Supp. 193 (N.D. Ill. 1988).

69. *Commerce Partnership 8098 Limited Partnership v. Equity Contracting Co., Inc.*, 695 So. 2d 383 (Fla. Dist. Ct. App. 1997).

70. *Locke v. Warner Bros., Inc.*, 57 Cal. App. 4th 354 (Cal. Ct. App. 1997).

71. *Pop's Cones, Inc. v. Resorts International Hotel, Inc.*, 307 N.J. Super. 461 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1998).

72. *I.C.C. Protective Coatings, Inc. v. A.E. Staley Mfg. Co.*, 695 N.E. 2d 1030 (Ind. Ct. App. 1998).

73. *Auerbach v. Great Western Bank*, 74 Cal. App. 4th 1172, 1191 (1999).

74. *John Wood Group USA, Inc. v. ICO, Inc.*, 26 S.W. 3d 13 (Tex. Ct. App. 2000).

75. *Stand Energy Corp. v. Cinergy Services, Inc.*, 760 N.E. 2d 453 (Ohio App. Ct. 2001).

76. *Hunneman Real Estate Corp. v. Norwood Realty, Inc.*, 765 N.E. 2d 800 (Mass. Ct. App. 2002).

### Tribunales Supremos estatales estadounidenses

77. *Quake Construction v. American Airlines,* 141 Ill. 2d 281 (Supreme Court of Illinois, 1990).

78. *Marshall Contractors, Inc. v. Brown University*, 692 A. 2d 665 (R.I. Sup. Ct. 1997).

79. *United Steel Workers v. Magellan Midstream Holdings* y *Potomac Edison Company v. State Corporation Commission*, 667 S.E. 2d 772 (Va. Sup. Ct. 2008).

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

80. STS de 24 de mayo 1980 *(RJ* 1980/1963).
81. STS de 25 de junio 1993 *(RJ* 1993/5384).
82. STS de 13 de octubre 2005 *(RJ* 2005/7235).

*RESUMEN*

*ACUERDOS PRECONTRACTUALES ESTADOS UNIDOS*

*Los principales acuerdos precontractuales en USA son los* agreements to negotiate *(acuerdos de negociar), los* memoranda of understanding *y los* agreements to agree *(acuerdos de acordar). Aunque las denominaciones de estas figuras precontractuales se suelen utilizar de forma indistinta por los operadores del tráfico jurídico, los tribunales y la doctrina.*

*Los* agreements to negotiate *se caracterizan por regular el proceso negociador. Dentro de las obligaciones que contemplan se encuentran la de confidencialidad, la de negociar de buena fe, negociar en exclusividad por un cierto tiempo, los hitos del proceso... Estas obligaciones han sido consideradas vinculantes reiteradamente por los tribunales estadounidenses cuando hay una verdadera voluntad de vincularse y la obligación es lo suficientemente determinada como para poder ejecutarse. En ese sentido, se ha considerado vinculante la obligación de negociar en exclusiva. Los tribunales generalmente conceden una indemnización compuesta por los daños de confianza* (reliance damages) *en los casos de incumplimiento de las obligaciones vinculantes. Tales daños usualmente incluyen los gastos incurridos durante la negocia-*

*ABSTRACT*

*PRECONTRACTUAL AGREEMENTS UNITED STATES*

*The main types of precontractual agreements in the USA are* agreements to negotiate, memoranda of understanding *and* agreements to agree, *although the names are generally used interchangeably by businesspeople, courts and legal scholars.*

Agreements to negotiate *regulate the negotiating process. The obligations they envisage include the obligation of confidentiality, the obligation to negotiate in good faith, the obligation to negotiate on an exclusive basis for a certain time and the milestones in the process. These obligations have been repeatedly regarded as binding by US courts when there is a true desire to create a binding agreement and the obligation is specific enough to be discharged. In this sense, the obligation to negotiate on an exclusive basis has been regarded as binding. Courts generally grant* reliance damages *in cases of breach of binding obligations. Such damages usually include the expenses incurred during negotiation but not the loss of the profit the planned contract could have earned. Also, they do not generally encompass any loss of profit from lost opportunities. Similarly,*

*ción, pero no el lucro cesante que podría haber generado el contrato proyectado. A su vez, tampoco suelen comprender el lucro cesante de las oportunidades perdidas. De la misma manera, los tribunales mayoritariamente entienden que estos acuerdos no obligan a suscribir el contrato proyectado, ni pueden considerarse como el contrato definitivo.*

*Los* memoranda of understanding *suelen contemplar los acuerdos parciales que se alcanzan durante la negociación. Su principal efecto conforme a la jurisprudencia estadounidense es impedir que las partes se retracten de dichos acuerdos parciales o insistan en términos incoherentes con la negociación para romperla. Al igual que sucedía con los* agreements to negotiate, *los incumplimientos de estos contratos suelen generar los daños de confianza anteriormente descritos. Asimismo, tampoco obligan a concluir el contrato definitivo, aunque pueden servir para acreditar el estado de las negociaciones para reclamar una posible indemnización por una ruptura injustificada de las mismas.*

*Los* agreements to agree *se caracterizan por establecer la obligación de suscribir un contrato proyectado. Tal obligación se considera inejecutable en Estados Unidos. Por ello, la jurisprudencia suele aplicar la regla del todo o nada* (all or nothing), *considerando, o que se ha suscrito el contrato definitivo cuando las circunstancias y el clausulado del contrato así lo sugieren, o que no hay obligación alguna.*

*the courts mainly feel that such agreements do not obligate the parties to sign the planned contract and cannot be regarded as the definitive contract.*

Memoranda of understanding *usually cover the partial agreements reached during negotiation. Their main effect pursuant to US case law is to prevent the parties from going back on partial agreements or insisting on terms inconsistent with negotiations thus far with a view to severing negotiations. Like* agreements to negotiate, *memoranda of understanding, if breached, generally give rise to reliance damages as described above. Moreover, memoranda of understanding create no obligation to conclude the definitive contract, although they can be used as proof of the state of negotiations in order to sue for damages due to an ungrounded severance of negotiations.*

Agreements to agree *establish the obligation to sign a planned contract. Such obligations are regarded as unenforceable in the United States. Therefore case law tends to apply the* all-or-nothing *rule, finding that either the definitive contract has been signed when the circumstances and terms of the contract so suggest or that there is no obligation whatsoever.*

*(Trabajo recibido el 4-9-2011 y aceptado para su publicación el 29-11-2011)*

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

# RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José Jurado Jurado

### Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 6-6-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Tavernes de La Valldigna

ANOTACIÓN DE EMBARGO ORDENADA EN PROCEDIMIENTO CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Para poder anotar este tipo de embargos es preciso cumplir en primer término con los requisitos exigidos por el artículo 166, regla primera, del RH. Además deben distinguirse varios posibles supuestos: *a)* en los procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la LEC. Si el fallecimiento se produjo antes del proceso, deberá acreditarse además, si los herederos son ciertos y determinados, las circunstancias personales de estos, pero sin tener que aportar los títulos sucesorios; *b)* si el fallecimiento se produjo antes de iniciar el proceso, y este se sigue por deudas de los propios herederos que sean ciertos y determinados, deberá acreditarse el fallecimiento y que la demanda se ha dirigido contra ellos indicando sus circunstancias y acompañando los títulos sucesorios y certificados de defunción y de últimas voluntades; en procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, a efectos de tracto sucesivo, que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 19-7-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Barcelona, número 6

GARAJES: CUOTAS INDIVISAS CON ADSCRIPCIÓN DE USO DE PORCIONES CONCRETAS DE SUPERFICIE.

Para pactar que una cuota indivisa de un local destinado a garaje atribuya el uso exclusivo de una porción determinada del suelo, es imprescindible el consentimiento de todos los condueños del citado local y que se fije el número de orden de esa plaza, los linderos, dimensiones perimetrales y la superficie útil.

Resolución de 19-7-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Santa Fe, número 2

SOCIEDADES MERCANTILES: REPRESENTACIÓN.

La aplicación del artículo 3 de la LH implica que no pueda tener acceso al Registro una escritura otorgada en representación de una sociedad, basándose dicha representación en unos acuerdos de la junta general que no han sido oportunamente elevados a documento público, no cumpliéndose además las condiciones para el ejercicio de la facultad representativa.

Resolución de 29-7-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Madrid, número 22

CONVENIO REGULADOR: BIENES PRIVATIVOS.

No es posible inscribir un convenio regulador en el que se incluye dentro de la liquidación de gananciales una finca inscrita a nombre de ambos esposos por mitades indivisas y con carácter privativo, dado que no es este el tipo de documento adecuado para ello y que no se especifica el negocio concreto y su causa por el que un bien privativo se incorpora al patrimonio ganancial.

Resolución de 6-8-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Sanlúcar de Barrameda

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PREVIO: MODIFICACIONES HIPOTECARIAS.

Es posible practicar la inmatriculación de una finca aunque en el título adquisitivo previo tuviera otra configuración que luego es modificada por segregación y agrupación antes de ser enajenada en el segundo título traslativo, y aunque la certificación catastral esté referida a la descripción recogida en el título previo.

Resolución de 23-8-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Vélez Málaga, número 2

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: RECTIFICACIÓN DEL QUE CONSTA EN UNA INSCRIPCIÓN ANTERIOR.

La rectificación de la naturaleza de la titularidad de una finca que consta inscrita a favor de dos cónyuges por mitad con sujeción al régimen legal catalán, requiere, no sólo el consentimiento del titular registral, sino una manifestación explícita del notario que haya llegado a esa conclusión jurídica tras examinar lo expuesto por las partes.

Resolución de 24-8-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Arcos de la Frontera

VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS: PARCELACIÓN URBANÍSTICA.

Conforme a la legislación urbanística andaluza, la venta de participaciones indivisas de una finca en suelo no urbanizable se considera un acto revelador de una posible parcelación urbanística, por lo que los preceptos del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, deben interpretarse desde esa perspectiva. En consecuencia es correcto exigir para su inscripción licencia o declaración mundial de innecesariedad, más cuando en el caso concreto concurren otras circunstancias, tales como que existen otras diecinueve escrituras de venta de sendas participaciones presentadas en el Registro, o que el Ayuntamiento haya remitido un escrito alertando de la existencia de parcelación.

Resolución de 25-8-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de San Vicent dels Horts, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA.

Estando una finca inscrita a favor de quien ha resultado adjudicatario de la misma en un procedimiento de apremio por deudas a la Seguridad Social, no cabe ya inscribir una escritura de venta otorgada por el anterior titular registral antes de que se practicara la anotación de embargo.

Resolución de 26-8-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Tarancón

SEGURO DECENAL: AUTOPROMOTOR.

Es imprescindible, para acogerse a la excepción del seguro decenal, que en el acta de fin de obra se manifieste expresamente que el mismo va a destinar la única vivienda unifamiliar a uso propio.

Resolución de 29-8-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Sevilla, número 2

PLAZAS DE APARCAMIENTO: ARTÍCULO 68 DEL RH.

Para practicar la inscripción de las plazas de garaje en que se concreta una participación indivisa de un local de un edificio se requiere la previa inscripción a favor del transmitente de esa configuración, contando con el consentimiento de los demás condueños y de la comunidad de propietarios.

Resolución de 1-9-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Torrijos

RECTIFICACIÓN DE CABIDA POR ACTA DE NOTORIEDAD.

No puede inscribirse un exceso de cabida a través de un acta de notoriedad cuando el Registrador alberga dudas sobre la identidad de la finca basadas en hechos objetivos tales como la magnitud del mismo, o el proceder la finca de segregación constando su superficie de manera muy determinada, expresando hasta los decimales.

Resolución de 2-9-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Briviesca

REANUDACIÓN DEL TRATO SUCESIVO POR PROCESO DECLARATIVO. HERENCIA YACENTE.

Para la reanudación del tracto sucesivo puede utilizarse el proceso declarativo, pero siendo necesario demandar a todos los titulares intermedios. En caso de demandar a la herencia yacente será necesario nombrar un administrador judicial si no está demandado al menos uno de los herederos identificado personalmente.

Resolución de 3-9-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro de Brihuega

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN.

No puede inscribirse un convenio regulador en el que respecto de una de las fincas objeto de liquidación se dice que al ser la vivienda familiar adquirida en estado de solteros, convienen aportarla a la sociedad de gananciales. Será preciso otorgar la pertinente escritura de aportación.

Resolución de 13-9-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Aguilar de la Frontera.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

De acuerdo con el principio de legitimación no cabe discutir por vía de recurso gubernativo la validez o corrección de una inscripción ya practicada con anterioridad.

Resolución de 27-9-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Denia, número 2

RESOLUCIÓN DE UN DERECHO DE SUPERFICIE INSCRITO: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.

Se presenta un testimonio de sentencia y mandamiento judicial por el que se declara resuelto un derecho de superficie y se ordena además la cancelación de una hipoteca inscrita sobre dicho derecho de superficie. La sentencia se ha dictado en rebeldía y no se acredita que hayan transcurrido los plazos para impugnar la misma por tal causa, por lo que no es posible practicar una inscripción, sino solo una anotación preventiva. Por otro lado no cabe cancelar la hipoteca posterior cuyo titular no ha sido citado en el procedimiento.

Resolución de 28-9-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Mogán

REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO POR SENTENCIA DECLARATIVA

Para poder inscribir una sentencia dictada en procedimiento declarativo seguido con el objeto de reanudar el tracto sucesivo, es necesario que hayan sido demandados, no solo el titular registral y el último transmitente, sino también todos los transmitentes intermedios. Además debe constar el título adquisitivo del que adquiere finalmente la finca.

Resolución de 29-9-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Madrid, número 48

FINCA REGISTRAL: IDENTIDAD.

De conformidad con las características del sistema de folio real, el acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca objeto del correspondiente acto o negocio jurídico permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido. Por tanto;

si el Registrador abriga dudas fundadas sobre dicha identidad como consecuencia de un cambio de linderos, no podrá accederse a la inscripción, sin que la legislación catastral, ni siquiera después de la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible, haya eliminado la facultad de calificación que corresponde al Registrador en estos aspectos.

Resolución de 30-9-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Córdoba, número 6

DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIA: TRACTO SUCESIVO.

Para inscribir la reversión de terrenos sobrantes de una expropiación a favor de un tercero distinto del titular registral expropiado, se necesita inscribir previamente la expropiación y la transmisión del derecho de reversión a ese tercero.

Resolución de 30-9-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Pontedeume

BIENES GANANCIALES: RESOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO.

Para inscribir la resolución de un contrato de cesión de inmueble a cambio de alimentos, con la consiguiente transmisión de la finca a los en su momento cedentes, si dicha resolución no se basa en pruebas fehacientes y evidentes, sino en el reconocimiento de los cesionarios, tratándose de un bien adquirido por dichos cesionarios en régimen de gananciales, será preciso el consentimiento de los dos cónyuges, sin que baste el del que aparece como titular en el Registro.

Resolución de 6-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro de Jávea, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

De acuerdo con la letra del artículo 202 de la LH, existiendo una inscripción contradictoria de menos de treinta años no cabe inscribir el auto por el que se resuelve un expediente de dominio de reanudación de tracto si no se ha conseguido localizar al titular de dicha inscripción.

Resolución de 6-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro de Torrelavega, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA.

Como se desprende de lo establecido en la Ley Concursal y de lo resuelto por la Sala de Conflictos de Jurisdicción y Competencia del TS, no procede anotar un

embargo ordenado por la Agencia Tributaria, aunque las providencias de apremio y la diligencia de embargo sean de fecha anterior al auto de declaración de concurso que consta en los libros registrales, si no resulta acreditado el correspondiente pronunciamiento el Juez del concurso aclarando que se trata de bienes que no son necesarios para la continuación de la actividad económica del concursado.

Resolución de 10-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro de Alcira, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.

Conforme a lo que resulta de los artículos 42.8, 92 y 93 de la LH, y aun reconociendo la mayor amplitud del concepto de crédito refaccionario que sostiene el TS. Partir de sus sentencias como la de 21 de julio de 2000, solo es posible solicitar la correspondiente anotación preventiva mientras no hayan concluido las obras.

Resolución de 11-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro de Celanova

FINCA REGISTRAL: DETERMINACIÓN.

Cuando de la documentación aportada no sea posible identificar con suficiente claridad la finca objeto del título, las exigencias derivadas del sistema de folio real impiden su acceso al Registro.

Resolución de 13-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Inca, número 2

FUSIÓN SOCIETARIA: EFICACIA. CONCURSO DE ACREEDORES.

No es obstáculo que impida la inscripción el hecho de que la sociedad titular registral de la finca realice una transmisión de la misma después de haber otorgado escritura por la que queda absorbida por otra sociedad, pero antes de que dicha escritura se haya inscrito en el Registro Mercantil. Recaída sentencia firme que aprueba el convenio del concurso de acreedores, no es necesario cancelar la anotación del propio concurso para inscribir la transmisión de la finca realizada por dicha sociedad en concurso, debiendo solo atenderse a los términos del convenio en cuanto a los requisitos de dicha enajenación.

Resolución de 14-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro de Caravaca de la Cruz

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN.

No es posible acceder a la cancelación de una inscripción de hipoteca por prescripción cuando, de los datos registrales, no está nada claro (más bien parece que no ha vencido la obligación asegurada) que hayan transcurrido los plazos legales de prescripción. Téngase en cuenta que el supuesto regulado en el 82.5 de la LH tiene carácter excepcional y por tanto exige una absoluta seguridad respecto al hecho determinante de la cancelación.

Resolución de 15-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Murcia, número 6

RECTIFICACIÓN DE INSCRIPCIONES.

En el supuesto de hecho el Registrador exige el consentimiento de los titulares registrales para rectificar el contenido de una inscripción inexacta por una copia errónea. Sin embargo, este criterio no puede mantenerse. El consentimiento para la inscripción de la hipoteca en los términos que figuran en la matriz ya ha sido prestado. La copia rectificada trata, precisamente, de servir de vehículo para adecuar el contenido inexacto del Registro a la voluntad de los interesados. Ahora bien, obviamente en el caso de existir terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción rectificada (que en este caso no existen, según resulta del contenido del expediente), la rectificación tendrá el límite de que en ningún caso podrá perjudicar los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto (cfr. arts. 40 *in fine* y 144 de la LH).

Resolución de 19-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Calviá, número 1

RENUNCIA A LA HERENCIA: REQUISITOS. CALIFICACIÓN NEGATIVA: NOTIFICACIÓN.

Para que sea eficaz en el Registro de la Propiedad una renuncia a la herencia deberá ser expresa y constar en documento público, pudiendo admitirse a tal efecto un acta de manifestaciones en la que el renunciante realiza una clara manifestación de voluntad de no aceptar los correspondientes derechos hereditarios. La calificación solo hay que notificarla al presentante y al funcionario autorizante, pero no a otros supuestos interesados.

Resolución de 24-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Cuevas de Almanzora

RECURSO JUDICIAL FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN.

No puede el Registrador negarse a inscribir una escritura una vez resuelto el recurso gubernativo que se interpuso frente a la calificación inicial, alegando

que tiene intención de recurrir la resolución de la DGRN, sobre todo si se tiene en cuenta que el Registrador carece de legitimación para interponer tal recurso a menos que acredite un interés basado en aspectos objetivos que deben concretarse en la demanda, tales como su eventual responsabilidad civil o disciplinaria.

Resolución de 29-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Vinarós

REQUISITOS FISCALES: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 255 DE LA LH.

Reiterando doctrina ya sentada en anteriores fallos, el Centro Directivo señala que la falta de cumplimiento de los requisitos fiscales del documento impide el despacho del mismo. Pero se considera que la correcta interpretación del artículo 255 de la LH obliga al Registrador a realizar una calificación global poniendo de manifiesto todos los defectos que pudieran existir, y cumpliendo con todos los requisitos formales de la nota de calificación.

Resolución de 31-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Granada, número 2

EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA: TASACIÓN CONJUNTA.

Realizando una interpretación conjunta de la legislación del suelo estatal y andaluza, concluye el Centro Directivo que la administración puede optar por el sistema de tasación conjunta para las expropiaciones urbanísticas aun cuando se trate de una sola finca o de parte de ella, y con independencia del número de propietarios.

Resolución de 2-11-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro de Eibar

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS RESPECTO A UNA HIPOTECA ACORDADA EN ESCRITURA OTORGADA CON ANTERIORIDAD.

Aun admitiendo como indiscutido el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, no cabe extender los efectos limitados de la capacidad y libre disponibilidad que implica la declaración de concurso para el concursado a una escritura de hipoteca otorgada con anterioridad

Resolución de 3-11-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Torrent, número 3

HIPOTECA DE UNA MITAD INDIVISA DE FINCA PERTENECIENTE A UN SOLO TITULAR.

Siendo indiscutible la facultad del propietario de constituir hipoteca sobre una mitad indivisa de una finca, debe entenderse que, a efectos de inscripción, el principio de especialidad es adecuadamente cumplimentado si se identifica la cuota que constituye el objeto de la garantía. Una mayor precisión solo es exigible, bien cuando la cuota lleve aparejado el uso de una porción concreta, bien cuando se produce un problema de rango, bien cuando la cuota esté sujeta a un régimen jurídico específico.

Resolución de 4-11-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Escalona

SEPARADO JUDICIALMENTE: FORMA DE ACREDITARLO.

Para inscribir un documento en el que el adquirente manifiesta estar separado judicialmente basta esa sola manifestación, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo y del artículo 159 del Reglamento Notarial.

Resolución de 8-11-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Icod de los Vinos.

HERENCIA YACENTE.

Reiterando doctrina anterior se confirma que cuando alguno de los integrantes de la herencia yacente ha sido identificado y demandado en el procedimiento, no es necesario que en el proceso se adopten las medidas previstas en la LE, y especialmente el nombramiento de un defensor judicial de la misma.

Resolución de 12-11-2011.
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Cáceres, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO PARA INTERPONERLO. ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Habiéndose notificado la calificación al Notario autorizante por fax, y luego por correo certificado, es esta última la fecha para el inicio del cómputo del plazo del recurso gubernativo. A diferencia del testamento, en las actas y autos de declaración de herederos es suficiente con que el Notario autorizante de la escritura de herencia haga un testimonio en relación que recoja los datos esenciales que ha de ser objeto de calificación por el Registrador.

Resolución de 14-11-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro de Teguise

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: LEGISLACIÓN CANARIA.

Para inscribir una obra nueva por antigüedad en suelo rústico en Canarias ha de acreditarse que la misma no se haya asentada en alguna de las tipologías de esa clase de suelo en las que no prescribe la acción administrativa, pero siempre que la referida obra no se hubiera terminado antes de la entrada en vigor de la Ley que previó esta imprescriptibilidad.

Resolución de 2-12-2011
*(BOE* 23-12-2011)
Registro de Motril, número 2

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: ERRORES DE CONCEPTO.

Debe considerarse como un error de concepto aquel que consiste en haber practicado la cancelación total de una determinada inscripción de venta, cuando de la sentencia judicial que ordenaba tal operación registral debería haberse concluido que solo era procedente la cancelación parcial. Si ahora se presentan documentos fehacientes de los que resulta tal error, puede llevarse a cabo su rectificación sin recurrir al consentimiento de los titulares interesados ni a un proceso judicial.

## Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 16-9-2011
*(BOE* 28-11-2011)
Registro Mercantil de Cuenca

CALIFICACIÓN. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ANUNCIO. JUNTA GENERAL. LUGAR DE CELEBRACIÓN. CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

La motivación no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado. Basta que la argumentación de la nota de defectos permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que la ha determinado.

En la certificación del acta deben constar los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria, y en concreto, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado, cuando no se trate de junta universal, sin que baste la remisión a los estatutos.

Debe consignarse el lugar en que se ha celebrado la junta. Salvo disposición contraria de los estatutos, debe celebrarse en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Las razones por las que se haya celebrado fuera del mismo no pueden ser valoradas por el registrado, máxime cuando se han alegado en fase de recurso. Aunque la DG ha admitido cambios justificados y aceptados por unanimidad en el lugar de celebración, siempre ha exigido que al menos se inicie en el domicilio social.

Como tiene reiteradamente declarado la DG, no cabe tener por efectuado el depósito de las cuentas si no se presenta el correspondiente informe del auditor cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiera solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral.

Resolución de 10-10-2011
*(BOE* 29-12-2011)
Registro Mercantil de Burgos

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. COMPLEMENTO.

La anotación preventiva de solicitud de publicación de complemento de convocatoria solo cabe en sociedades anónimas. Tras la entrada en vigor de la LSC, ante la falta de extensión de una norma que establece la nulidad de la junta en caso de incumplimiento, no puede aplicarse a un tipo social, sociedad limitada, diferente al previsto por el legislador. Por otra parte, en nuestro Derecho rige el sistema de *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas.

Resolución de 29-10-2011
*(BOE* 1-12-2011)
Registro Mercantil de Alicante, número II

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. ACREDITACIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO.

En aras de la agilización y reducción de cargas administrativas, se resuelve que para la calificación e inscripción de sociedades de capital no es necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención. Practicada la inscripción, el Registrador remitirá de oficio por vía telemática a la Administración Tributaria correspondiente notificación de que ha realizado la inscripción. De esta forma quedan salvaguardados los intereses de la misma en cuanto al ejercicio de sus competencias de control e inspección. Es competencia exclusiva del Estado la ordenación del Registro Mercantil y por tanto la determinación de los requisitos de acceso al mismo, por lo que la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 13/1997 de la Generalitat Valenciana no es de aplicación a este Registro que no es competencia de la Generalitat.

Resolución de 15-11-2011
*(BOE* 20-12-2011)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II

OBJETO. DETERMINACIÓN. DENOMINACIÓN SOCIAL.

La DG aplica la misma doctrina que ya antes ha mantenido respecto al objeto social, tal y como se recoge en los estatutos tipo que establece la O. JUS 3185/2010, de 9 de diciembre, para las sociedades del artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, a las sociedades encuadradas en el 5.1 que utilicen dichos estatutos: «En la enumeración de actividades contenida en el artículo 2 de los estatutos tipo aprobados

por la OM se ha optado, con finalidad simplificadora, por el puro criterio de la actividad, sin referencia a un tipo de productos o sector económico específico.

Las actividades incluidas en los estatutos tipo acotan suficientemente el sector de la realidad económica en que la sociedad quiere desarrollar su objeto.

En este caso, el Registrador rechaza «comercio al por mayor y al por menor, prestación de servicios por indeterminación» por incluir actividades sujetas a legislación especial y «actividades profesionales» por su sometimiento a la LSP.

En cuanto a la denominación social «Clínica Dental…, S. L.» no considera que sea una actividad no incluida en el objeto social así expresado en los estatutos.

## Registro Mercantil Central

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 3-11-2011
*(BOE* 5-12-2011)
Registro Mercantil Central, número III

DENOMINACIÓN SOCIAL. IDENTIDAD.

Nuestro sistema prohíbe la identidad absoluta o sustancial de denominaciones, pero no la simple semejanza. En el caso contemplado —«HR Abogados, S. L.» y «FR Abogados, F. R.»— no concurre identidad, toda vez que la pronunciación de las partículas iniciales de esas denominaciones exige su deletreo, con el resultado de que la representación de los sonidos que los vocablos en cuestión implican, dado su diverso alcance sonoro, impide que exista confusión entre las mismas.

## RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

Por Basilio Javier Aguirre Fernández

Resolución de 5-10-2010
*(DOGC* 8-11-2011)
Registro de Terrassa, número 1

CENSOS: PRESCRIPCIÓN.

No es posible hacer constar en el Registro una manifestación unilateral del titular de un derecho de censo respecto a que su derecho continua vigente, a menos que preste su consentimiento el titular de la finca afectada.

Resolución 2612/2011, de 7-10-2010
*(DOGC* 8-11-2011)
Registro de Cerdanyola del Vallés

CONVENIO REGULADOR DEL DIVORCIO: CÓNYUGES CASADOS EN SEPARACIÓN DE BIENES.

Tratándose de cónyuges casados en régimen de separación previsto en la legislación catalana, es inscribible el convenio de divorcio aprobado por el juez que contiene la liquidación de la comunidad de bienes existente sobre una vivienda adquirida por ambos en pro indiviso antes de contraer matrimonio.

Resolución 2613/2011, de 11-10-2010
*(DOGC* 8-11-2011)
Registro de Mollet del Vallés

CAMBIO DEL DESTINO O USO DE UN LOCAL A VIVIENDA.

Teniendo en cuenta lo establecido en la legislación urbanística catalana que exige licencia para las modificaciones de la propiedad horizontal que incrementen el número de viviendas, es necesaria tal licencia para cambiar el destino o uso de un local que pasa a dedicarse a vivienda.

Resolución 2755/2011, de 3-10-2010
*(DOGC* 25-11-2011)
Registro de Calafell

PACTO DE SUPERVIVENCIA.

El pacto de supervivencia tiene clara naturaleza familiar, con lo que la renuncia a la herencia no tiene que implicar la de los efectos de dicho pacto, sin que quepa además inferir la existencia de una renuncia tácita.

# *LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS HOMOSEXUALES Y LA RDGRN, DE 18 DE FEBRERO DE 2009*

por

ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ
*Profesor de Derecho Privado, Universidad de Extremadura*

*SUMARIO:* A. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.

## A) TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009.

En el expediente de inscripción de nacimiento, remitido a este Centro en trámite de recurso por virtud del entablado por los interesados, contra auto del encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles-California (Estados Unidos).

### HECHOS

1. Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), Don… y Don…, ambos ciudadanos españoles, solicitan la inscripción de nacimiento de sus hijos…, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) el… de octubre de 2008 mediante «gestación de sustitución». Adjuntan como documentación: certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia el… de octubre de 2005.

2. El encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de fecha… de noviembre de 2008, deniega lo solicitado por los interesados, con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada «gestación de sustitución» con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

3. Notificados los interesados, estos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

4. Notificado el recurso al Ministerio Fiscal, que no presenta alegación alguna al respecto, el encargado del Registro Civil Consular remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Vistos los artículos 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; 14 y 39 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; 9.4, 12.4, 12.6 y 17.1 del Código Civil; 323.2.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2 de la Ley del Registro Civil; 81, 85, 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 23 de noviembre de 2006 y de 25 de septiembre de 2006.

II. La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de esta misma. Para ello, el encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del CC). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de «Derecho aplicable» a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una «decisión» adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una «decisión extranjera» en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de «Derecho aplicable», sino una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones

extranjeras en España», en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una «decisión» por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

III. Con arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un «control de legalidad», pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho Internacional Privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho Internacional Privado, las autoridades públicas de un Estado solo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho Internacional Privado.

En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la realización efectiva de la «tutela judicial» exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo

(art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950) comprende el derecho de «acceso a un tribunal» y el derecho a una «ejecución efectiva de la decisión obtenida» (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las «decisiones claudicantes», inefectivas e inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión: el Derecho Internacional Privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española) y al derecho a un «proceso equitativo» (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950).

En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el «cruce de frontera» y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los «dobles procedimientos», lo que perjudicaría no solo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

IV. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: «el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento «público», esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al artículo 323.2.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un documento extranjero puede ser considerado como «público» cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como «documento público» o documento que hace «prueba plena en juicio» (art. 323.2.° de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales

españoles. Así lo exige el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, que indica que: «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que este sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española», como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006 y RDGRN de 25 septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a «dar fe» de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica «decisión» y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.

En tercer lugar, se deduce del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español solo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente «válidos», lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el encargado. No obstante, a tal efecto, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido «idéntico» al de las Leyes españolas (vid. art. 9.4 del CC). Lo que exige el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

V. En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el

ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, cuyo texto indica que: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.» Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el artículo 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, exige que estos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño «la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar».

En cuarto lugar, debe recordarse que el «interés superior del menor» al que alude el antes citado artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una «identidad única», como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, STJUE de 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación

registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referida a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la «vinculación genética» entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado artículo 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el artículo 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el artículo 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «Forum Shopping fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés «superior» (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquier otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en

virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 de la Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de «cosa juzgada». Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del «interés superior del menor».

VI. Debe, por último, recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al artículo 17.1.*a)* del Código Civil, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los «nacidos» de padre o madre españoles y no a los «hijos» de padre o madre españoles. Se trata esta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de 1990, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *jus sanguinis* acogido en el artículo 17.1.*a)* del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un «problema circular». En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un «círculo vicioso» o situación de «doble espejo», pues es necesario saber qué «filiación» ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta «nacionalidad española», mientras que es necesario también saber qué «nacionalidad» ostenta el sujeto para saber cuál es su «filiación» (art. 9.4 del CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1.*a)* del Código Civil utiliza la expresión «nacidos» de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el «doble espejo». El artículo 17 del Código Civil indica que son españoles los «nacidos» de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación. Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil (RDGRN de 7 de mayo de 1965, RDGRN de 4 febrero de 1966, RDGRN de 29 de diciembre de 1971, RDGRN de 19 de diciembre de 1973, RDGRN de 11 de agosto de 1975, RDGRN de 19 de enero de 1976, RDGRN de

11 de abril de 1978, RDGRN de 7 de mayo de 1980, RDGRN de 5 de marzo de 1986, RDGRN de 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981). En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los «nacidos», con lo que no es necesario recurrir al artículo 9.4 del Código Civil y a la Ley nacional del «nacido» para acreditar de quién es «hijo». En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede:

1.ª Estimar el recurso y revocar el auto apelado.
2.ª Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores y que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de D… y de Don….

Contra esta Resolución cabe recurso en la vía judicial ordinaria: la jurisdicción civil (cfr. art. 362 del Reglamento del Registro Civil).

Madrid, 18 de febrero de 2009.

La Directora General,
Pilar Blanco Morales Limones

## B) COMENTARIO

España ha sido una de las naciones pioneras (1) en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. A pesar del debate que ha suscitado en la sociedad, la reforma es un hecho y ahora hay que analizar sus consecuencias y las novedades que ha traído a la convivencia. Lo primero que hay que decir es que no nos encontramos propiamente ante un reconocimiento

(1) Junto a Holanda y Suecia en Europa, México DF en Sudamérica y algunos Estados de EE.UU. Para llegar a esta reforma, el camino hasta su maduración ha sido largo, como se describe en: Cantor *et al., Same sex marriage: The psychological evolution in America.* Middletown, 2006. Recordemos que en aquel país las relaciones sexuales homosexuales, incluso en privado, estaban criminalizadas en algunos estados hasta el año 2003, fecha en la que Tribunal Supremo de los Estados Unidos las despenalizó en el caso Lawrence v. Texas [*Lawrence v Texas,* 539 U.S. 558 (2003)], a pesar de que solo dieciséis años antes había confirmado su criminalidad en el caso *Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)]. Y es que ha de tenerse en cuenta que en ese país incluso los matrimonios interraciales estaban prohibidos en algunos estados hasta el año 1967, cuando el Tribunal Supremo los legalizó a través del célebre caso *Loving v. Virginia,* 388 U.S. 1 (1967). Tendencia confirmada en un caso similar respecto a la custodia de un menor en *Palmore v. Sidoti,* 466 U.S. 429 (1984), donde un padre pretendía que se le retirara la custodia de su hijo a su madre porque esta se había involucrado sentimentalmente con un hombre de raza negra, siendo ella, el marido y el niño, blancos.

de estas uniones. Es una equiparación en toda regla. Tal y como ha quedado redactado el artículo 44 del Código Civil, el legislador ha hecho especial hincapié en dejar meridianamente claro que legalmente no puede existir y de hecho no existe diferencia alguna entre matrimonios convencionales heterosexuales y homosexuales. Y ello es aplicable tanto a los requisitos como a los efectos del matrimonio.

Uno de los efectos que trae consigo el matrimonio es la procreación dentro de un entorno familiar tal y como se ha entendido tradicionalmente, y que da lugar a la filiación matrimonial. La filiación matrimonial puede aparecer como consecuencia del nacimiento de un hijo de forma natural, con concepción asistida o sin ella, o por adopción legal. Para los matrimonios heterosexuales este es un proceso sin mayores complicaciones, sean procedentes de la naturaleza o del Derecho. Pero para los matrimonios homosexuales, el poder tener hijos parece un proceso donde los obstáculos naturales aparecen a primera vista como insalvables; y los legales, parece que son muchos. Ciertamente la naturaleza no es aliada de cara a la procreación por parte de las parejas homosexuales (2). Y recordemos que la procreación no se encuentra ni entre los derechos ni entre los deberes conyugales, como tampoco entre los derechos fundamentales. Existe muchos matrimonios que por no desearlo, tener dificultades o por cualquier otra razón ajena a su voluntad, no tienen descendencia, y no por ello su matrimonio es incompleto o queda privado de alguno de los derechos que le son inherentes. Un matrimonio o pareja sin hijo es simplemente una variante más de la diversidad que la realidad ofrece. Estas parejas no gozan por tanto en nuestro ordenamiento jurídico, de ninguna acción para reclamar que el Estado se la proporcione.

La adopción aparece ciertamente configurada como un derecho. Pero solemos olvidar que es básicamente un derecho del adoptado más que del adoptante, a pesar de que también estos últimos gozan de ciertos derechos, pero ya dentro del procedimiento de adopción: el derecho a optar a una adopción o el derecho a hacerlo en igualdad de oportunidades. De hecho el interés jurídico protegido no es el bienestar del adoptante, sino el del adoptado: es el bienestar del menor en torno a lo que gira la moderna configuración de la adopción. No es el derecho a adoptar el bien jurídico protegido. Nuestra Constitución en ningún momento recoge el derecho a adoptar como un derecho digno de protección. No hay un derecho a adoptar entendido como derecho reivindicable: esto sería desplazar la titularidad del derecho a la adopción, que recae solo sobre el menor adoptado. El derecho a formar una familia en ningún momento implica que la familia tenga que gozar de descendencia. Hay muchas parejas que no tienen descendencia y no por ello ven sus derechos constitucionales vulnerados. Alegar que la adopción es un derecho constitucional en base al derecho a formar una familia es una tergiversación de qué debemos entender como familia, reduciéndolo a la mera procreación. El concepto de familia es mucho más amplio y en él encajan perfectamente las parejas sin descendencia.

---

(2) La complejidad de las vicisitudes por las que este tipo de parejas han de pasar para conseguir ser padres o madres son de lo más variopinto. La ciencia ha añadido algunas más a las ya conocidas desde hace tiempo de la adopción o las madres de alquiler, como la fecundación *in vitro*. La literatura acerca de estas es abundante en la red. También se han publicado muchas guías prácticas o incluso relatos novelados: BLANC, *Et elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale.* Manosque, 2005.

Lo mismo podemos alegar en cuanto a ese supuestamente pretendido derecho a la procreación (3): el derecho a tener hijos tampoco es un derecho constitucionalmente reconocido ni cabe ser englobado dentro del derecho a una familia por las mismas razones anteriormente expuestas.

En ambos casos el superior derecho invocable es el del menor a tener una familia. Derecho que será en beneficio del menor y no de ningún adoptante. El que el menor goce de una familia sí puede englobarse dentro del derecho a tener una familia y es un derecho que viene dado en interés de la sociedad en general. El interés del menor es el objetivo que la adopción busca (4). Cualquier consideración que se haga en materia adoptiva ha de verse desde el tamiz de este principio, que debemos considerar como la norma suprema de la adopción. Dicho esto, consideraremos las razones a favor y en contra de la adopción por personas homosexuales sin perder de vista este principio, Pero podemos avanzar que negar la posibilidad de que estas personas adopten no es un argumento directo a favor del mejor interés del menor (5). Restringir la posibilidad de gozar de un hogar de adopción frente a la vida en la inclusa no es un principio general aceptable en la defensa del interés del menor. Además del mejor interés del menor debemos introducir su concepto correlativo: el menor perjuicio al interés del menor (6). Concepto subsidiario a usar cuando en este orden de cosas debemos buscar la alternativa que menos daño le cause, si es que no nos ponemos de acuerdo en cuál es su mejor interés.

La adopción es una figura que como hecho se usa desde los albores de la Humanidad (incluso algunos animales la utilizan) y como figura legal se conoce desde el Código de Hammurabi (7). Como es lógico, pues si el objetivo intrínseco de las especies es la supervivencia, y esta pasa por que los menores lleguen a la edad adulta y tengan la oportunidad de procrear y conservar la especie, entonces la protección de menor ha de ser uno de los principales objetivos de la especie, y

---

(3) Vid. WILKINS, CHRISTENSEN, SELDEN, «Adult sexual desire and the best interest of the child», en *Saint Thomas Law Journal,* 2005, págs. 543 y 544.

(4) Para la conceptualización de en qué consiste el interés del menor: RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor,* Madrid, 2000, págs. 35 y sigs. Aunque no es cuestión pacífica en un buen número de aspectos acerca de hasta dónde alcanza ese interés, pues la concepción de bienestar del menor entra en conflicto en ocasiones con su propio interés. Es por ello que no es tan sencillo en ocasiones esa determinación (cfr. MICHAEL, «Approaching same sex marriage: How second-parent adoption cases can help courts achieve the best interest of the same-sex family», en *Connecticut Law Review,* 2003, pág, 1447). Estamos de acuerdo en que la alimentación, alojamiento y escolarización son lo fundamental. Pero eso lo provee también el Estado. El bienestar del menor va más allá, y es en este aspecto donde la indeterminación del concepto se hace patente: conceptos como el cariño, el apoyo, la seguridad o la protección no están suficientemente definidos intrínsecamente como para estar exentos de controversia. Para diferentes aspectos relacionados con el bienestar del menor, véase: *Child Welfare,* mayo/junio de 2006, donde aparecen diferentes artículos desde diversos puntos de vista académicos y prácticos en relación al tema que en este artículo tratamos.

(5) «Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law», en *Harvard Law Review,* 1988-1989, págs. 1645 y 1646.

(6) Cfr. GOLDSTEIN *[et al.], The best interests of the child: the least detrimental alternative,* Nueva York, 1998.

(7) Preceptos 185 y sigs. Para su evolución en España: OTERO VARELA, «Dos estudios histórico jurídicos: el riepto en el derecho castellano-leonés; la adopción en la historia del Derecho español», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español,* 4. Roma, 1955.

por ende de una de sus creaciones, el ordenamiento jurídico (8). Si tenemos en cuenta que un menor solo casi no tiene posibilidades de sobrevivir hasta que no alcanza cierta edad, es lógico que un adulto se haga cargo de él hasta esa edad. La figura que el hombre ha inventado para darle forma jurídica es la adopción. Por ello la adopción trata de la protección del menor hasta la llegada de este a su edad adulta, y es su interés el que debe primar dentro de la categoría jurídica que hemos configurado como un negocio jurídico y que llamamos adopción. La equiparación legal de todas las filiaciones es una consecuencia más de este principio, y una ayuda a que la adopción sea entendida como un proceso más natural y a que no sea socialmente denostado. Este paso legal ha sido fundamental para ayudar a que la percepción social de la filiación adoptiva no sea conspirada como de segunda clase o de inferior valor que la filiación natural o de sangre. Esta percepción ha sido dominante durante mucho tiempo en nuestra sociedad, y solo poco a poco, las nuevas generaciones que ya han nacido y han vivido con normalidad la igualación de las filiaciones, están comenzando a cambiar.

Lo que ahora vemos como un deseo de muchas personas, durante siglos fue una carga, y adoptar suponía un sacrificio desde el punto de vista económico. Es además indudable que la genética (el poder de la naturaleza) predomina sobre las leyes de los hombres (la adopción). No se puede subestimar el lazo de sangre que está embebido en nuestro código genético y que nos lleva a querer más a los de nuestra propia sangre. Cierto que el trato trae el cariño en la mayoría de los casos, pero el lazo de sangre es más poderoso que el legal y el afectivo (9). Es por ello normal que siempre se haya preferido la adopción por parte de familiares del menor que por extraños, a pesar de que económicamente no fuera preferible en ocasiones. Solo el transcurso de un largo período de tiempo y la madurez pueden llevar a que el lazo afectivo supere al lazo de sangre.

Los adoptantes gozan de una serie de derechos y están sometidos a una buena serie de obligaciones, mientras que el menor carece de obligaciones y solo está para disfrutar de los derechos que la filiación le cualifica para recibir de sus

---

(8) En general: BRODZINSKI, SCHECHTER, *The psycology of adoption,* Nueva York, 1990.

(9) Por ello siempre se ha mantenido el secreto acerca de las identidades de adoptantes y adoptados. Estos registros son en la actualidad secretos, aunque la tendencia es que dejen de serlo (cfr. CARP, *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, 1998, págs. 223 y sigs.). Las personas adoptadas muchas veces desean saber su verdadera procedencia genética, y una vez llegada la mayoría de edad hay pocas razones para oponerse a que les sea desvelada. Por otra parte, los avances médicos cada vez más tienen que ver con técnicas donde la genética juega un papel determinante y esta puede ser la llave para la curación de una persona: pensemos en el caso de un trasplante de médula. Cada vez más por ello están produciéndose las denominadas adopciones abiertas, donde los progenitores naturales y los adoptantes se conocen y a veces incluso acuerdan que el menor mantenga lazos con sus padres naturales, como un régimen de visitas. Lo cierto es que no fue hasta después de la II Guerra Mundial que la incomunicación entre adoptantes y progenitores naturales se estableció como regla, en base a teorías psicoanalíticas que conceptualizaban negativamente a estos últimos y estimaban que debían ser apartados de la vida del menor (cfr. CAHN, «Perfect Substitutes or the Real Things?», en *Duke Law Journal,* 2003, pág. 1077). Anteriormente no se prohibía legalmente el contacto post-adoptivo del o de los progenitores con el menor. Hoy se entiende que las adopciones abiertas no solo son posibles, sino recomendables en algunos casos, como ha demostrado su éxito en los países que las aceptan. Ello es así porque con ellas se consigue que en los casos en que aparecen tensiones por la incógnita de saber la procedencia biológica, el acceso a ese conocimiento (e incluso el contacto) soluciona el trastorno que el desconocimiento proporciona a la persona.

progenitores (al menos hasta alcanzar la mayoría de edad). Por ello entendemos que la función social de la adopción es la de dotar al menor con los instrumentos para su más correcta socialización y educación psico-afectiva: un hogar donde los principios afectivos y sociales le sean inculcados por unos progenitores que actúan simultáneamente a esta función educadora, como protectores de la integridad económica, física y emocional del menor hasta su llegada a la edad adulta. Función que entendemos van a realizar mejor que el Estado, dada su inmediatez, frente a la impersonalidad y distancia que caracteriza la actuación de las Administraciones públicas. La función del Estado consiste en la selección de las mejores personas posibles para la realización de tales funciones (10). En este sentido la equiparación de filiaciones debería hacer olvidar los prejuicios de la filiación adoptiva frente a la biológica y que la selección de candidatos para adoptar sea más abierta, alejándose del principio de que la familia tradicional es la única capaz de llevar a cabo la correcta socialización del menor. Se aceptará así la realidad social de la diversidad de opciones de vida que en la actualidad se dan, tanto desde el punto de vista de la elección de la propia sexualidad como del modo de convivir en pareja. No olvidemos que la discriminación puede ser tanto por acción como por omisión asentada en concepciones discriminatorias que configuran prejuicios que hoy consideramos no aceptables en la sociedad civil laica que nuestra Constitución consagra, y que deben permanecer relegados a la esfera privada de las personas y de las comunidades a las que estas pertenecen (11).

Como indicábamos para el divorcio al comienzo de este artículo, las realidades sociales de las sociedades evolucionan y cambian. El concepto de unión entre dos personas que teníamos hace unas décadas es ostensiblemente diferente del que hoy en día entienden los ciudadanos. Una de las funciones de la legislación es mantenerse de acuerdo con las demandas de la sociedad. Dicho en otras palabras, la teoría jurídica debe compatibilizarse con los avances sociales de modo que tomándola como referencia, la normativa se adecue a tales avances. Y la unión entre dos personas no cabe duda que es el germen de la institución que llamamos «familia». Consecuentemente con la evolución del concepto de unión que se ha producido, también el concepto de familia se ha visto involucrado en esa evolución. Estamos viviendo un momento de la historia en el que el concepto de familia está viviendo una rápida transformación en muchos frentes (12). Y el ordenamiento jurídico es proverbialmente lento en adaptarse a las demandas

(10) En otros países, como Estados Unidos, es posible prestar esa función de manera privada y por ello existe la posibilidad de que sea realizada por agencias de adopción particulares, configuradas como entidades sin ánimo de lucro supervisadas por el gobierno.

(11) Desde una concepción aristoteliana de la justicia, nos vemos obligados a dar a cada uno lo que se merece, lo que se considera que le es propio. Si se les está otorgando el derecho a formar uniones legales estables, ello conlleva, nos guste o no, que también deban optar a poder formar una familia al completo a menos que haya una causa que les prive del derecho a recibir tal beneficio. Veremos más sobre este aspecto al considerar a quién le corresponde la carga de la prueba en cuanto a la idoneidad de las parejas homosexuales para poder adoptar.

(12) No solo en el tema de la adopción que ahora tratamos, y en cómo se forman las familias, sino en aspectos comunes a todo tipo de familias, independientemente de cómo se formen: cuales son los elementos constitutivos de la familia, cuál es la relación entre los miembros que la integran en el sentido de cuales son las obligaciones morales entre ellos, cuanto duran esas obligaciones… Cfr. CAHN, «The moral complexities of family law», en *Stanford Law Review,* 1997, págs. 225 y sigs. SHANLEY, *Making babies, making families.*

sociales en un buen número de aspectos (13) (siendo la mejor adaptabilidad una de las ventajas que el sistema del Common Law argumenta frente a la lentitud que el régimen estatutario confiere al sistema continental).

Por un lado, la cifra de enlaces oficiados en España en 2009 por la vía civil ha superado a los matrimonios religiosos, algo que ocurre por primera vez en una década, ya que desde el año 2000 siempre fueron mayoría las bodas celebradas en la iglesia católica (14). En concreto, el año pasado se celebraron 94.993 bodas por la vía civil, frente a las 80.174 oficiadas por la Iglesia; un año antes, la proporción era de 99.104 religiosas (un 19 por 100 más) frente a 94.170 civiles. En cuanto a los enlaces realizados por otros ritos religiosos, en 2009 fueron 785, en línea con años anteriores (15). La tendencia a imponerse el contraer matrimonio por el rito civil en vez de por el rito religioso se acrecienta y es, a nuestro juicio, un síntoma del cambio social que en España se está produciendo. La secularización de la sociedad implica a efectos matrimoniales, que los ciudadanos tienden a confiar más en las estructuras del Estado que en las de la iglesia católica para la organización de su vida en pareja. Pero también es consecuencia de un cambio de mentalidad.

La familia tradicional compuesta por dos progenitores de diferente sexo que de manera natural engendraba una prole más o menos numerosa, es un concepto que, si se quiere entender como socio-familiarmente hegemónico, no es ya el universalmente aceptado (16). La diversidad en la realidad social es patente. Ha quedado ya desfasado en el sentido de que no es ya el hegemónico; a este régimen tradicional se han unido otras tipologías familiares. Las técnicas de reproducción que la ciencia ha puesto a nuestra disposición han cambiado el paradigma de que la ley no tenía que elegir entre la paternidad biológica y la social (17), pues como veremos, las técnicas de reproducción artificial, la maternidad subrogada (gestación de sustitución, más conocida como «vientre de alquiler» (18) y ciertas

---

*What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents,* Boston, 2001, págs. 1 y sigs.

(13) Cfr. CHRISTENSEN, «Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families», en *Cardozo Law Review,* 1997, pág. 1302. GATOS, «Third parent adoption in lesbian and gay families», en *Vermont Law Review,* 2001, pág. 197.

(14) Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística.

(15) Desde el año 2000, el número de enlaces civiles ha ido en aumento mientras se reducía el de celebrados en la Iglesia. En aquel momento se oficiaron 163.636 matrimonios religiosos, frente a los 52.255 oficiados por jueces, alcaldes, concejales y demás personal autorizado. En el año 2004 por primera vez los enlaces civiles superaron los 80.000 y los oficiados en la iglesia bajaron de 140.000, cifra que hasta entonces se superaba con holgura. En 2005 los matrimonios religiosos fueron 126.291 y los civiles 81.206. Ya en el año 2007, las bodas civiles superaron las 91.000 frente a las 109.811 que celebró la Iglesia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

(16) Véase, en general: ELOVITZ, SCHNEIDER, *Legal issues facing the nontraditional family,* Nueva York, 1995.

(17) Cfr. ELLMAN, «Thinking about custody and support in ambiguous father families», en *Family Law Quarterly,* 2002, pág. 52.

(18) Para la conceptualización jurídica de esta figura en el Derecho anglosajón, donde se han escrito ríos de tinta sobre el tema, los artículos más citados que sintetizan la doctrina legal y doctrinal hasta el momento: ANDREWS, «Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood», en *Virginia Law Review,* 1995, págs. 2343 y sigs. GARRISON, «Making for baby making: an interpretive approach to the determination of legal parentage». En *Harvard Law Review,* 2000, págs. 837 y sigs.

adopciones novedosas en nuestra estructura jurídica, lo desafían (19). No solamente en cuanto a la posibilidad de concebir de manera diferente a la natural, que origina que la prole o parte de ella haya nacido con genes diferentes a los de sus progenitores o que la fecundación se haya producido fuera del cuerpo de la madre. Me estoy refiriendo principalmente a las familias que denominamos homoparentales, o sea, compuestas por dos progenitores del mismo sexo (20). En ellas la prole no nace por el procedimiento tradicional, pues es necesario un apoyo científico y legal para que estas parejas puedan formar una familia con descendencia. La ley debe naturalmente adaptarse a las realidades sociales si queremos que sea percibida por los ciudadanos como digna de ser acatada (21); y a día de hoy la legislación española se encuentra entre las que proporcionan un marco en el que las parejas homosexuales son tratadas igualitariamente respecto de las parejas tradicionales en cuanto a las categorías del derecho de familia, lo cual es bastante novedoso en nuestro entorno jurídico (22).

No es una novedad que se quiebren los paradigmas establecidos en un momento dado y sean sustituidos por unos nuevos. Esto es pura evolución de la sociedad, y sería falso afirmar que la estructura familiar que hoy llamamos tradicional es la misma estructura que ha existido durante siglos, porque lo cierto es que a lo largo de la historia de la humanidad, esa estructura familiar ha sido cambiante, ha ido modificándose y adaptándose a la evolución social de cada momento (23). No es igual el concepto sobre la familia que se tenía en la época

---

(19) Vid. JOSLIN, «Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond», en *Ohio State Law Journal,* 2009, págs. 594 y sigs.

(20) O incluso tres progenitores, como el caso que plantea GATOS (un caso real en Massachussets que relata en: «Third parent adoption in lesbian and gay families», en *Vermont Law Review,* 2001, págs. 195 y sigs.) donde el donante masculino para los hijos de cada una de las dos mujeres que forman pareja, comparte los derechos y obligaciones parentales con ellas dos.

(21) En este sentido es interesante la apreciación que hace LIN («Social norms and judicial decision-making: Examining the role of narratives in same sex adoption cases», en *Columbia Law Review,* 1999, págs. 739 y sigs.) sobre el papel que juega la individualización de los casos frente a la generalidad como colectivo de las personas homosexuales, muy en línea con las ideas de la Escuela Crítica del Derecho. Aduce que la empatía personal (hacia las personas concretas implicadas) que despiertan las historias de éxito de este tipo de adopciones, por ejemplo, esa pareja gay que tiene en acogida a cinco niños con SIDA o aquella otra que acogió a una niña con desórdenes de la personalidad y problemas de disciplina que había pasado por innumerables familias de acogida anteriormente y consiguió que terminara la educación secundaria y fuera a la Universidad, supera con creces a los sentimientos que el colectivo en sí pueda despertar. Pero actúa de manera diferente, curiosamente, cuando llega nuestros oídos una historia de fracaso: la antipatía no se dirige en este caso personalmente contra esa concreta pareja, sino más bien contra el colectivo en general.

(22) No olvidemos que todo trato diferenciado ha de ser justificado: una discriminación injustificada no se ajusta a los requisitos del artículo 14 CE. Por otro lado, la pragmática mentalidad anglosajona les ha llevado a tomar como uno de los principales criterios diferenciadores de cara a evaluar cuándo un trato diferenciado en el ámbito familiar es discriminatorio o no, es la capacidad de los miembros de un determinado colectivo para contribuir al buen desarrollo de la sociedad o, por el contrario, a perjudicarlo. En este sentido la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado en el sentido de que la orientación sexual de las personas es irrelevante a estos efectos, por lo que no puede ser tal orientación base de diferenciación legal (cfr. *Frontiero v. Richardson,* 411 U.S 687).

(23) Conceptos tales como el de familia patriarcal, el de indisolubilidad del vínculo, el secretismo y ocultación de la vida sexual matrimonial, eliminación del erotismo de la vida social, etc., erigidos dentro de un particular momento o momentos dados de la historia.

griega, que en la romana, en la edad media, en el siglo XIX, que en la actual. Las costumbres y modos de comportamiento han ido cambiando (24). Incluso la localización geográfica de las diferentes sociedades ha resultado en diferentes costumbres y modos. Y así la postura frente a la homosexualidad también ha sido desigual. Es cierto que en el momento actual nos enfrentamos a algunos retos que no se habían planteado anteriormente, lo que nos deja sin la posibilidad de acudir a la referencia histórica para encontrar una solución. Los matrimonios entre personas del mismo sexo son una novedad jurídica y la posibilidad de que estos adopten es una necesaria e ineludible consecuencia por imposición constitucional de su existencia. A esta posibilidad debemos enfrentarnos y darle una solución, primero desde el punto de vista filosófico jurídico que legitime o deslegitime al legislador en su esfuerzo por permitir estas adopciones; y en un segundo estadio, establecer los mecanismos legales, civiles y administrativos, para permitirlos o negarlos. Lo que no es de recibo es dejar esta posibilidad en un limbo legal que obliga a los jueces españoles a decidir caso por caso, como veremos que está ocurriendo. La falta de previsión del legislador, en su afán de legislar por decreto por conveniencia política sobre asuntos sobre los que parece estar, jurídicamente hablando, bastante desorientado, nos lleva a los juristas a tener que hacer un esfuerzo adicional para encajar esa legislación "por decreto" dentro de los esquemas de la lógica jurídica, los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y, además, prever la vía por la que el legislador pudiera enmendar o atenuar los estropicios que está causando en el equilibrio de la unidad del sistema legal.

Aparte de los avances científicos, la ley proporciona el instrumento de la adopción para que las familias homoparentales puedan gozar de descendencia; es el instrumento legal del que gozamos es la adopción (25). Tradicionalmente la adopción se lleva a cabo mediante la inclusión en la familia adoptante del menor que, habiendo sido concebido de forma natural, sus progenitores no desean o no les es posible hacerse cargo de él. Crea, por tanto, un lazo familiar en sustitución de la sangre, que es la que normalmente lo crea. Esta

---

(24) Ver una aproximación a esta evolución en lo referente a la homosexualidad en: SILVA JUNIOR, *A possibilidade juridica de adoçâo por casais homossexuais,* Curitiba, 2008. Asimismo, es significativo aclarar que hoy se estima que existe una diferencia conceptual entre sexo, género y orientación sexual (cfr. ROSKI, «Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia», en *Yale Journal of Law and Feminism,* 2009, pág. 274).

(25) Las adopciones extra-jurídicas por la vía de hecho no las contemplamos por salirse del objeto meramente jurídico del presente estudio. Mencionar que la más popular, o al menos curiosa, es la que MALDONADO (vid., *Os caminhos do coraçâo: pais e filos adotivos.* São Paulo, 2001, pág. 21) denomina adopción «a la brasileña». Consiste simplemente en la compra de un recién nacido por una pareja en el momento de su nacimiento. La pareja «adoptante» finge ser la progenitora natural del bebé, que inscriben en el Registro como hijo natural, con la connivencia del facultativo, que oculta la ausencia de embarazo de la adoptante y el embarazo de la verdadera madre natural durante meses, intercambiándolos mediante la falsificación de la realidad, la cual pasa a formar parte de la realidad oficial mediante la inscripción en el Registro, que no tiene porqué comprobar la existencia del fraude si este se ha hecho correctamente y sin levantar sospechas. Según MALDONADO, este atajo para evitar los trámites oficiales de adopción resulta en Brasil mucho más rápido y barato dado el alto número de embarazos no deseados y la pobreza del país. O simplemente la madre natural procede registrándose en el hospital bajo el nombre de la madre adoptiva y entregándole después el bebé (cfr. GREEN, *Marriage and family law agreements.* Colorado Springs, 1984, págs. 307 y 308).

concepción de la adopción, a pesar de seguir siendo el esquema clásico, ya no es el único. No es ya solo que las adopciones se realicen a nivel internacional, como hemos visto, sino que no son ya el fruto del azar y muchas adopciones se realizan por encargo. Así es en el contrato de vientre de alquiler. No quiero entrar en profundidad a analizar este contrato en este trabajo. Solo nos interesa en este momento el trato que el legislador español le da: en nuestro ordenamiento jurídico este tipo de contratos está expresamente prohibido por la ley de reproducción asistida.

La posibilidad de que puedan acceder a la adopción las parejas homosexuales ha sido ampliamente criticada (26). Las bases para esta crítica son muy diversas, aunque muchas de ellas son repetición de las aducidas cuando se aprobó el divorcio y cuando se ha aprobado la reforma del matrimonio. No debemos olvidar que en la adopción lo fundamental es la protección del bienestar del menor, y no el de los adoptantes. En este sentido los estudios hechos por los psicólogos indican que el porcentaje de hijos biológicos y de hijos adoptados que se someten a terapia por problemas resultantes de relaciones paterno-filiales no es significativamente diferente (27). Claro que no tenemos datos de qué ocurre con los adoptados por parejas homosexuales, puesto que este fenómeno es demasiado reciente. Se argumenta que los problemas psicológicos de estos adoptados se dispararán, que la convivencia sin un padre y una madre de diferente sexo causará trastornos de la personalidad de los menores. Ha de quedar claro que a día de hoy esto es solo una suposición carente de base científica empírica rigurosa,

---

(26) Consecuente con su virtualidad, esta corriente aleja de momento bastante la posibilidad de consentir la adopción por parejas homosexuales (cfr. TOBIAS, «Several steps venid: Gay and lesbian adoptions», en HASLANGER, WITT, *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays,* Ithaca, 2005, págs. 95 y sigs.). Hay incluso quien aboga por prohibir la adopción por cualquier pareja no casada, independientemente de su composición: Cfr. WARDLE, «Comparative perspectives on adoption of children by cohabiting, nonmarital couples and partners», en *Arkansas Law Review,* 2010, pág. 32.

(27) OLIVEIRA, BORTOLOZZI, *Adopçao por homossexuais. A familia homoparental sob o olhar da psicología juridica,* Curitiba, 2009, pág. 97. A pesar de que, como reconocen estos mismos autores, el lazo sanguíneo entre padres e hijos es importante. ¿Pero importante desde qué punto de vista? En el plano afectivo consciente, el hijo biológico y el adoptado son igualmente deseados y queridos; y el adoptado normalmente no sabe que lo es hasta que alguien se lo desvela, algo que ocurre normalmente a una edad ya avanzada, donde las estructuras afectivas del menor ya están formadas. Por ello no debería haber diferencia significativas. Es únicamente desde el plano inconsciente de los progenitores que pudiera haber diferencias. Al saber que el hijo no es descendiente de sangre, quizá nuestra herencia genética nos esté jugando una mala pasada y no se trate de igual modo al hijo biológico que al adoptado. En algunas especies animales el macho asesina a los cachorros que la hembra aún mantiene si no son suyos y son de otro macho; en definitiva, que no están dispuestos a adoptar. Lo cierto es que el vínculo genético sí juega un papel relevante en las relaciones familiares que ha de ser tenido en cuenta desde el punto de vista psicológico, afectivo y existencial de la persona. Intentar eludirlos es una vía segura al fracaso, pues estos lazos son más importantes de lo que el legislador pretende en la normativa sobre adopción (cfr. APPELL, «The endurance of the biological connection: Heteronormativity, same sex parenting and the lessons of adoption», en *Brigham Young University Journal of Public Policy,* 2007-2008, págs. 291 y sigs. También: ROBERTS, «The Genetic Tie», en *University of Chicago Law Review,* 1995, págs. 219 y sigs.). Es por ello importante tener en cuenta no solo los vínculos que la ley establece, sino también la naturaleza intrínseca de las cosas, la cual no debe ser ignorada para establecer una correcta fórmula legal en cualquier aspecto de la convivencia social, no siendo la adopción ni mucho menos una excepción.

pues se reduce a una opinión proclamada por sus detractores (28). Habrá que esperar mucho tiempo, probablemente incluso décadas para saber con certeza si esta hipótesis es cierta o no. Hasta que un número significativo de menores que crezcan en este entorno no alcance una cierta edad y pueda evaluarse su progresión estaremos ante hipótesis afirmadas por unos y negadas por otros, pero ambas sin conocimiento riguroso. No hay elementos comparativos ni estadísticos ni posibilidad de análisis regresivo para poder aseverar este tipo de afirmaciones. Mientras tanto, lo que estamos poniendo en la balanza es la positiva felicidad y autoafirmación de un sector de la población frente a la hipótesis de que estas pueden ser lesivas para el bienestar psicológico del menor adoptado. Y es que esta última hipótesis no está demostrada, no solo por lo antes expuesto sobre la falta de base científica, sino que además nadie puede asegurar que un hogar homosexual sea sin ningún atisbo de duda peor que la falta de hogar, esto es, viviendo bajo la tutela del Estado de orfanato en orfanato y de casa de acogida donde las figuras maternal y paternal son sustituidas por trabajadores sociales.

Cuando se promulgó la ley del divorcio, una de las mayores críticas que recibió fue que dejaría a una gran cantidad de menores en una situación traumática al verse enfrentados a vivir con uno solo de sus progenitores sin el otro y que esta desestructuración de la convivencia tradicional les acarrearía serios

---

(28) Los estudios en uno y otro sentido son tan abultados en número como especulativos, en muchos casos haciendo extrapolaciones de dudoso rigor científico. Tanto los que estiman que los menores no denotan diferencia alguna entre progenitores homosexuales y heterosexuales (a modo de ejemplo de esta línea de pensamiento, citando numerosos estudios científicos y jurídicos que respaldan sus premisas: ROSKI, «Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia», en *Yale Journal of Law and Feminism,* 2009, págs. 257 y sigs. STACEY, BIBLARZ, «(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?», en *American Sociological Review*, 2001, págs. 159 y sigs. POLIKOFF, «This child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other nontraditional families», en *Georgetown Law Journal,* 1990, págs. 459 y sigs. ELOVITZ, «Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research», en *Duke journal of gender law and policy*, 1995, págs. 211 y sigs. GREEN, «Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York», en *Brooklyn Law Review*, 1996, págs. 399 y sigs. ADAMS, «Whose family is it anyway? The continuos struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children», en *New England Law Review*, 1995, págs. 592 y sigs.), como los que afirman que el menor criado en una familia homoparental sufrirá daño psicológico (WARDLE, «Considereing the impact on children and society of lesbiangay parenting», en *Quarterly law journal*, 2004, págs. 550 y sigs. REKERS, «An empirically supported racional basis for prohibiting adoption, foster parenting and and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member», en *Saint Thomas Law Review*, 2005, págs. 325 y sigs.) se basan en meras teorías, elucubraciones y proyecciones especulativas. Simplemente no hay datos empíricos suficientes sobre los que sustentar una sólida teoría psicológica de cómo va a resultar para un menor el ser criado en un ambiente hogareño homosexual. Vid. ELOVITZ, «Adoption by lesbian and gay people», en: ELOVITZ, SCHENIDER, *Legal issues facing the nontraditional family,* págs. 171 y sigs. Nueva York, 1995. WILKINS, CHRISTENSEN, SELDEN, *op. cit.,* págs. 575 y sigs. (con abundantes referencias a la doctrina psicológica y sociológica). La prestigiosa American Psychology Association (APA) tiene editada la guía «Lesbian and Gay Parenting» destinada a servir se guía a los padres y madres homosexuales, así como a los Tribunales en cuanto a las cualidades y peculiaridades que aparecen en estas relaciones. La guía, según reza su prefacio, nace como consecuencia de que en 1975 esta entidad eliminó la homosexualidad de la lista de desórdenes mentales humanos (de igual modo a como hizo la Asociación Psiquiátrica Americana), con la intención de «reducir el prejuicio, discriminación y violencia» que generaba.

problemas psicológicos. Aquella era una aseveración carente de base científica, al no existir datos. Transcurridos los años se ha demostrado falsa en buena parte. El tiempo se ha encargado de demostrar que los hijos de padres divorciados llevan una existencia diferente, quizá más difícil en algunos momentos, pero que se termina sobrellevando, viviendo con normalidad y que no deja secuelas insuperables en su carácter. Que de esta dificultad añadida en la vida de los hijos de padres divorciados se ha aceptado como que se encuentra dentro de las vicisitudes que la vida moderna marca. De hecho, de acuerdo con las estadísticas que mencionábamos al comienzo, pronto los hijos de padres divorciados serán quizá la normalidad (29), pues es posible que acaben superando al número de menores de padres no divorciados. Este paradigma quizá pueda ser trasladado a la polémica que nos afecta ahora y que aquí tratamos. Los menores adoptados por parejas homosexuales, ¿están condenados a sufrir graves consecuencias psicológicas? ¿O simplemente serán diferentes y llevarán una vida normal, simplemente que se encontrarán dentro de una sociedad en la que convivirán menores provenientes de una mayor diversidad de contextos familiares? Si se aboga por la primera opción, se deben aportar pruebas fehacientes, porque de lo contrario los denominados «valores tradicionales» no pueden considerarse por sí solos razón suficiente para mantener una normativa que pueda ser considerada discriminatoria o esconda prejuicios o animosidad frente a determinados colectivos, algo que no se ha hecho hasta ahora.

Las dudas que genera la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los procesos de adopción son una herencia de la discriminación social y legal que la sociedad ha venido mostrando frente a las personas homosexuales. Una buena parte de las razones que se aducen en contra de esta posibilidad tienen relación con la futura orientación sexual del adoptado (prejuicio frente a la homosexualidad), frente a la errónea percepción del menor de los roles de género o sexuales (prejuicio de nuevo frente a la posibilidad de la homosexualidad) o por el trato que pudieran recibir de otros menores por la condición de sus progenitores (prejuicio reflejo) (30). Pero la verdad es que lo necesario para que una adopción sea exitosa desde el punto de vista del beneficio del menor es un hogar familiar emocional y afectivamente equilibrado. Los hogares tradicionales pueden serlo o no; dar por sentado que un hogar homosexual es, por principio, inestable es prejuzgar una realidad que requiere un análisis más riguroso. Es lógico pensar que existen hogares inestables, no idóneos para la correcta socialización del menor, tanto en el ámbito de la familia tradicional como en el de los hogares homosexuales, y por tanto inadecuados para ser candidatos a la adopción. Es función de la autoridad competente en la aprobación de la adopción el constatar la idoneidad del hogar; y los principios constitucionales de igualdad obligan a esas autoridades a librarse de prejuicios sexistas y realizar su labor de selección de adoptantes libres de ellos, tomando todas las solicitudes de manera neutra, o

(29) Estadísticamente hablando.

(30) Además de estas, pueden alegarse otro tipo de prejuicios, como la supuesta alta promiscuidad en el ámbito homosexual, el riesgo de exclusión social por el tipo de relación que sostienen los progenitores, la inestabilidad de este tipo de relaciones, etc., mencionados por Oliveira, Bortolozzi, *op. cit.,* págs. 180 y sigs. También: Mallon, *Lesbian and gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth,* Washington, 2006, pág. 32 y sigs.; 47 y sigs. Desde un punto más ortodoxamente psicológico de la formación de los papeles de género en los menores: Silva Junior, *op. cit.,* págs. 103 y sigs.

sea, independiente de la orientación sexual de los solicitantes. Lo importante es que sean capaces de formar un individuo que al llegar a la madurez pueda desenvolverse con naturalidad en el mundo que le espera, a la vez que sean capaces de satisfacer las necesidades de afectividad de las que los menores necesitan grandes dosis. Para ello tradicionalmente se ha exigido el cumplimiento (verificados por la administración actuante) de unos principios a las parejas y matrimonios para poder acceder a la adopción, como son los de estabilidad emocional y afectivo-familiar de la pareja, buena salud psicológica, posibilidades económicas, plena integración y arraigo en su comunidad, requisitos que pueden cumplir tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales. Igual que tales competencias no se les reconocen automáticamente a estas últimas, tampoco se debe suponer que son sistemática y automáticamente incumplidas por parte de las primeras. Se hace necesaria una cuidada política de selección de los hogares de adopción. Pero la exclusión de las parejas homosexuales de los procesos de adopción cuando hay gran cantidad de niños que están bajo la tutela del Estado parece plantear una elección entre que sigan bajo la tutela del Estado o que puedan ser adoptados por una pareja homosexual, ya que las parejas heterosexuales no se interesan por esos menores. Ante esta dicotomía, la elección a favor del mejor interés del menor parece que dicta que se deba favorecer la adopción. Si a esto añadimos que algunos de esos niños tienen algún problema físico o psíquico y ninguna pareja heterosexual ha solicitado su adopción (31), negar a una pareja no heterosexual que sí está dispuesta a adoptar a ese niño la opción de poder hacerlo no parece conforme con el principio del mejor interés del menor.

El argumento de que el daño que una errónea adopción puede causar a un menor es superior al daño que la tutela del Estado le puede causar puede no ser acertado, pues el internamiento en centros públicos de acogida es probablemente el peor hogar que se puede desear para un niño. Por supuesto que el Estado hace lo mejor que sabe para procurar el bienestar de los huérfanos; pero no cabe duda que un hogar familiar es mejor lugar para un menor que un centro de acogida, por mucho esfuerzo que se ponga en asimilar este último a las condiciones de un verdadero hogar familiar. Y no es cierto que haya exceso de solicitudes de adopción, o sea, hogares de sobra deseando adoptar: los menores de raza blanca recién nacidos (o de pronta edad) y perfectamente sanos, fácilmente encuentran un hogar heterosexual para ser adoptados (de hecho hay lista de espera, y se recurre a la adopción internacional con la intención de acortar el tiempo de espera). Pero se nos olvida que estos no son los únicos menores que necesitan adopción: niños con enfermedades, con discapacidades, de otras razas (negra especialmente), adolescentes, etc. También ellos requieren un hogar para crecer arropados, con adultos que les den cariño, protección, seguridad y educación. No es decir que solo puedan adoptar los niños que otros no quieren (32), sino honrar el hecho de que ha sido efectivamente la comunidad homosexual la que ha sido más valiente a la hora de aceptar la responsabilidad de adopciones problemáticas, especialmente en casos de niños con SIDA (33).

---

(31) A modo de ejemplo el mencionado por TOBIAS (*op. cit.,* pág. 95) que cita a una pareja homosexual que tenía en régimen de acogida a cinco niños nacidos seropositivos y el Estado de Florida les ha denegado la posibilidad de adoptarlos.

(32) En contra de esta estigmatización: EVALL, «Sexual orientation and adoption matching», en *Family Law Quarterly,* 1991, págs. 361 a 364.

(33) Cfr. ADAMS, *op. cit.,* págs. 602 y 603. Y según un estudio de UNICEF del año 2002, existen en el mundo trece millones de huérfanos enfermos de SIDA (cfr. WARDLE, «The Ha-

Ciertamente existe un orden de prelación para cuando faltan los padre biológicos de cara a quién se prefiere para poder adoptar (o para su acogimiento, hablando con mayor rigor); cuanto más cercano sea el grado de parentesco, más preferido. Si es pareja, mejor que si es familiar soltero. En primer lugar se prefiere a un familiar que tenga lazo de sangre con el menor. Y no se discute que sea el más adecuado. De no existir se prefiere una adopción por pareja heterosexual extraña, que son las únicas parejas que pueden adoptar en España actualmente. De no existir los anteriores, entonces la adopción individual de un extraño puede tener lugar. Ello es prueba de que no todos los posibles adoptantes de un huérfano están en igualdad de condiciones. Nos encontramos ante el dilema acerca de sobre quién debería recaer la carga probatoria acerca de la idoneidad o inidoneidad de quien desea adoptar. La idoneidad se presume en los padres biológicos y la mayoría de las veces en los familiares cercanos. Pero para extraños no hay presunción alguna. El Estado es responsable de la evaluación de su idoneidad. El interés del menor indica que este está mejor en un hogar, pero que no aquellos hogares donde se pueda ver perjudicado en su salud y en su formación. Si entendemos que las parejas homosexuales forman un hogar, la primera premisa se cumple. Es la excepción la que requiere demostración. Hay que probar que un hogar o un tipo determinado de hogares no son idóneos para la educación del niño.

Que de hecho existan menores que son criados en un hogar homosexual, es una realidad que escapa al control del legislador (34). El caso más obvio es la persona homosexual que accede a una adopción monoparental y convive a la vez con su pareja o cónyuge del mismos sexo. De modo similar, cuando una pareja de padres heterosexuales con hijos se divorcia o uno fallece, la custodia de los hijos menores queda en mano de uno solo de los progenitores. Y ocurre cada día más habitualmente que ese progenitor al que se le otorga la guarda y custodia de los hijos, tome la opción de continuar su vida con una pareja de su mismo sexo. Incluso contraerán matrimonio. O una de las dos, en el caso de ser lesbianas, podrá tener un hijo por inseminación artificial (o no artificial). El menor ya vive entonces en un hogar donde los adultos son una pareja homosexual. Si estuviéramos convencidos de que criar niños en este ambiente es perjudicial para su salud psicológica, ¿debería entonces legislarse en contra de permitir estas situaciones? Probablemente no sería ni conveniente socio-políticamente hablando, ni constitucionalmente admisible en base a la obligación de no discriminación del artículo 14 CE (35). Entonces este hecho hace surgir la cuestión de si es posible limitar

---

gue convention on intercountry adoption and american implementing law: Implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners», en *Indiana International and Comparative Law Review,* 2008, pág. 116).

(34) En Estados Unidos se estima que dos millones de menores, adoptados o no, se encuentran criándose en hogares homoparentales (cfr. SILVA JUNIOR, *op. cit.,* pág. 124. Datos que confirma e incluso amplía WARDLE, «Considering the impact on children and society of lesbian and gay parenting», en *Quarterly LawJournal,* 2004, pág. 542, nota 5). Y de ellos, unos 250.000 han sido adoptados (cfr. ROSS, «Finstuen v. crutcher: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children», en *Denver University Law Review,* 2008, pág. 685).

(35) A menos que se probara que existe un riesgo de que el menor sufra un daño considerable debido a la orientación sexual del progenitor custodio en base al principio del interés del menor, que debe guiar la actuación judicial. Incluso se ha alegado que los menores conviviendo con personas homosexuales tienen más riesgo de sufrir agresiones sexuales. El hecho es que los estudios realizados establecen que lo cierto es que el perfil

las adopciones por parejas homosexuales en base al pretendido posible perjuicio que el menor pueda sufrir: pero los menores ya viven en ese ambiente (y no es una situación excepcional; son muchos) y no se prohíbe la situación de hecho. No hay base para ello, se alega: solo en los casos en que se demuestre un perjuicio podrá actuarse. No debiera, por tanto, no juridificarse en base a lo dicho anteriormente para la carga de la prueba.

Algo parecido puede decirse de la alegada falta de la figura paternal o maternal en un hogar homosexual. Los hijos de personas viudas (o divorciados que no desean tener más contacto con sus hijos) han crecido desde hace mucho tiempo en un ambiente donde falta esa figura sin que se haya puesto de manifiesto que ello crea trastornos en la salud mental del menor.

Entonces, si estamos admitiendo de facto que los menores pueden criarse en un hogar homosexual en las circunstancias que acabamos de poner de manifiesto, ¿no se está admitiendo implícitamente que no existe obstáculo para que las parejas homosexuales puedan adoptar? Así lo han entendido algunos países que ya han adaptado sus legislaciones para permitir que las parejas homosexuales, como el caso de Holanda o la mayoría de los estados de los Estados Unidos de América (si bien Florida las prohíbe expresamente, California, Colorado o Connecticut tienen legislación que las permite expresamente). Pero incluso los ordenamientos que admiten la adopción por parejas homosexuales no dan por hecho que todas las parejas homosexuales sean idóneas para adoptar (36); ciertamente para eso existen los filtros administrativos. Estos existen desde hace mucho, porque tampoco todas las parejas heterosexuales son buenos padres: la Administración lo sabe y por eso las selecciona para darles un hijo en adopción. El mismo procedimiento ha de ser aplicado a los adoptantes homosexuales. El vacío reglamentario (que no legal, pues el Código Civil no tiene laguna alguna en este aspecto) existente en nuestro país, está siendo interpretado como de tipo negativo, esto es, al no preverse expresamente la posibilidad de adoptar por parejas del mismo sexo, la administración de hecho no las incluye de los procesos de adopción. Ello está obligando a estas parejas deseosas de ser padres a buscar soluciones en el extranjero: adoptar fuera y buscar el reconocimiento de la adopción en España por ende la aplicación del Convenio de La Haya como veremos más adelante.

Otra de las razones de oposición estriba en que el menor criado en un ambiente homosexual, será necesariamente homosexual. Casos en lo que esto no ha ocurrido son numerosos, sin embargo. La correlación es incierta, porque entonces, según ese razonamiento, de un hogar heterosexual no podría surgir alguien homosexual, lo cual sabemos no es cierto. Pero incluso en el caso de que el porcentaje de personas homosexuales que surgen de hogares homosexuales fuera mayor que el que surge de hogares heterosexuales, ¿cuál sería el problema con que hubiera un mayor número de homosexuales? La humanidad no se va a extinguir por un descenso en el número de nacimientos derivados de una menor procreación.

---

típico del abusador de menores en un 95 por 100 de los casos es un varón heterosexual, ni necesariamente casado ni necesariamente soltero, pero normalmente cercano al núcleo familiar del menor abusado (cfr. «Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law», en *Harvard Law Review,* 1988-1989, págs. 1638 a 1640).

(36) Vid. MALLON, *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth.* Washington, 2006, pág. 11. En esta obra se recogen casos reales de adopciones homosexuales que parecen haber resultado exitosas, aunque no se puede saber si una adopción ha sido exitosa hasta que el menor es adulto y demuestra tener una vida psicológica plena y sana en su desenvolvimiento diario.

Son dos cosas diferentes el que se prefiera una pareja heterosexual para adoptar a niños de corta edad y que se excluya a las parejas homosexuales por el propio hecho de serlo de todos los procesos de adopción. No hay base para afirmar que un hogar heterosexual sea preferible. Tampoco lo contrario. Pero si queremos dejar que la tradición jurídica juegue un papel en la regulación de las adopciones, entonces debemos aceptar tal prevalencia. Ello no es una vulneración del derecho de igualdad, puesto que la ley prefiere a unos individuos o grupos de ellos frente a otros en un inmenso número de situaciones. Sí es una vulneración la privación del acceso a la figura. Podemos considerar que los hogares heterosexuales sean en general mejores para un niño, pero no podemos prejuzgar que los hogares formados por personas homosexuales son todos perjudiciales, como el actual estado de cosas asume (37).

La apresurada reforma del Código Civil para admitir el matrimonio homosexual ha traído como consecuencia lo que la gran mayoría de las reformas apresuradas conllevan: una falta de previsión de las consecuencias de la reforma en las áreas jurídicas relacionadas con la reforma. En el caso del matrimonio existen muchas de estas áreas. Y ya estamos comenzando a ver las consecuencias de esta falta de previsión. Los matrimonios homosexuales que buscan poder adoptar, al no tener posibilidad de hacerlo legalmente en España, están buscando alternativas en el extranjero. El mundo globalizado en el que vivimos nos proporciona información y facilidad de desplazarse físicamente suficientes como para buscar en los ordenamientos jurídicos extranjeros las soluciones que el patrio no proporciona.

La legislación española permite la adopción por pareja homosexual: así lo prescribe el Código Civil. Pero para que esta posibilidad sea real hay una compleja red de normativa registral y administrativa que es necesario adaptar. La normativa administrativa, al tener rango reglamentario no puede oponerse a los dictados del Código Civil. No ocurre lo mismo con la normativa registral, en concreto con la Ley del Registro Civil. Los artículos 42 y siguientes de la Ley del Registro Civil y los artículos 181 y siguientes del Reglamento del Registro Civil siguen hablando de filiación paterna y materna.

En el caso del matrimonio homosexual que pretendió adoptar un bebé en California e inscribirlo en España como hijo de los dos hombres del que se ocupa la Resolución de los Registros y del Notariado de la que tratamos, además se recurrió a un contrato de vientre de alquiler. En Estados Unidos, igual que en España, las listas de espera para poder adoptar a un bebé son muy largas. Un atajo, si se dispone de dinero para pagarlo, es recurrir a este tipo de acuerdos, mediante el cual una mujer es inseminada artificialmente con el esperma de uno de los cónyuges, y renuncia a todos sus derechos maternales sobre el bebé, entregándoselo al padre biológico tras el parto. Así el padre es el único progenitor y el menor puede ser adoptado por el otro cónyuge como su segundo progenitor, pues California admite este tipo de adopciones (38).

---

(37) Es una vulneración del derecho a la no discriminación, del de igualdad y según BALL, inmoral (vid. «The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men», en *Loyola University of Chicago Law Journal,* 2007, págs. 379 y sigs.)

(38) Llamadas allí «second parent adoptions» en referencia a que el menor únicamente es hijo legalmente de una persona, pues la madre biológica renunció a todos sus derechos, y el cónyuge del primero se suma a la paternidad como un segundo padre a través de una adopción. El progenitor biológico renuncia así a una parte de sus derechos paternales a favor de otra persona biológicamente extraña al adoptado por ministerio de la ley en beneficio del mejor interés del menor (cfr. LIEBERMAN, «The status of same sex adoption in the

Al objeto de regresar a España, la pareja pretende obtener la inscripción del menor como hijo de los dos hombres, con filiación matrimonial. Para ello hacen la oportuna solicitud ante el Consulado de Los Ángeles, quien la deniega, pues consta en la documentación que el menor es fruto de un contrato de vientre de alquiler (39). Al estar estos contratos expresamente prohibidos por la legislación española, el encargado consular, estima que no puede proceder a la inscripción filiatoria (40), en estos casos, a favor de los dos hombres. Ante la denegación, los interesados interponen reclamación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 ordena la inscripción de la filiación en el Registro civil en base a «(…), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006: 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer,

---

keystone state subsequent to the state supreme court's decision In adoption of R.B.F. and R.C.G.», en *Journal of Law and Policy,* 2003, págs. 314 y sigs.), pues de este modo goza del beneficio de dos progenitores en vez de uno solo, por el equilibrio que ello proporciona y ante la posible fatalidad de faltar uno de ellos. Casos influyentes en esta materia es: *In Re adoption of Evan,* 153 Misc. 2d 844; 583 N.Y.S.2d 997 y *In Re Adoption of Tammy,* 619 N.E.2d 315, 318, 320–21 (Mass. 1993). Para una aproximación doctrinal a esta categoría: BRYANT, «Second parent adoption: A model brief», en *Duke Journal of Gender Law and Policy,* 1995, págs. 233 y sigs. SCHACTER, «Constructing families in a democracy: Courts, legislatura and second parent adoption», en *Chicago Kent Law Review,* 2000, págs. 933 y sigs.

En España la describe GARCÍA RUBIO, «La adopción por y en parejas homosexuales», publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol* (Valencia, 2006) a raíz de un Auto de Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Pamplona, en el que se establecía una adopción de este tipo.

(39) Este tipo de contratos no son vistos con buenos ojos generalmente por los legisladores. Sin embargo un puñado de Estados en los EE.UU. los admiten y han dado lugar a una larga serie de casos y doctrina científica sobre ellos. En concreto, véase el célebre caso que ha marcado la línea a seguir en este tipo de contratos en aquellas jurisdicciones en las que son aceptados: *In Re Baby M.* 537 A.2d 1227 (NJ 1988). En cuanto a la doctrina, al ser esta abrumadora solo citar algunos de los trabajos destacados en las diferentes áreas en las que este tipo de contratos tienen relevancia: FIELD, «Surrogate motherhood». Cambridge, 1988. GARRISON, «Surrogate parenting: What should legislatures do?», en *Family law quarterly,* 1988, págs. 149 y sigs. POSNER, «The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood», en *Journal of Contemporary Health Law and Policy,* 1989, págs. 21 y sigs. SCHUCK, «The social utility of surrogacy», en *Harvard Journal of Law and Public Policy,* 1990, págs. 132 y sigs. STUMPF, «Redifining mother: A legal matrix for new reproductive technologies», en *Yale Law Journal,* 1986, págs. 187 y sigs. De entre los más recientes, post explosión doctrinal derivada del caso *Baby M:* SPAR, «For the love and money: The political economy of commercial surrogacy», en *Review of international political economy,* 2005, págs. 287 y sigs. MARKENS, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction,* Berkeley, 2007. MERINO, *Adoption and surrogate pregnancy.* Nueva York, 2010.

(40) Con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada «gestación de sustitución» o contratos de vientre de alquiler, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución…». Además, el interés del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española según nuestra legislación de *ius sangui,* quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro civil español y por tanto de la nacionalidad a la que tienen derecho, produciéndose así una consecuencia no deseada por el Derecho.

Recurrida la Resolución ante la Jurisdicción ordinaria, el titular del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia, decidió dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles por parte del matrimonio homosexual de nacionalidad española que figuraba como padres de sus gemelos concebidos a través de una madre de alquiler en EE.UU., dejando sin validez la inscripción ordenada por la Resolución. El procedimiento está en este momento pendiente del recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Valencia, si bien es muy posible que el asunto llegue a ser juzgado por el Tribunal Constitucional.

El fraude de ley que esta pareja pretende perpetrar parece bastante evidente a pesar de que no se reconozca así en la Resolución. Sin embargo, este queda en segundo plano, pues es más importante observar que se produce un dilema jurídico moral que entraña una escabrosa paradoja: cumplir la ley es perjudicar al menor; pero beneficiarle además de un incumplimiento de la norma, ampararía un fraude de ley por parte de los adoptantes que nuestro ordenamiento jurídico reprueba. Como veremos a continuación, en otros países como en el Reino Unido, ante tal situación se ha optado por proteger el mejor interés del menor a pesar de todos los incumplimientos (41); y para evitar que se pueda repetir la situación, optaron por medidas preventivas (42).

Aun así la Resolución no aborda directamente el conflicto que mencionamos, pues dirime la cuestión en base a criterios procedimentales sin entrar a valorar el fondo de la cuestión. La solución dada por la Dirección General se basa en el puro reconocimiento de la resolución administrativa extranjera que reconoce la adopción por parte del estado de California, mientras que la resolución denegatoria del Consulado de Los Ángeles y el Juzgado de Primera Instancia de Valencia entran a valorar el fondo en el sentido de entender que la validez del negocio jurídico que da origen a la adopción ha de ser tenido en cuenta de acuerdo con los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico español. El fondo de la cuestión consiste por tanto en analizar cómo se ha realizado la adopción. De hecho, la Resolución descarta que se deba entrar en tal valoración. Esta dicotomía revive el debate causalista-anticausalista que tanto debate ha generado en las últimas décadas entre la doctrina (43). Digamos en resumen que la Dirección

(41) Línea que sigue la Resolución de la DGRN a la que aquí hacemos referencia.

(42) Vid. *infra* nota 50.

(43) En este caso la causa mediata (pues la causa subyacente, el deseo de adoptar, no se discute sobre su licitud) es la adopción a través de un contrato de alquiler de vientre

General prescinde de la causa del negocio jurídico de la adopción; mientras que el Juzgado y el Consulado aplican la doctrina causalista en el sentido de que la legalidad de esta es necesaria para la validez de la adopción. El Convenio de La Haya no nos da una solución, como veremos a continuación, pues posibilita a cada Estado para aplicar una u otra posición; tampoco soluciona el problema del traslado transfronterizo de las familias homoparentales.

La DGRN, para intentar homogeneizar las respuestas que los distintos registros civiles han de dar a situaciones como la que se planteó en este tipo de casos, dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, a pesar de la prohibición que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 de los contratos de gestación subrogada, entiende que debe quedar posibilitado el padre biológico para poder reclamar la paternidad, inscribiendo al menor en el Registro civil (44). Lo contrario sería dejar al menor en una situación de desamparo no deseable; pero nada se dice de la situación del cónyuge homosexual del padre biológico. Para ello fija las directrices para la calificación por parte de los encargados del Registro civil de las solicitudes de inscripción de nacimiento de menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución (o subrogada). Se exige para poder proceder a la inscripción que el proceso de filiación subrogada haya sido supervisado por un juez con competencia judicial internacionalmente reconocible, conforme a la legislación local y que haya concluido el procedimiento con una resolución firme y que su contenido sea irrevocable. Además, en caso de que en la legislación del foro dicho proceso tenga carácter contencioso, es necesario también que un juez español conceda previamente el *exequátur* (garantizándose así que la resolución extranjera sea conforme a los requisitos del Ordenamiento jurídico español). En caso de no verificarse los requisitos expuestos, el encargado del Registro civil deberá denegar la inscripción (45).

---

materno y por pareja homosexual. El primero lo prohíbe expresamente nuestra legislación; el segundo ahora es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

(44) Así la Instrucción se promueve con el objetivo de garantizar: «…en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1999. Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres». Por ello se debe prestar especial atención a que los requisitos de prestación del consentimiento se cumplan escrupulosamente: capacidad, libertad sin violencia, intimidación o coacción y veracidad de su emisión, sin mediar error o simulación.

(45) Reza la instrucción que las directrices a aplicar serán: «Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. 2. Salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur* según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial

Las adopciones internacionales han sido un fenómeno en franco auge durante las últimas dos décadas (46). La firma del Convenio de La Haya de 1993 facilita enormemente a los ciudadanos la labor de reconocimiento en su país de una adopción realizada en otro país de los firmantes del Convenio. El reconocimiento tiene como función principal la adquisición de la nacionalidad del país de ciudadanía de uno o de ambos progenitores. Sin ese reconocimiento el menor conservará la nacionalidad de donde se produjo la adopción, pues no hay obligación de que la adopción sea reconocida en el propio país. De hecho, las adopciones que se realizan fuera del ámbito del Convenio pueden ser reconocidas, aunque la tramitación será más complicada, puesto que no se cierran las puertas a las adopciones realizadas allí (47), y los países son libres de formar acuerdos bilaterales con terceros estados ajenos al Convenio de acuerdo al artículo 39.

En principio, el Convenio establece el reconocimiento de las adopciones hechas en otros países de acuerdo a su legalidad vigente, válidos en todos los países firmantes del convenio. Pero con la excepción de que no sean contrarias al orden público del país donde se solicita el reconocimiento (48). Para comprobarlo, el

---

que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur.* 3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar: *a)* La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. *b)* Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. *c)* Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. *d)* Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. *e)* Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

Segunda.—En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

(46) Vid. O'Halloran, *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice,* Dordretch, 2006.

(47) Lo que sí puede darse es que algún estado elabore una lista negra de países donde supone que las adopciones se realizan de manera irregular y decida no reconocer ninguna adopción proveniente de alguno de esos países. Así por ejemplo, Irlanda vetó temporalmente en el 2007 el reconocimiento de las adopciones realizadas en Guatemala, Etiopía y Ruanda de forma cautelar (cfr. Ireland Law Reform Comisión, *Aspects of intercountry adoption law.* Report, 2008, pág. 71) si bien rehabilitó las etíopes al año siguiente al cambiar el país africano su normativa en la materia. Para otras aplicaciones prácticas del tratado, véase: Romano, «Intercountry adoption: An overview for the practitioner», en *Transnational Lawyer,* 1994, págs. 567 y sigs.

(48) Artículo 23 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 y desarrollado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, sobre las que la mayoría de las Comunidades Autónomas han reglamentado: Andalucía (Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones de integración familiar y acreditación de entidades colaboradoras de

país que proporciona la adopción del menor, debe emitir un documento probatorio de que la adopción se ha realizado de acuerdo a las reglas del Convenio. Así el artículo 24 del Convenio autoriza a los países firmantes a no reconocer una adopción si esta es manifiestamente contraria a la normativa de mejor protección del interés del menor. Algunos países van más allá, intentado desmotivar a sus ciudadanos de realizar adopciones sospechosas; Inglaterra, de acuerdo con su Children and Adoption Act de 2006 permite que la Autoridad competente pueda establecer restricciones excepcionales, en el caso de sospechar que las adopciones realizadas en algún país concreto (incluidos los firmantes del Convenio) violan la normativa de interés público interno, pudiendo no solo denegar la homologación de la adopción, sino incluso prohibir la entrada en territorio británico del menor originario de esa nación (49). Se busca así evitar la práctica de adoptar en un país ajeno al convenio para así poder evitar las exigencias a las que este obliga

---

adopción internacional y Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento familiar y Adopción); Aragón (Decreto 16/1997, de 25 de febrero, que regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional); Asturias (Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar y de Entidades Colaboradoras de adopción internacional); Baleares (Decreto 187/1996, de 11 de octubre, que regula la habilitación y actividades a desarrollar por las Entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional); Canarias (Decreto 200/1997, de 7 de agosto, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional); Cantabria (Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia (arts. 34 a 54, 56, 61 a 67 y 73 a 77) y Decreto 47/1998, de 15 de mayo, sobre acreditación y funcionamiento de las entidades de mediación en adopción internacional); Castilla-La Mancha (Decreto 44/2005, de 19 de abril, sobre acreditación, funcionamiento y control de las entidades colaboradoras de adopción internacional, y Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores); Castilla-León (Decreto 38/2005, de 12 de mayo, que regula la acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras con funciones de mediación en materia de adopción internacional); Cataluña (Decreto 97/2001, de 3 de abril, de acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional, y Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción); Valencia (Decreto 100/2002, de 4 de junio, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las entidades de mediación de adopción internacional y el registro de reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Valenciana); Extremadura (Decreto 142/1996, de 1 de octubre, de Régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de entidades colaboradoras en la adopción internacional); La Rioja (Decreto 29/1997, de 9 de mayo, que regula la habilitación de entidades colaboradoras de la Adopción Internacional); Madrid (Decreto 62/2003, de 8 de mayo de acreditación, funcionamiento y control de las entidades colaboradoras de adopción internacional); Murcia (Decreto 46/2006, de 28 de abril, por el que se regula la acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional y las instituciones colaboradoras de integración familiar); Navarra (Decreto Foral 168/2002, de 22 de julio, que regula la acreditación de las entidades colaboradoras de adopción internacional), y País Vasco (Decreto 263/2003, de 28 de octubre, que regula la acreditación y el funcionamiento de las entidades colaboradoras de adopción internacional).

(49) El primero en ingresar en esa lista fue Camboya en 2004, pues se sospechaba que la falsificación de documentos por parte de las autoridades camboyanas era sistemático. Además se sospechaba que en el proceso de adopción intervenían «facilitadores» (aun estando expresamente prohibido por las leyes camboyanas) que a cambio de una comisión, sistemáticamente coaccionaban a mujeres para dar sus hijos en adopción, traficaban con menores y corrompían a los funcionarios públicos.

a la vez que se intenta el aprovecharse de los beneficios que otorga (50), incluso mediante la re-adopción del menor una vez en el propio país ya de acuerdo con las reglas internas (51). La utilización del artículo 23 del Convenio también puede ser perversa en el sentido de que se establece implícitamente una presunción de veracidad y de legalidad de la adopción, que solo puede ser destruida en caso de que se dañe el interés del menor. Así, si la adopción no es acorde con el ordenamiento interno del país de acogida, pero no se daña el interés del menor con esa discordancia, la correcta interpretación del Convenio nos ha de llevar a aceptar la convalidación de la adopción en base a esa protección del interés del menor.

Tengamos en cuenta que la principal inquietud del legislador es la preocupación ante posibles casos de secuestro internacional de menores. No secuestro en el sentido terrorista o con ánimo de extorsionar, sino en el de sustraer un menor a su legítima familia (52), normalmente con la connivencia de una organización que facilita el proceso (que pueden ser de tipo mafioso y casi siempre bajo una apariencia de legalidad o incluso impecable de ayuda a los necesitados) y a veces incluso de las autoridades locales. El tremendo incremento que se ha producido en el número de adopciones internacionales y la facilidad y rapidez con la que es posible realizar viajes hoy en día ha llevado a que el fraude en los procesos de adopción haya alcanzado niveles preocupantes. Por ello los gobiernos de las naciones del primer mundo han tomado medidas para atajar este problema. Dentro de esas medidas se encuentran las encaminadas a asegurar que las adopciones

---

(50) Vid. O'Halloran, *The politics of adoption: international perspectives on law, policy & practice,* Nueva York, 2006, pág. 265; citado en: Ireland Law Reform…, *op. cit.,* pág. 71. Lo que se busca es no dañar el principio del mejor interés del menor, que con el no reconocimiento de la adopción no hace sino castigar al adoptado y no a los adoptantes. Se obliga así a que retorne al país de adopción hasta que se demuestre que la situación es regular. Si se permite al menor cruzar la frontera y permanecer en el país, nos encontraremos ante una situación irregular que los adoptantes intentarán aprovechar para regularizar a través de la doctrina del interés del menor, que en los países de tradición anglosajona, cualquier juez puede aplicar al caso concreto incluso en contra de la reglamentación administrativa (proceso denominado *fair acompli)* para que el menor no se vea perjudicado por la no homologación de la adopción irregular. Bajo su legislación, el bienestar del menor debe predominar incluso sobre el orden publico, independientemente de dónde procede el ilícito, porque la no homologación traerá unas consecuencias negativas sobre el bienestar del menor. Esto provocaría un segundo ilícito sobre el proceso, con el agravante que se produciría sobre un bien protegido ya en el territorio donde la ley puede evitarlo (el ilícito cometido en el país de adopción, el gobierno inglés no goza de jurisdicción para castigarlo). Para evitar males mayores, lo que se hace es asumir el primer ilícito con el fin de no provocar un segundo (vid. *In Re K (adoption and wardship)* [1997] 2 FLR 221 y 230. Citados en: *Ireland Law Reform… op. cit.,* pág. 74).

(51) De nuevo nos enfrentaríamos a un claro fraude de ley por parte de los adoptantes que desean beneficiarse de que el menor se encuentra, normalmente, bajo su tutela en régimen de acogimiento hasta que se resuelva el expediente de convalidación. Fraude de ley que prosperaría en base a los mismos principios mencionados en la nota anterior de protección del interés del menor.

(52) Nos referiremos aquí solo a los casos en que se produce con ánimo de adoptar, no a las sustracciones de menores en casos de separación o divorcio, en los que uno de los cónyuges decide unilateralmente y fuera de la legalidad trasladarse con un menor fuera del alcance del otro cónyuge o de alguna jurisdicción concreta. Al respecto, está considerada obra de referencia (cfr. Hodson, *A practical guide to international family law,* Bristol, 2008, pág. 225): Lowe, Everall, Nichols, *International movement of children: law practice and procedure.* Bristol, 2004.

que se reconocen en estos Estados cumplen con todas las garantías de legalidad que protejan a los ciudadanos de aquellos países de los instintos depredadores del dinero fácil y la avidez de personas occidentales de acceder a una adopción (53).

Este país es un buen ejemplo para comenzar a ilustrar el problema que planteamos, pues la movilidad de su población es enorme, ya que se estima que el 10 por 100 de la población estadounidense cambia de domicilio cada año (54): qué ocurre cuando una pareja homosexual que ha adoptado legalmente a un niño en un Estado que permite tales adopciones viaja a otro que no las permite (o incluso que las prohíbe expresamente).

La cohesión de Estados Unidos como país está en general mal entendida en España, pues se parece más a la Unión Europea que a un país tal y como entendemos, por ejemplo, el nuestro. Un buen ejemplo en cuanto a esto es el tema que nos ocupa. En materia de adopción, cada Estado de la Unión tiene su propia normativa, hasta el punto de que cuando una pareja adopta en un Estado diferente al suyo, el procedimiento es el parecido al de una adopción internacional, requiriéndose un reconocimiento de esa adopción. Así, si una pareja de Missouri adopta un niño en Alabama, o siendo de Alabama, se trasladan a vivir a Missouri (según la legislación americana estaríamos ante el mismo presupuesto de hecho, puesto que al trasladarse a otro Estado allí hay que convalidar todos los documentos personales excepto el pasaporte, pues la política exterior es competencia federal, del gobierno central; partidas de nacimiento, libro de familia, carné de conducir, matrícula del coche, etc.) no solo tiene que cumplir con las leyes de adopción de Alabama, sino que además debe solicitar en Missouri el reconocimiento de toda la documentación expedida en Alabama, incluidos el certificado de nacimiento del menor, el certificado de adopción y el equivalente al libro de familia. Puede Missouri denegar dicha convalidación, resultando que no va a reconocer a ese menor como hijo adoptado de esos padres, dejando al menor en estado de desamparo. Y la consecuencia de un menor en Estado de desamparo sabemos que es que el Estado se hace cargo de su guarda y custodia (55). El tratamiento que a las adopciones por parejas homosexuales se le da en los diferentes estados es variable, como ocurre entre los estados del mundo.

---

(53) El 19 de octubre de 1996, en el marco de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, se concluyó el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. En su artículo 5.º establece que:

1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño, son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Ha sido objeto de ratificación por España del Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, publicado en el *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, con entrada en vigor para España el 1 de enero de 2011.

(54) Cfr. WARDLE, «A critical analisys of interstate recognition of lesbiangay adoptions», en *Ave Maria Law Review,* 2005, pág. 568.

(55) Esto no tenemos noticia de que haya ocurrido nunca. Las adopciones se han reconocido siempre pues hasta ahora tenían lugar por parejas heterosexuales. Solo en los últimos años algunos estados han admitido las homosexuales y no se ha llegado a este extre-

El reconocimiento de ciertos actos jurídicos entre estados de la Unión es un tema que está en plena efervescencia en los EE.UU. La razón viene del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo en alguno de los estados que los admiten, en aquellos que no los reconocen (56): ello tiene importantes implicaciones principalmente de cara al acceso a su registro legal, a beneficios sociales, determinación de la ley aplicable al desenvolvimiento de las obligaciones maritales, el divorcio, y, lo que ahora nos importa, la posibilidad de acceso a la adopción conjunta. Esto último enlaza con la cuestión que planteamos: si no se reconoce el matrimonio, tampoco la filiación adoptiva del menor adoptado legalmente por la pareja en otro Estado. Así, los padres o madres en un Estado no lo serán en otro si fallan las leyes de reconocimiento de actos jurídicos entre estados (57). La consecuencia es aterradora: el niño carece de progenitores, está

---

mo. Pero con la Ley en la mano puede ocurrir, pues las familias homosexuales no gozan de todas las garantías de que no suceda, lo que se las ha llevado a calificar por OLSON como de familias de segunda clase, vulnerando el derecho a la igualdad (cfr. «Second Class Families: Interstate Recognition of Queer Adoption», en *Family Law Querterly,* 2009, págs. 161 y sigs.).

(56) Muestra de la discusión doctrinal en la que se halla envuelta la cuestión: JOSLIN, «Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond», en *Ohio State Law Journal,* 2009, págs. 557 y sigs.). ARADER, «Chambers v. Ormiston: The harmful and discriminatory avoidance of the laws of comity and public policy for valid same sex marriages», en *Roger Williams University Law Review,* 2010, págs. 187 y sigs.

(57) Florida, Missisippi, Arkansas y Utah tienen leyes que prohíben a personas homosexuales acceder a la adopción. Aunque en 2009 el Tribunal de Apelaciones de Florida estableció la obligación constitucional (art. 4 de la Constitución de los EE.UU.) de reconocer los actos válidos celebrados en otro estado en un caso que podría parecerse a la hipótesis planteada, lo cierto es que no entró a valorar los argumentos de orden público aducidos y que podrían haber llevado a la anulación de la adopción realizada válidamente [cfr. *Embry v. Ryan,* 2009 Westlaw 1311599 (Fla. 2nd District Ct. App., May 13, 2009)]. Nada impide que en un futuro se plantee de nuevo el problema que hemos esbozado, pues la cuestión se halla enconada (vid. WARDLE, *op. cit.,* págs. 614 a 616). Tampoco parece que las leyes que algunos estados han intentado aprobar, prohibiendo expresamente el reconocimiento en sus estados de este tipo de adopciones, gocen del favor jurisdiccional, pues alguno ya ha sido anulado, como ha sido el caso de Oklahoma (vid. *Finstuen v. Clutcher* 496 F.3d 1139, explicado detalladamente por SPECTOR, «The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States», en *Tulsa Law Review,* 2005, págs. 467 y sigs.). La peculiaridad de esta decisión es que se basa en el reconocimiento de un sentencia judicial que establecía la adopción. Por ello en este caso la homologación venía obligada por el artículo 4 de la Constitución norteamericana (cfr. el comentario a este caso en *Harvard Law Review,* 2007, págs. 661 y sigs.). Pero en cuanto a los actos jurídicos en general se puede dar la no homologación por razones de orden público. El uso de tal cláusula constitucional (denominada «full faith and credit clause») en esta materia es objeto de debate, sobre el cual el Tribunal Supremo norteamericano no se ha pronunciado aún, y la doctrina debate su alcance (vid. COX, «Adoptions by lesbian and gay parents must be recognized by sister states under the full faith and credit clause despite anti-marriage statutes that discriminate against same-sex couples», en *Capital University Law Review,* 2003, págs. 751 y sigs.). Pero lo que es indudable y no se discute es que tal obligación de reconocimiento es de derecho interno y no alcanza a los actos y negocios jurídicos provenientes de otros países (cfr. FORMAN, «Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships», en *Boston College Law Review,* 2004, págs. 78 y 79). Para estos se deberá atender a los tratados internacionales que el país tenga suscritos y bajo la premisa general del respeto al orden público interno. En nuestro ámbito de estudio, véase: SEYMORE, «International adoption and international comity: When is adoption repugnant?», en *Texas Wesleyan Law Review,* 2005, págs. 381 y sigs.

en situación de desamparo, es huérfano legalmente; y en estas situaciones lo que la ley marca es que la Administración se hará cargo de su custodia.

¿Por qué razón podría denegar un Estado el reconocimiento de una adopción legalmente realizada en otro Estado? Por las mismas razones que el Convenio de La Haya establece para las adopciones internacionales propiamente dichas: que sea contraria la adopción al orden público del ordenamiento jurídico. Así que esto mismo que se plantea a nivel interno dentro de aquel país, bien puede suceder a nivel internacional cuando una pareja homosexual con un hijo legalmente adoptado en su país se desplace a un país que no reconoce las adopciones conjuntas por personas del mismo sexo; qué decir de aquellos que no consienten estas relaciones o incluso las criminalizan. De acuerdo con la Ley de estos países, el no reconocimiento de la adopción iría perfectamente en línea con su concepto del mejor interés del menor (requisito para la denegación de acuerdo con el art. 23 de la Convención), pues la perfilación de tal concepto no queda delimitado por el Convenio y cada país lo hará de acuerdo a su normativa. Y esto entre firmantes del tratado, que no son todos los del mundo, pues fuera de él la libertad de cada Estado es absoluta.

Planteamos pues, la posibilidad de que un Estado no reconozca la normativa interna de otro, bajo la cual se ha celebrado el acto jurídico, por razones de orden interno. Esto es perfectamente posible. Por ejemplo, casi ningún país reconocerá un acto jurídico que someta a esclavitud a otro ser humano: el ordenamiento interno lo repudiará y esa relación de esclavitud no será válida (58). Así, al entrar en nuestro país, por ejemplo, ese esclavo será automáticamente libre, porque el propietario no podrá hacer valer su título de propiedad por ser contrario al orden público de nuestro país, a pesar de ser perfectamente válido en el suyo. Trasladada la cuestión al ámbito internacional, nos encontramos con que es posible que se plantee esta posibilidad de desamparo del menor al viajar a un país que se niegue a reconocer la adopción por considerarla contraria a su orden público interno. Y lo ampara el Derecho Internacional, como hemos visto. La solución no es fácil, puesto que el orden público interno de cada país no puede ser fijado por ninguna clase de convenio. Pero el bienestar y la libertad de circulación de cada vez más personas requieren que el asunto sea abordado y se adopten medidas que otorguen la necesaria seguridad jurídica de los menores en esta situación.

---

Lo cierto es que en el flujo de decisiones judiciales la tendencia es a legalizar este tipo de adopciones: APPELL, *op. cit.*, pág. 317, citando los casos: *In re* K.M. & D.M., 653 N.E.2d 888 (Ill. App. 1995), y *In re* Infant Girl W., 845 N.E.2d 229 (Ind. App. 2006), y *In re* K.S.P., 804 N.E.2d 1253 (Ind. Ct. App. 2004), *In re* M.M.G.C. 785 N.E.2d 267 (Ind. Ct. App. 2003), *In re* Sharon S., 31 Cal. 4th 417, 73 P.3d 554 (Cal. 2003), *In re* R.B.F. & R.C.F., 803 A.2d 1195 (Pa. 2002), *In re* H.N.R., 666 A.2d 535 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995), *In re* M.M.D. & B.H.M., 662 A.2d 837 (D.C. 1995), *In re* Jacob, 660 N.E.2d 397 (N.Y. 1995), *In re* Tammy, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993) y *In re* Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B, 628 A.2d 1271. Además de que varios estados han dictado leyes admitiéndolas expresamente sin que hayan sido impugnados con éxito.

En Europa la tendencia es de igual modo hacia la legalización (cfr. DETHLOFF, «Same-Sex Parents in a Comparative Perspective», en *International Law Forum,* 2005, págs. 195 y sigs. VLAARDINGERBROEK, «Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe», en *Saint Thomas Law Review,* 2005, págs. 508 y sigs.).

(58) Vid. SCARMAN, «English law and foreign adoptions», en *International and Comparative Law Quarterly,* 1962, pág. 638.

*RESUMEN*

*ADOPCIÓN*
*MATRIMONIO HOMOSEXUAL*

*El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido incorporado a la legislación española; dejando de lado en este artículo la controversia que suscita, trae como consecuencia la determinación de la filiación de la descendencia de esas parejas. Tal extremo no ha quedado suficientemente aclarado y legalmente delimitado en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual ha suscitado polémica en cuanto a diferentes extremos relativos a ella. En este artículo nos hemos centrado en la adopción por estas parejas, su conveniencia y legalidad, tanto a nivel nacional como transfronterizo. Precisamente este último punto es el que suscita más problemas jurídicos y, al hilo de la Resolución mencionada en el título de este artículo y la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Trataremos de dar una visión de cuál es la situación legal de las adopciones por parejas del mismo sexo.*

*ABSTRACT*

*ADOPTION*
*GAY MARRIAGE*

*Gay marriage is now incorporated to Spanish legislation; aside from its controversy, it brings the need to determine the filiations of their offspring. This point is not clear enough in our law and this brings different ground points of discussion. In this article we review the gay adoption issue: its necessity and legality, both in internal Spanish law and in international law. This last point is specially problematic from a legal point of view given the Decision that we mention in the title and the Instrucción de 5 de octubre de 2010. We will also try to give an overview of the legal situation of gay adoptions.*

# ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

# 1. DERECHO CIVIL

## 1.1. Parte general

### *COLISIÓN ENTRE EL DERECHO MORAL DEL ESCULTOR Y EL DERECHO DEL PROPIETARIO. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora.*
*Derecho Civil. UCM*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO DEL AUTOR A LA DIVULGACIÓN Y FORMA DE SU OBRA. EL CAMBIO DEL CONTEXTO ESPACIAL DE LA OBRA.—III. DERECHO MORAL DE AUTOR.—IV. DEBER DE CONSERVACIÓN.—V. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE LA OBRA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS EN LA OBRA.—VI. OTROS CRITERIOS DE REPARACIÓN: LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN UN PERIÓDICO DE DIFUSIÓN NACIONAL Y EN UNA REVISTA ESPECIALIZADA EN ARTE Y/O ESCULTURA.—VII. INDEBIDA DESESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES EJERCITADAS POR EL ACTOR EN LA DEMANDA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico).

## I. INTRODUCCIÓN

El breve estudio que vamos a realizar en las páginas siguientes se centra en la búsqueda del equilibrio, y de sus problemas anexos (1), entre el derecho moral

(1) El artículo 10.1 establece que: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales...». Por tanto, se requiere que la obra sea una «creación original» para dotarla de protección por derechos de autor. Lo que quiere decir que se trate de una creación humana y novedosa. Además, en el caso de las obras contempladas en la cláusula «demás obras plásticas», la jurisprudencia exige para su protección, junto al carácter original, que la obra goce de valor artístico. Vid. CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «La cláusula del artículo 10.1.*e)* de la Ley de Propiedad Intelectual y sus implicaciones: extensión de la protección por derechos de autor. Un estudio jurisprudencial», en *Diario La Ley,* núm. 7628, Sección Doctrina, 12 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-204, Editorial LA LEY (LA LEY 6640/2011).

de autor y el derecho de propiedad de una obra de arte, concretamente de un conjunto escultórico y su ubicación (2).

La sentencia que hemos elegido para su análisis tiene como objeto la posible infracción del derecho moral a la integridad del conjunto escultórico «Monumento al Pescador», sita en la localidad de El Campello, frente al incumplimiento por el Ayuntamiento, propietario de dicho monumento, de su deber de conservación y mantenimiento, ya que como consecuencia de un cambio de ubicación del mismo se ha producido un deterioro generalizado de una de sus partes (la denominada «Proa»).

El tema de la búsqueda del equilibrio entre el derecho de autor del escultor frente al propietario de la obra escultórica finalizada no es nuevo, pues ya apareció en la jurisprudencia, consecuencia de un recurso de amparo ante el TC en 1987 (3). En este caso el objeto del asunto fue la posible vulneración de los derechos de producción, creación artística y del honor [arts. 20.1.*b)* y 18.1 CE, y *b)*] del escultor realizados por la Empresa «X, S. A.», propietaria del Hotel CT, de Torremolinos (Málaga). Empresa que procedió al desmontaje y posterior almacenamiento de la figura escultórica, realizada por don Pablo para el vestíbulo de dicho hotel, en cumplimiento de contrato por el cual percibió la cantidad de 75.000 ptas. (4).

El amparo fue desestimado pues aunque el desmontaje y almacenamiento de la obra escultórica, ocurrido el año 1962 y creador de una situación cuyos efectos jurídicos quedaron agotados por la STS de 21 de junio de 1965, el almacenamiento de las piezas desmontadas de la obra, presente en el momento de entrada en vigor de la CE, si podría constituir una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en sus artículos 20.1.*b)* y 18.1, que legitima la interposición del recurso de amparo para obtener su protección. No obstante, el TC concluyó que el plazo para el ejercicio del recurso de amparo incurría en innegable y manifiesta extemporaneidad, ya que se tomó como fecha inicial de

---

(2) SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 11 de marzo de 2011, recurso 15/2011. Ponente: Enrique García-Chamón Cervera. Número de sentencia: 112/2011, número de recurso: 15/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7687, Sección La sentencia del día, 5 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY. LA LEY 53671/2011. Vulneración por el Ayuntamiento propietario de un conjunto escultórico del derecho moral del autor a la integridad de su obra.

(3) STC, Sala Primera, 35/1987 de 18 de marzo de 1987, recurso 27/1986. Ponente: Eugenio Díaz Eimil. Número de sentencia: 35/1987, número de recurso: 27/1986. LA LEY 755-TC/1987 (Sala 1.ª del TC, compuesta por el señor Tomás y Valiente, señor Rubio Llorente, señor Díez-Picazo y Ponce de León, señor Truyol Serra, señor Díaz Eimil, y señor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

(4) La pretensión de amparo del derecho de producción y creación artística y, alternativamente, del derecho al honor se ejercita frente a un acto de un particular realizado, según la propia demanda, en el año 1962 e impugnado por el artista mediante el ejercicio de la acción civil que dio lugar a la sentencia de 9 de septiembre de 1963 del JPI de Madrid, núm. 5, desestimatoria, confirmada en apelación por la sentencia de 6 de mayo de 1964 de la AT y en casación por la STS de 21 de junio de 1965.

El primer problema que estudió la sentencia fue el de la aplicación retroactiva de la protección de los derechos fundamentales a actos anteriores al 29 de diciembre de 1978, en que entró en vigor nuestra CE. Llegándose a la conclusión de que «no permitiendo nuestra CE una retroactividad de grado máximo, los derechos fundamentales ejercitados aquí por la demandante no fueron vulnerados por un acto realizado el año 1962, en el que esos derechos no estaban constitucionalmente garantizados».

su ejercicio la del amparo judicial —8 de marzo de 1984—, ya la de este amparo constitucional —10 de enero de 1986— (5).

## II. DERECHO DEL AUTOR A LA DIVULGACIÓN Y FORMA DE SU OBRA. EL CAMBIO DEL CONTEXTO ESPACIAL DE LA OBRA

Debemos centrarnos en si se vulnera o no uno de los contenidos importantes del derecho moral del autor, como es el de la *divulgación de la obra y su forma* y que se haya reconocido en el apartado 1.º del artículo 14 LPI.

La vulneración de este contenido se debe a la situación creada por el nuevo *contexto espacial* en el que se encuentra ubicada la «Proa» que, habiendo sido concebida e instalada para estar rodeada de agua en medio del mar, ha pasado, de forma sobrevenida y sin autorización del autor, a estar rodeada de arena en medio de una playa artificial. Se entiende que el cambio de sus condiciones espaciales se aleja del contenido atribuido al derecho a la divulgación.

La sentencia objeto de análisis entiende que *el cambio del contexto espacial de la obra* no supone una vulneración del derecho a la divulgación de la obra, ya que lo que se reconoce al autor es la facultad de decidir si su obra ha de ser o no accesible al público y, en nuestro caso, ese derecho no ha sido vulnerado porque siempre fue consciente el autor de que el conjunto escultórico iba a ubicarse en un espacio público (6).

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, el cambio del contexto espacial en el que se encuentra ubicada la «Proa», debe determinarse si se ha producido *una deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra.*

En nuestra doctrina y jurisprudencia se reconocen las llamadas *modificaciones indirectas* que consisten en que el derecho a la integridad protege al autor no solo frente a los atentados directos, en los que se produce una modificación tangible en la sustancia misma de la obra, sino también frente a los ataques indirectos, supuestos en los que sin haberse producido una alteración o modificación de la obra en sí, esta es presentada en un contexto susceptible de producir una impresión desvirtuada de la misma. Es decir, no es necesario para que tenga lugar una afrenta a la integridad de la obra que esta haya sufrido una

---

(5) Se alegaba que este plazo no había sido respetado en el supuesto de autos, pues, en la propia tesis de la demanda, la alegada vulneración de derechos fundamentales se habría producido el 28 de diciembre de 1978, en que comenzó la vigencia de la CE por mandato de su Disposición Final, y el plazo de veinte días previsto en el artículo 44.2 LOTC se habría iniciado el 15 de julio de 1980, según lo establecido en el Acuerdo del TC, Pleno de 14 del mismo mes, publicado en el *BOE* de igual día, y, por tanto, la presente pretensión de amparo incurriría en innegable y manifiesta extemporaneidad, ya se tome como fecha inicial de su ejercicio la del amparo judicial —8 de marzo de 1984—, ya la de este amparo constitucional —10 de enero de 1986—.

(6) *Artículo 4 de la LPI. Divulgación y publicación. «A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma».*

alteración sustancial, basta con que pase a ser presentada en un contexto que altere el sentido de la obra (7).

En nuestro caso, no se imputa una alteración de los elementos materiales de la obra ni tampoco se denuncia una modificación de su emplazamiento. Sin embargo, si la especial ubicación de la «Proa» fue concebida por el autor del conjunto escultórico «Monumento al Pescador» para su instalación dentro del mar, rodeada de agua, atribuyéndole una especial simbología y dotándole de singularidad artística y esa especial ubicación fue aceptada por el Ayuntamiento tras la firma del contrato que además la instaló en ese contexto espacial, el cambio sobrevenido de las condiciones espaciales al pasar la «Proa» a estar rodeada de arena tras la ejecución del proyecto de regeneración de la playa, constituye una alteración de la obra porque desvirtúa la idea y la concepción artística que el autor atribuía a todo el conjunto escultórico (8).

Además, también se vulnera el derecho a la integridad cuando concurre un *perjuicio a los legítimos intereses del autor* o hay un menoscabo de su reputación.

El perjuicio a los legítimos intereses del autor tiene lugar cuando hay una deformación o modificación sustancial que se produce cuando es susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba en su obra, esto es cuando se ha producido una desnaturalización de la obra que se traduce en una alteración de su configuración artística. (9)

También hay que examinar si el autor puede verse obligado a soportar la modificación al apreciar un interés preponderante público o privado que justifique la actuación del propietario. En este caso deben ponderarse los intereses de uno y de otro atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto.

En nuestro caso debe examinarse si hay un interés público preponderante de la obra de regeneración de la playa que justifica la modificación de la configuración espacial de la «Proa» frente al derecho moral de autor.

Devolver la «Proa» a su estado original «eliminando para ello el relleno artificial de arena de playa que ha provocado su emergencia del mar», resulta desproporcionado y oneroso frente al beneficio que experimentaría el actor con la restauración de su derecho.

---

(7) A estos efectos, el asunto del Puente Zubi Zuri de Bilbao en la SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 10 de marzo de 2009.

(8) El ayuntamiento propietario no ha previsto las consecuencias en la obra de la ejecución por el Ministerio de Medio Ambiente del proyecto de regeneración de la playa, donde se produce un cambio sobrevenido del contexto espacial en el que se encuentra ubicado ese elemento de la obra, que concebido para su instalación en el mar, ha pasado a estar rodeado de arena tras la ejecución de dicho proyecto, transmitiendo un sentido diferente al que su autor pretendía.

En este caso el daño se concreta en la actitud pasiva del ayuntamiento que no informó al Ministerio de los efectos que aquel proyecto iba a provocar sobre la obra al objeto de tomar medidas de protección, y que tampoco informó al autor de las consecuencias de la regeneración de la playa sobre su obra con el fin de ser oído sobre posibles soluciones que salvaguardaran su derecho.

(9) En el supuesto de la sentencia la modificación «se ve acrecentada por el elevado grado de originalidad de la obra», consecuencia de su especial configuración (al estar dividida en dos partes: Timón y Proa); por su simbología (ya que representa la presencia del pescador tanto en la tierra como en el mar) y su especial ubicación (en la plaza y en el mar). El cambio del contexto espacial de una de las partes del conjunto, la «Proa», que pasa a estar rodeada de arena, transmite un sentido diferente al que el autor pretendía con su obra.

De ahí la necesidad de conciliar el derecho moral del autor a la integridad y el interés público a mantener la obra de regeneración de la playa. Esta conciliación de intereses podría consistir en ofrecer al autor diferentes alternativas de nuevos emplazamientos de la «Proa» por parte del Ayuntamiento porque era el propietario quien conocía la importancia que tenían las condiciones espaciales de ubicación de la «Proa» desde que adjudicó el concurso al autor; conocía las consecuencias que iba a provocar el proyecto de obra de regeneración de la playa en la alteración de la concepción artística y en el significado de la «Proa»; frente a lo cual actuó con pasividad.

Esta necesidad de ponderación de derechos había sido ya estudiada en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 21 de mayo de 2008, proc. 476/2007 (10). En este caso el ayuntamiento encarga una escultura pactándose la localización de la misma en la rotonda central de un cruce de calles, pero el dueño de la obra tiene intención de cambiarla de emplazamiento. Se aborda el conflicto entre el derecho de propiedad y el de autor. De las cláusulas del contrato cabe concluir que el cambio de ubicación requiere la *aquiescencia del autor ya que supondría una alteración de la concepción artística.* El cambio pretendido no queda justificado por necesidades urbanísticas, ya que el proyecto de peatonalización del lugar no exige, por razones de interés público, la retirada de la escultura.

Incluso la jurisprudencia, en este caso de las Audiencias también ha estudiado el supuesto de desconocimiento de la ubicación de la obra como puede analizarse en la SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2009, proc. 613/2006 (11). En ella se consideró que «no se vulnera el derecho moral del autor a la integridad de la obra siempre y en todo caso por un cambio de ubicación de la misma, ya que dependerá de las circunstancias del traslado, de la nueva ubicación de la escultura, del entorno que presida, de la posibilidad exhibitoria respecto de los ciudadanos, etc., detalles que en el supuesto examinado son imposibles de determinar por pertenecer a un futuro incierto e indeterminado al no haberse producido todavía ningún cambio de emplazamiento y desconocerse cuál va a ser el destino final de la obra» (12).

---

(10) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Bilbao, de 21 de mayo de 2008, proc. 476/2007. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui, número de sentencia: 263/2008, número de recurso: 476/2007. LA LEY 32620/2008.

(11) SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2009, proc. 613/2006. Ponente: Ignacio Olaso Azpiroz, número de sentencia: 601/2009, número de recurso: 613/2006. LA LEY 132517/2009.

(12) La escultura fue encargada «para, su posterior ubicación en la rotonda, central del cruce de las calles Sabino Arana, Carmen, San Miguel y San Pedro». La Alcaldesa de Amorebieta se comprometió a contar con el señor A. N. T. para la decisión del entorno inmediato en que la escultura será ubicada quien aceptó la imposibilidad de colocar una pieza de similares características en otro lugar diferente al municipio de Amorebieta. No obstante tras ser realizada y entregada la obra, el Ayuntamiento promovió un concurso de ideas para la futura modificación urbanística del centro de la localidad, resultando ganador entre los muchos proyectos presentados, uno denominado «Topaketa» que incluía la peatonalización de una importante superficie, desplazamiento y modificación de los parques céntricos y, sobre todo, la retirada de la escultura del cruce de calles en el que se hallaba ubicada la escultura, sin que se hubiera contado con el actor para nada, siendo de resaltar que la mayor parte de los demás proyectos que se presentaron, al concurso de ideas contemplaban también el desplazamiento de la escultura.

En esta sentencia se establece que no puede admitirse que el entorno que conforma el centro del municipio donde la escultura está actualmente instalada y en consideración al cual se ideó y proyectó deba ser mantenido para no violentar el derecho del autor. Aceptarlo supondría dejar en sus manos, como contemplación a sus derechos privados, la configuración urbanística del municipio, de ahora y para siempre, lo cual resulta inasumible cuando las competencias y obligaciones de orden administrativo local, entre ellas las que atañen a la concreta urbanización del territorio, son de titularidad exclusivamente municipal, y el velar por la comodidad y bienestar de los vecinos también, sin que se aprecien motivos suficientes para que todo ello quede supeditado al derecho intelectual dimanante de una obra plástica, movible por naturaleza y cuya movilidad no altera un ápice de su contenido.

En idéntico sentido, aunque concretando además la jurisdicción procedente, se encuentra la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 4 de febrero de 2003, recurso 1732/1998 (13), que denegó la indemnización por daños y perjuicios ocasionados en el derecho moral de los autores de una escultura y en la integridad de su obra, ya que la Administración como propietaria de la obra puede decidir sobre su emplazamiento y además retiene las competencias sobre ordenación, gestión y disciplina urbanística y sobre instalaciones ulteriores. Si la obra ha sido destruida y los demandantes solicitan la aplicación de las consecuencias de la Ley de Propiedad Intelectual, ello no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a la Civil.

## III. DERECHO MORAL DE AUTOR

Pero volviendo a la sentencia, objeto de comentario, debemos tener presente que los arquitectos y el autor (14) señalaron en la memoria presentada al concurso en relación con la obra que: «LA PROA Y EL TIMÓN, estas son las partes que hemos convertido en símbolo y que mejor representa al hombre del mar. La PROA en la misma orilla del Mediterráneo, cara al horizonte, recibiendo el impulso que le da el TIMÓN situado en tierra, simbiosis que Campello representa con unas características peculiares al ser sus hombres, a un tiempo, pescadores y campesinos».

El autor explica que conecta con la plástica de nuestro tiempo, estos símbolos escultóricos, desde el punto de vista formal, y otorga el aspecto de un espigón/monolítico que emerge del mismo mar (LA PROA), con unas referencias en sus caras a la Rosa de los Vientos y el elemento situado en tierra (EL TIMÓN), como un muro/flecha, que nos indica el camino del mar. Este elemento en su base con referencias culturales a pueblos de nuestra historia relacionados con el mar (fenicios, griegos, cartagineses, romanos, árabes).

La obra del espíritu del autor fue concebida con una simbología especial según el lugar de su emplazamiento, con unos materiales específicos..., no ya solo

---

(13) STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 4 de febrero de 2003, recurso 1732/1998. Ponente: Miguel Ángel García Alonso, número de sentencia: 164/2003, número de recurso: 1732/1998. LA LEY 24817/2003.

(14) Don Belarmino es un destacado escultor en el ámbito nacional con una larga trayectoria en la que constan sus múltiples exposiciones individuales, sus numerosas exposiciones colectivas en todo el mundo y la exposición de obras suyas en los museos y colecciones de arte contemporáneo de varios países.

el cambio de emplazamiento sino que además se había producido un deterioro paulatino fruto de la falta de conservación y de los actos vandálicos (15): *todo ello ¿produce un daño moral en el autor?*

La SAP de Vizcaya, de 10 de marzo de 2009 (LA LEY 3293/2009), resolvió un supuesto en el que el conocido arquitecto Santiago Calatrava alegó daños morales por vulneración de la integridad del puente «Zubi Zuri» (Puente Blanco), diseñado por él, al haber sido modificado por el Ayuntamiento de Bilbao, que retiró una parte de la barandilla del puente a fin de instalar una pasarela peatonal obra de un arquitecto japonés. La AP de Vizcaya entiende, en cambio, que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el conocido arquitecto, pues el interés público queda limitado, «dadas la configuración y características del propio puente, a la mera comunicación entre ambos márgenes de la ría, que antes no existía en ese punto y que obligaba a los ciudadanos a pasar al otro lado por los puentes más próximos». Lo que la sentencia de instancia hace, a criterio de la Audiencia, es extender ese interés público que satisface el puente «Zubi Zuri» de forma incorrecta, pues «lo que ocurre es que la satisfacción del interés público que la sentencia apelada antepone al derecho moral del autor del «Zubi Zuri» consiste, no simplemente en poder atravesar la ría sino en permitir a las personas que puedan alcanzar la Alameda de Mazarredo desde el Campo de Volantín y viceversa, lo que es algo muy distinto» (16). Frente al criterio de la sentencia previa del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007, proc. 109/2007 (17), que había considerado conveniente otorgar la protección legal a la obra ya erigida, el puente «Zubi Zuri» incluida en la definición general del artículo 10.1 LPI de 1996 en cuanto creación artística original.

En resumen, la SAP concluyó que no hay vulneración del derecho moral del autor a la integridad de la obra por la adición de una pasarela en un estilo

---

(15) En fecha 6 de septiembre de 2004, la Fundación Arte y Derecho, fundación privada de interés social creada por VEGAP, entidad que gestiona en España los derechos de autor de los creadores visuales, remitió carta al Alcalde del Ayuntamiento en el que le informa del estado de la obra el Monumento al Pescador cuyo autor es don Belarmino, «que fue concebida para estar dentro del mar y ahora está en tierra», lo cual vulnera el derecho a la integridad reconocido en el artículo 14 LPI, y le expresa el interés para que el asunto se resuelva a la mayor celeridad. No consta que el Ayuntamiento contestara la referida carta ni que adoptara ninguna medida respecto de la ubicación de la «Proa».

En fecha 24 de enero de 2008, el estado que presentaba la «Proa» es de evidente deterioro y abandono: pintadas en todas las caras de la base; la superficie de alguna de las piezas de cerámica se encuentra deteriorada por el impacto, al parecer, de perdigones procedentes de escopetas de aire comprimido; rotura de los cantos de los ángulos de la escultura; existencia de materiales (gomas de mascar, cemento) adheridos a la superficie de la cerámica; retirada y sustracción de las piezas cerámicas originales; roturas en la base que dejan al descubierto la instalación eléctrica que proveía de corriente al haz de luz; están inutilizados el surtidor de agua que debería estar en funcionamiento en la parte superior de la «Proa» y el haz de luz que debería unir visualmente por la noche las dos piezas del conjunto escultórico.

(16) El interés público limita el derecho moral del autor ya que el «Zubi Zuri», además de una creación artística singular susceptible de protección, es una obra pública que da servicio a los ciudadanos y, por tanto, satisface un interés público contrastado como es el de facilitar la comunicación peatonal entre dos partes del municipio.

(17) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007, proc. 109/2007. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui. Número de sentencia: 543/2007, número de recurso: 109/2007. LA LEY 179831/2007. Puente «Zubi Zuri».

completamente distinto y la retirada de parte de su balaustrada al considerar prevalente el interés público sobre el privado.

Pero, *y ¿en nuestro caso?* Para contestar a esta cuestión debemos pasar a analizar el deber de conservación de la obra.

## IV. DEBER DE CONSERVACIÓN

Para abordar el estudio de esta cuestión hay que tener en cuenta, por un lado, que el deber de conservación debe definirse como la obligación de acometer la restauración de la obra de manera periódica y razonable, y, por otro lado, que el artículo 14-4 LPI reconoce como uno de los derechos morales de autor el de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (18).

Derecho que como establece el citado precepto tiene el carácter de irrenunciable e inalienable.

En nuestro caso, es evidente que se ha producido un atentado contra la parte de la obra denominada «Proa» por la actuación incívica de los usuarios de la playa, lo cual perjudica los legítimos intereses del autor ya que constituye una «degradación progresiva de los elementos ornamentales de una obra emblemática en su trayectoria artística».

La cuestión relevante es determinar si el propietario de la obra tiene la obligación de conservación del monumento (19).

---

(18) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

*Artículo 14. Contenido y características del derecho moral. Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

- *Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- *Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- *Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*
- *Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*
- *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*
- *Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.*

*Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.*

*Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

*Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.*

(19) El Ayuntamiento como propietario, tiene además, según el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, la obligación de conservar el patrimonio histórico-artístico, servicios de limpieza viaria, instalaciones culturales...

Según la jurisprudencia en las instituciones públicas, en cuanto garantes del patrimonio cultural, recae la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de su titularidad (20).

La Audiencia resuelve en el sentido de determinar que existe por parte del Ayuntamiento propietario la obligación de restituir la «Proa» a su estado original mediante la reparación de todos los desperfectos que padece y la puesta en funcionamiento de sus instalaciones originales. Ya que todos los desperfectos son imputables exclusivamente al Ayuntamiento, y además porque el mismo Ayuntamiento reconoce su obligación de conservación y mantenimiento al aceptar mediante acuerdo del Pleno de 22 de agosto de 1990, la cláusula 23.ª de las condiciones y prescripciones a que estaría sometida la concesión en el expediente de otorgamiento para habilitar la ocupación del dominio público marítimo-terrestre (21).

## V. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE LA OBRA POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS EN LA OBRA

El artista exige la indemnización económica por los daños morales sufridos a causa de la vulneración de los derechos de autor.

A fin de cuantificar la cantidad a indemnizar y teniendo en cuenta el artículo 140.2.*a)* LPI no puede equipararse la retribución de la creación del conjunto de la obra y su ejecución a la sola alteración de la concepción y singularidad artísticas de una obra que permanece materialmente.

La sentencia entiende que es un concepto de inferior valor económico la alteración del significado de la obra respecto del proceso creativo y ejecución del conjunto escultórico que permaneció incólume durante un periodo aproximado de diez años. En consecuencia, se fija la indemnización en la suma de 11.287,67 €.

---

(20) La SAP de Málaga (Sección 4.ª) de 7 de junio de 2005, afirma: «la responsabilidad que cabe exigir al adquirente de una obra artística por infracción del derecho moral de autor a la integridad de la misma es de distinta intensidad en atención a las características del propietario del soporte; así, no será idéntica la responsabilidad exigible al propietario particular que adquiere la obra con la única intención de integrarla en su patrimonio y disfrutarla en el ámbito de su estricta intimidad, sin especial ánimo divulgativo, que la demandable en el caso de que el propietario del soporte esté dedicado a la exhibición de obras de arte o tenga asumido como uno de sus cometidos la divulgación de la cultura con carácter general. En este segundo caso, la obligación de conservación de la obra, como corolario del derecho del autor a su integridad, impone al propietario del soporte material un plus de diligencia que le hará responsable de los daños ocasionados en aquella, y no solo por dolo sino también por omisión del mencionado deber de diligencia en la conservación de la obra».

(21) Previamente la sentencia de instancia había desestimado la pretensión de la infracción del derecho moral a la integridad de la obra del autor porque:

1. No se ha acreditado el incumplimiento del deber de conservación de la obra y, en todo caso, el deber de conservación «no es sinónimo de un deber de acción constante cada vez que se produzca una mínima alteración, sino que el mismo puede definirse como el deber de abordar de forma periódica una restauración de la obra de manera periódica y razonable».

2. La exigencia del mantenimiento de las condiciones espaciales y del entorno de la ubicación de la parte de la obra denominada la «Proa» en el mar no formaría parte del derecho moral a la integridad de la obra; prevalece frente al derecho moral del autor a la integridad de la obra el interés público de la intervención administrativa consistente en la regeneración de la playa y; ya ha transcurrido un determinado periodo de tiempo razonable que ha dado estabilidad a la obra.

No procede la aplicación del criterio cuantitativo referido al grado de difusión ilícita de la obra, pues se acogerá, como veremos a continuación, la acción de publicación y difusión de la sentencia.

El asunto de la valoración de los daños morales en relación con esculturas se estudia también en la SAP de Madrid, Sección 28.ª, sentencia de 25 de marzo de 2008, recurso 241/2007 (22). La Audiencia entiende que para su valoración ha de atenderse a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (23).

## VI. OTROS CRITERIOS DE REPARACIÓN: LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN UN PERIÓDICO DE DIFUSIÓN NACIONAL Y EN UNA REVISTA ESPECIALIZADA EN ARTE Y/O ESCULTURA

El artículo 138 LPI posibilita la publicación a costa del infractor del contenido total de la resolución por la que estime la demanda, que en este caso se concreta en dos diarios de máxima difusión a nivel nacional, dos diarios de máxima difusión en la Comunidad Valenciana y en dos revistas especializadas en arte y/o escultura, una de difusión nacional y otra de difusión internacional.

Todo ello a fin de reparar el daño moral sufrido por el actor ante el elevado grado de difusión de la obra (téngase en cuenta su accesibilidad al público general por el lugar en que se encuentra —playa de una ciudad turística—), en forma distinta a su originaria concepción artística.

Reparación que es necesaria, dada la gran resonancia de la obra en revistas especializadas y en monografías porque se trata de un conjunto escultórico.

## VII. INDEBIDA DESESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES EJERCITADAS POR EL ACTOR EN LA DEMANDA

El Ayuntamiento ha infringido el derecho moral a la integridad de la obra del actor al no haber cumplido su obligación de conservación y al no haber adoptado medidas encaminadas a la salvaguarda de la concepción y singularidad artísticas de la «Proa» como consecuencia de la regeneración de la playa, de ahí que la sentencia estime la acción declarativa (24).

---

(22) SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 25 de marzo de 2008, recurso 241/2007. Ponente: Rafael Saraza Jimena. Número de sentencia: 78/2008, número de recurso: 241/2007. LA LEY 146297/2008. En este caso tuvo lugar la reproducción y transformación ilícita de dos obras escultóricas utilizadas como premio en las convocatorias de los premios Mayte de teatro y de los premios Mayte taurinos.

(23) Como la demandada no ha realizado una explotación puramente comercial y a gran escala de los dibujos o logotipos obtenidos por la modificación de las obras escultóricas del actor y no se ha probado que la página web de la Fundación Premios Mayte sea visitada por muchos usuarios de Internet, se considera adecuada una indemnización de 30.000 euros.

(24) *Artículo 138. Acciones y medidas cautelares urgentes. El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.*

Bajo la cobertura de la acción de cesación (art. 139 LPI) se encuentra el deber de hacer frente a los daños materiales producidos y a la reparación que el artista desea que se centran en restituir a costa del propietario la escultura «Monumento al Pescador» a su estado original, reparando cuantos desperfectos padece y poniendo en funcionamiento sus instalaciones originales, así como devolviendo la «Proa» a su estado original, eliminando para ello el relleno artificial de la arena de playa que ha provocado su emergencia del mar (25).

También se pide el cese en la vulneración de los derechos de autor del actor.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La cláusula del artículo 10.1.*e)* de la Ley de Propiedad Intelectual y sus implicaciones: extensión de la protección por derechos de autor. Un estudio jurisprudencial», en *Diario La Ley*, núm. 7628, Sección Doctrina, de 12 de mayo de 2011, año XXXII, Ref. D-204, Editorial LA LEY (LA LEY 6640/2011).

---

*Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141.*

*Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.*

(25) El informe del perito judicial propone otras ubicaciones alternativas aunque no concreta cuál sería el coste de la retirada, desplazamiento e instalación de la «Proa» en la nueva ubicación al objeto de poder determinar si sería manifiestamente desproporcionada la compleja operación de reinstalación de la «Proa» en el mar.

Aún soslayando la ausencia del presupuesto, nos encontramos con un problema adicional y es que el cambio de la ubicación de la «Proa» requiere del previo otorgamiento por el Ministerio de una concesión administrativa conforme establece la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, al constituir una ocupación del dominio público marítimo-terrestre. No puede una resolución jurisdiccional del orden civil suplir el expediente y el acto administrativo de la concesión porque significaría invadir competencias de la Administración, ni siquiera a título prejudicial (art. 42 LEC), pues no estamos ante un razonamiento que está fundado en el Derecho Administrativo que contribuye como un antecedente lógico a dictar la resolución en el presente proceso sino que sería la misma resolución al condenar al desplazamiento de la «Proa» al mar la que sustituiría a la concesión administrativa.

Para superar el problema anterior, podría limitarse el objeto de la condena a que el Ayuntamiento promoviera el expediente administrativo dirigido a la previa obtención de la concesión. Sin embargo, nadie puede asegurar que se otorgue la concesión y buena prueba de ello es que no se llegó a otorgar la concesión para la instalación de la «Proa» en su ubicación originaria como se desprende del anexo documental número 1 de la contestación del Ministerio. La incertidumbre en el otorgamiento de la concesión administrativa podría convertir en imposible la condena al desplazamiento de la «Proa» al mar, lo que nos lleva a desestimar esta pretensión que se transformará en una indemnización del daño moral del autor que debe soportar la alteración definitiva de la concepción y singularidad artísticas del conjunto escultórico.

## IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (por orden cronológico)

— STC, Sala Primera, 35/1987, de 18 de marzo de 1987, recurso 27/1986. Ponente: Eugenio Díaz Eimil, número de sentencia: 35/1987, número de recurso: 27/1986. LA LEY 755-TC/1987.
— TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sentencia de 4 de febrero de 2003, recurso 1732/1998. Ponente: Miguel Ángel García Alonso, número de sentencia: 164/2003, número de recurso: 1732/1998. LA LEY 24817/2003.
— Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007, proc. 109/2007. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui, número de sentencia: 543/2007, número de recurso: 109/2007. LA LEY 179831/2007. Puente «Zubi Zuri».
— Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Bilbao, de 21 de mayo de 2008, proc. 476/2007. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui, número de sentencia: 263/2008, número de recurso: 476/2007. LA LEY 32620/2008.
— SAP de Madrid, Sección 28.ª, sentencia de 25 de marzo de 2008, rec. 241/2007. Ponente: Rafael Saraza Jimena, número de sentencia: 78/2008, número de recurso: 241/2007. LA LEY 146297/2008.
— SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, sentencia de 28 de julio de 2009, proc. 613/2006. Ponente: Ignacio Olaso Azpiroz, número de sentencia: 601/2009, número de recurso: 613/2006. LA LEY 132517/2009.
— SAP de Alicante, Sección 8.ª, de 11 de marzo de 2011, recurso 15/2011. Ponente: Enrique García-Chamón Cervera, número de sentencia: 112/2011, número de recurso: 15/2011. Jurisdicción: CIVIL. Diario La Ley, núm. 7687, Sección La sentencia del día, de 5 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY. LA LEY 53671/2011.

*RESUMEN*

*DERECHO MORAL DEL ESCULTOR. VULNERACIÓN*

*El propietario de la obra escultórica infringe el derecho moral a la integridad de la obra del artista si no cumple con su obligación de conservación ni adopta medidas dirigidas a la salvaguarda de la concepción y singularidad de la creación artística consecuencia del cambio de ubicación de la misma.*

*ABSTRACT*

*NONPECUNIARY RIGHT OF THE SCULPTOR. VIOLATION*

*The owner of a sculpture violates the artist's nonpecuniary right to the integrity of his or her work if the owner does not comply with the obligation to preserve the sculpture and does not take measures to safeguard the conception and singularity of the artistic creation when moving the sculpture to a different site.*

## 1.2. Familia

### *DE NUEVO SOBRE LA PRODIGALIDAD*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.*

*SUMARIO:* I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA PRODIGALIDAD.—III. CARACTERES.—IV. LEGITIMACIÓN Y PROCEDIMIENTO.—V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la redacción originaria de nuestro Código Civil se prescinde de la institución de la curatela, y salvo la referencia del artículo 1764, únicamente se hace mención a esta institución en las normas de Derecho transitorio que en el citado cuerpo legal estableció sobre la tutela, y que se encuentran contenidas en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima. Así se mantiene el cargo de los curadores nombrados bajo el régimen anterior y con sujeción a ella, si bien sometiéndose, en cuanto a su ejercicio a las disposiciones del Código (Disposición Transitoria octava). Además, cuando los padres, madres y los abuelos se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes no podrán retirar las fianzas que, tengan constituidas si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultaren insuficientes las prestadas (Disposición Transitoria séptima). En cuanto a las curatelas cuya constitución definitiva está pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar a regir el Código, se constituirá con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla precedente (Disposición Transitoria novena); y, cuando el curador hubiere ya comenzado a ejercer su cargo, no procederá al nombramiento del Consejo de Familia hasta que lo solicite alguna de las personas que deben formar parte del mismo, o el mismo tutor o curador; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento de protutor (Disposición Transitoria décima).

Se pretendía el reconocimiento de la unidad de guarda, de ahí que nuestro Código Civil, inspirado en el Code civil, refunde las instituciones tutelares bajo una sola —la tutela—, aunque subsiste una gran variedad de situaciones, que determinan que tal unificación es más formal que real, pues, mientras en unos casos se centra en la guarda de la persona y bienes de menores, locos y sordomudos; en otras se hace referencia solo a la administración de los bienes de los sujetos a interdicción, y la de los pródigos; y, en otras, en fin, únicamente suple la capacidad para actos muy concretos y determinados. En esta línea, señala LETE DEL RÍO, que, tal unidad fue meramente teórica, ya que el legislador del Código Civil no consiguió terminar más que nominalmente con la antigua distinción entre tutela y curatela, pues, basta observar cómo el artículo 199 derogado, con la frase «guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes», reconocía una variedad de incapacidades, y se respondía a un doble fin, distinguiendo dos

situaciones de la que se denominaba tutela plena. Además, precisa este mismo autor, que el Código admitía otra tutela, denominada restringida por la doctrina, que se concretaba con relación a actos asilados, y que no requería la constitución de todo el organismo tutelar. Sin olvidar tampoco que con otro nombre se regulaban casos de suplemento de capacidad de ciertas personas (1).

Ante este panorama, y la demanda insistente de la doctrina a favor del restablecimiento de la curatela, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma de la tutela, modificó la redacción originaria del Código Civil en relación con tal materia fijando como principios fundamentales: 1. La no enumeración taxativa de las causas de incapacitación, sino que genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200); 2. Se abandona el sistema de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia), y se sustituye por un sistema de tutela judicial o de autoridad, en la que los órganos tuitivos se adscriben a la autoridad o control del Juez; 3. Se permite incapacitar a los menores de edad cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201); y, en tal caso, superada la mayoría por el incapacitado, se originará la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible la tutela (art. 171); 4. Además de la tutela, y del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona, la curatela (2). De forma que se opta por la pluralidad de guarda legal frente a la unidad de guarda que, caracterizaba la regulación anterior. La admisión de la curatela no supone la creación *ex novo* de la institución, sino que como se puso de manifiesto en los dos Proyectos de Reforma en materia de tutela, supuso su «restauración» o «restablecimiento» ante la aptitud del legislador de 1889 de ignorarla (3). Así se da una nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o

---

(1) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario de los artículos 221 a 225 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, 1985, págs. 432-433.

(2) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, T. I. Parte General y Derecho de la persona*, 16.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 204-205.

(3) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura, se señala en la Memoria-Exposición de Motivos que «un capítulo se consagra dentro del Título X a la curatela. *Restaurase allí esta institución de rancio abolengo*, sometiendo a ella a los emancipados —cuando sus padres fallecieran después de la emancipación, o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley—, así como a los habilitados de edad y a los declarados pródigo» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981, pág. 2307). Este Proyecto presentado por UCD no llego a ser Ley a pesar de que se discutió y aprobó por ambas Cámaras Legislativas, debido a que pendiente de una Comisión mixta, se anticipó el término de la Legislatura. En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la II Legislatura, que, este sí se aprobó, se concreta en su Exposición de Motivos que «el proyecto de ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejoras tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior. Dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de la pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela, introduce la curatela (*recuperando una institución de larga tradición jurídica*), y la figura del defensor judicial; y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de Familia, y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-I, de 27 de enero de 1983, pág. 2556).

complemento de capacidad y no de representación (4). La curatela, por tanto, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella —como ocurre con la tutela—, sino para completarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador, o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique (5). Esto es, el curador se limita a prestar asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela.

Para LACRUZ BERDEJO en el régimen actual, la curatela «es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo» (6). En similares términos, DE COUTO GÁLVEZ señala que «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable, y actuación intermitente que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos concretos actos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida» (7). Este órgano tuitivo constituye un deber para las personas llamadas al mismo, no siendo renunciable, salvo que concurra causa de excusa, y, a diferencia de la tutela, no es retribuido. De ahí que, la calificación jurídica atribuible a tal cargo, tal como precisa YZQUIERDO TOLSADA, sea la de una institución protectora que, asegura a determinadas personas no plenamente capaces de obrar la asistencia de una persona *ad hoc* para la realización de actos determinados (8).

Sobre tales bases, la curatela se caracteriza por las siguientes notas (9): *a)* es una institución de guarda distinta de la tutela e individualizada, que el Código Civil ha regulado menos exhaustivamente; ello no es óbice para la remisión, en lo no regulado, a las normas de la tutela, siempre adaptándolas a su naturaleza; *b)* es una institución de guarda estable, no permanente o continuada, que solo opera con respecto a actos muy concretos y determinados; *c)* igual que la tutela se configura como un deber —siendo también obligatoria la asunción del cargo—, y se ejerce en beneficio del sometido a guarda y bajo control judicial

---

(4) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* T. II, vol. 2.º Coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2027; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 688.

(5) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia. Coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 393.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al., Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 445.

(7) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2027.

(8) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 139.

(9) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2028; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil.* Coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 449; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado,* abril de 1985, págs. 308 a 312.

(art. 216); *d)* Responde a una función de asistencia —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez (10). GETE-ALONSO destaca que la curatela, por sí misma, es incompatible con la tutela o la presencia de otra potestad, y no puede considerarse en situación alternativa con las mismas (11); MORENO QUESADA, añade que, no cabe concebir la función del curador como un «minitutor» (12); y, finalmente, DE COUTO GÁLVEZ precisa que la curatela tiene, pues, una identidad propia «es un sistema de protección que se configura como órgano de asistencia para el emancipado, pródigo o incapacitado, y para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia» (13); *e)* Se configura como una institución de guarda patrimonial; y *f)* Siendo innecesaria la representación del sujeto sometido a curatela, y determinada la actuación del curador como complemento de capacidad —pues, en ningún caso será representante, ni administrador legal del patrimonio de los sometidos a curatela—; viene a proteger a personas con cierto grado de discernimiento, es decir, a sujetos cuya capacidad esté limitada, pero no ausente; de forma que, se vincula subjetivamente con quienes solo precisen de un complemento en su consentimiento, y no su total sustitución, pues, no suple la capacidad de obrar del sometido a ella, sino que se instrumenta para complementarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique.

En este contexto, la curatela se rige por las reglas siguientes (14): *a)* Son aplicables a los curadores las normas referentes al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (arts. 234 a 240 —nombramiento—; 241 a 246 —inhabilidad—; 251 a 258 —excusa—, y 247 a 250 —remoción— del CC). No podrán ser curadores los concursados no rehabilitados (art. 291); *b)* A menos que el juez disponga otra cosa, si el sometido a curatela hubiese estado bajo tutela, desempeñará el cargo de curador del incapacitado el mismo que hubiese sido tutor (art. 292). En caso de tutela plural, solo el tutor de los bienes y no el de la persona continuará como curador; de ser varios los tutores de bienes o de la persona y bienes, continuará como curatela plural; y *c)* A instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, los actos jurídicos realizados sin la preceptiva intervención del curador son anulables de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes del Código Civil (art. 293).

Finalmente, están sometidos a curatela como señala el artículo 286: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de

---

(10) Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 *(AC* 1999/5984); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 13 de noviembre de 2001 *(AC* 2002/323); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 4 de octubre de 2002 *(JUR* 2003/9462); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 12 de abril de 2005 (La Ley 80182/2005), y el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª, de 31 de marzo de 2011 (La Ley 83486/2011).

(11) GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., «De la curatela», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 687.

(12) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(13) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2028.

(14) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* págs. 445-446; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», *op. cit.,* pág. 393.

la asistencia prevenida por la Ley; 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; y 3. Los declarados pródigos (15). En estos casos, las funciones del curador como órgano tutelar se concretan en los actos en que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos (art. 288), esto es, el curador se limita a prestar su asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; y, asimismo, están sometidos a curatela, según dispone el artículo 287 «las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento». En este caso, la función del organismo tuitivo de la curatela consistirá en la asistencia del curador para aquellos actos que, expresamente imponga la sentencia de incapacitación (art. 290).

Por otra parte, la elaboración, firma y ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 (16), y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación, y tutela o curatela, por «un sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, y, por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal (17); lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona

---

(15) Vid., en este sentido, el artículo 223-1 del Código Civil catalán.

(16) *BOE*, número 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659 (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006).

Con anterioridad, el Consejo de la Unión Europea había aprobado la Recomendación 98 (9) de 18 de septiembre de 1998 relativa a la dependencia; y la Recomendación 99 (4) de 23 de febrero de 1999, sobre los principios que conciernen la protección jurídica de las personas incapaces que consagra como primero y fundamental principio el respeto de la dignidad de la persona.

(17) El artículo 12 de la Convención dispone: «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas a la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener

protegida (18). Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que, se contiene en el artículo 223-6 del Código Civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz (19). En coherencia con lo dispuesto en la Convención que es Derecho interno (20), la Ley 1/2009, de 25 de marzo en su Disposición Final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009 (21), atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre (22), ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una

---

acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

(18) La Ley francesa de 5 de marzo de 2007 posibilita que, aun existiendo un tutor nombrado, pueda el tutelado realizar el acto, si tiene suficiente capacidad para ello.

(19) Pereña Vicente, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», en *La Ley de 9 de septiembre de 2011*, pág. 10.

(20) Vid. sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011. Rec. 3493/2007 (La Ley 3403/2011).

(21) *RJ* 2009/2901.

(22) RTC 2002/174 dice que: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 del CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación (…). La incapacitación total solo deberá adoptarse, cuando sea necesaria para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

En todo caso, los principios que proclama la citada Convención y que han sido expuestos, no parecen muy favorables a la limitación de la capacidad del pródigo que tiene como fin proteger intereses de terceros (derecho de alimentos de determinados parientes), y no a su propia persona e interés.

Como se ha señalado, con la reforma por Ley 13/1983 se mantiene la regulación de la prodigalidad (arts. 294 a 298), pese a que en los trabajos preparatorios previos a esta reforma estuvo a punto de ser suprimida del Código Civil (23), finalmente se optó por mantenerla (24), reduciendo el número de supuestos a los que se aplica este instituto, y, en consecuencia, la posibilidad de reclamarla. No constituye una causa de incapacitación, sino una causa especial de limitación de la capacidad de obrar, basada en el comportamiento habitual de una persona que, a través de actos de disposición o administración injustificados, dispendiosos, y antieconómicos de su patrimonio pone en peligro los derechos de alimentos del cónyuge, ascendientes y descendientes, que llevan a la necesidad de asistencia del sujeto y no a su representación; de ahí que, se someta a curatela. Se protege con ello un interés privado familiar, en concreto, los derechos de alimentos de tales familiares (25).

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su Disposición Derogatoria única 2.1.º procede a una derogación formal del articulado de la Sección

---

(23) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421), en su *Considerando Primero* señala que: «…incluso modernamente discuten los jurisconsultos, y aún los economistas, acerca de si la prodigalidad debe merecer la intervención del Derecho y ser causa de restricción de la capacidad, pero al margen de estas discusiones es lo cierto que nuestro Código Civil, reconoce dicha circunstancia modificativa, si bien no define en qué consiste un estado tan excepcional ni señala los actos o hechos suficientes para determinarle y declararle».

(24) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura en la Memoria-Exposición de Motivos se disponía en relación con la posibilidad de sujeción de los pródigos a curatela que, «fue largamente considerada en el curso de los trabajos prelegislativos, prevaleciendo la opinión de que la circunstancia de la prodigalidad, que sigue dándose de hecho con la realidad social, si no parece suficiente para provocar una incapacitación, sí merece dar lugar al menos a las medidas de protección que supone la curatela, siempre que pidan la declaración de prodigalidad —que había de hacerse en juicio contradictorio— el cónyuge, los descendientes, ascendientes que estén percibiendo alimentos o se encuentren en situación de reclamarlos al presunto pródigo, así como el Ministerio Fiscal, si aquellos son menores o incapacitados» (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de julio de 1981, págs. 2307-2308).

(25) Lete del Río, J. M., «De la curatela en casos de prodigalidad», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 452; De Couto Gálvez, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2048; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CXXXVI, junio de 1987, núm. 6, pág. 873; Álvarez Lata, N., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 455. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 *(JUR* 2003/143575).

segunda del capítulo III, título X del Libro I del Código Civil, dejando sin contenido los artículos 294 a 296 y 298, y trasladando su regulación material a la citada ley adjetiva con algunas modificaciones, en concreto, a los artículos 757-5 y 760-3, que el primero viene a contener la regulación del antiguo artículo 294, y el segundo, el artículo 298. Se mantiene solo en el Código Civil el artículo 297. LACRUZ BERDEJO critica que el contenido de la prodigalidad se haya transfundido a la nueva LEC como «si no fuera cuestión sustantiva, de puro Derecho Civil, la finalidad de la declaración de prodigalidad y el estado civil y limitación de la capacidad de obrar del declarado pródigo». No obstante, considera acertado, que se haya acabado con el incomprensible precepto sobre comparecencia y rebeldía que, el Código Civil arrastraba en el artículo 296 desde 1888, al incluir los procesos sobre declaración de prodigalidad en el capítulo II, título I del Libro IV junto con los de incapacitación y reintegración de la capacidad; como, asimismo, que en esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se trate la declaración de prodigalidad como cuestión distinta de la incapacitación (26). Ciertamente, antes de la declaración de prodigalidad, el sujeto despilfarrador no es un «presunto incapaz» (art. 758.1), después de ella, no es un incapacitado (art. 760.1 y 3).

Lo cierto es que en la redacción originaria del Código Civil la prodigalidad se consideraba como una causa de incapacidad, con alcance exclusivamente patrimonial, graduada por la sentencia, quedando sometido a tutela con un contenido variable (antiguo art. 200.3). La institución se destinaba a proteger las legítimas; de ahí que, el Código únicamente legitimaba para pedir semejante declaración al cónyuge, o los herederos forzosos del disipador, y, por excepción al Ministerio Fiscal, por sí, a instancia de algún pariente de aquellos, cuando fueran menores o estuvieran incapacitados (art. 222). Se debería precisar en la sentencia que actos del pródigo le resultarían prohibidos, que facultades en nombre del pródigo había de ejercer el tutor, y, asimismo, los casos en que uno y otro habían de consultar al Consejo de Familia (art. 221-2). Se trataba de una tutela graduable en la que el Juez fijaba su alcance. En fin, suponía una restricción de la personalidad jurídica al igual que, la minoría de edad, la demencia, o imbecilidad, la sordomudez y la interdicción civil (antiguo art. 32 párrafo segundo) (27).

---

(26) LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 171.

(27) Señala SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ; Rodrigo BERCOVITZ; Luís DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 846, que «la reforma operada por la Ley 13/83 introduce cambios importantes en relación a la regulación que deroga pero, por otro lado, mantiene numerosos puntos de contacto con ella: *a)* El declarado pródigo está sometido a curatela y no a tutela (art. 298 CC), lo que supone una limitación (graduada) de la capacidad de obrar (sin que resulte posible la privación total de esta), así como la asistencia (pero no la representación legal) del curador (arts. 288 y 298 del CC); *b)* La prodigalidad protege ahora intereses familiares y no sucesorios: derechos de ayuda y socorro mutuo entre marido y mujer (arts. 67 y 68 en relación con el 143.1.º CC) y de alimentos entre ascendientes y descendientes (arts. 154 y 155 en relación con el 143.2.º del CC): la referencia al derecho de alimentos que se está ejercitando o que se está en condiciones de ejercitar actualmente resulta esencial, pues, la prodigalidad se concibe como último recurso o remedio extremo para tutelar privadamente necesidades familiares elementales (…); *c)* sin embargo, la prodigalidad sigue protegiendo exclusivamente a terceros de la conducta del pródigo, pero no a este de sí mismo; en este sentido, se continúa en la línea de la regulación tradicional y derogada».

No obstante, esta institución tiene sus antecedentes más remotos en el Derecho romano. Así, en las XII Tablas se hacía referencia al pródigo, al que se sometía a curatela (28). De acuerdo con la ley Decenviral la curatela del pródigo (*cura prodigi*) afectaba a aquellas personas con hijos que dilapidasen los bienes heredados abintestato de sus ascendientes *(bona paterna abitaque*). Se inhabilitaba al pródigo para administrar sus bienes; y, de modo diverso a lo que sucedía con el *cura furiosi*, era necesario en la cura de los pródigos una declaración formal o prohibición del Magistrado que le impidiese disponer de sus bienes (*interdictio bonis*). No obstante, por obra de los jurisconsultos se amplió el concepto de prodigalidad, mediante la supresión de las limitaciones de la ley Decenrival (derrochar los *bona paterna abitaque* y tener hijos), de forma que para proceder al sometimiento a curatela, y, aplicar el régimen de la interdicción de cualquier tipo de bienes —con independencia de su procedencia— bastaba con la constancia de un comportamiento dilapidador, sin que fuera necesario que contase el pródigo con hijos. La curatela se encomienda a los agnados más próximos, y en su defecto, a los gentiles —curatela legítima—; y a falta de cualquiera de estos, a los designados por el magistrado —curatela dativa—, quien asimismo podía tener en cuenta la eventual manifestación realizada en testamento, procediendo a su nombramiento. En la época clásica, la incapacidad del pródigo no fue equiparable con la del loco (*furiosi*) (29). El curador únicamente debería intervenir en los actos o negocios de disposición que se revelaban desventajosos para su situación económica; o, en aquellos mediante los cuales el pródigo asumía nuevas obligaciones, esto es, aquellos actos que implicaban un empeoramiento o empobrecimiento de la situación patrimonial del pródigo; de ahí que la interdicción no alcanzase a aquellos actos o negocios que, suponía una mejora de su condición patrimonial (adquisiciones), como el adir una herencia (D. 29, 2, 5 [1]). Sin embargo, no resultaba posible, aún mediando consentimiento del curador, hacer testamento (D. 28, 1, 18). El curador del pródigo tenía *potestas*, pero no *autoritas tutoris*.

Este precedente romano influye en la regulación que de la materia se hace en las Partidas de Alfonso X El Sabio. Así, en la Ley V del Título XI de la Partida V se dice que: «*en latín, prodigus tanto quiere decir en romance como desgastador de sus bienes, e decimos, que si a este atal por esta razón le fuesse dado guardador a algún pariente propinco o a otro e le fuesse defendido del Juez del lugar, que no ussase de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador*». El «desgastador de los bienes» se somete a un guardador, previa interdicción civil, que habrá de intervenir cuando el disipador «usase de sus bienes», pues, a aquel se le priva de su libre disposición. De ahí que, al igual que, en el Derecho romano le quede vetada la disposición de lo suyo por acto *mortis causa* (30); si bien, se le permite ser heredero testamentario. El guardador es designado por el Juez entre los parientes «propincos», o cualquier otro a su libre elección. Las Partidas —Ley IV del mismo Título y Partida— asimilan al pródigo al pupilo, el cual «*non puede fazer prometimiento que fuesse daño. Pero si por razón del prometimiento, que fiziesse el pupilo se le siguiese algún pro, valdría el prometimiento que fiziesse fasta en aquella cuantía que montase la pro del, e fincaría por aquello obligado e non por más*».

---

(28) Schulz, F., *Derecho romano clásico,* traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 190.

(29) D'Ors, A., *Derecho privado romano,* Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, pág. 293.

(30) Ley XIII, Título I, Partida VI. No puede ser tampoco el pródigo testigo en testamento (Partida VI, Título I, Ley IX), ni guardador de huérfanos (Partida VI, Título XVI, Ley IV).

Por su parte, como señala O'CALLAGHAN: «el derecho germánico nunca se ha planteado la similitud entre el pródigo y el enajenado mental, propia del Derecho romano, si bien debe destacarse que antes de la recepción del mismo, ya se conocía la institución en las diversas legislaciones germanas, en las que se consideraba la prodigalidad como un delito, castigado con prisión o destierro. El derecho prusiano, siguiendo la misma idea, consideró al prodigo como peligroso para la comunidad, y por interés de la prosperidad de la economía nacional, se le incapacita: se consideraba pródigo, en este Derecho, a quien hace gastos sin sentido o inútiles, o al que deja que su patrimonio disminuya o se llene de deudas por abandono voluntario» (31).

Pues bien, con tales antecedentes romanos, en la codificación española (32) el Proyecto de Código Civil de 1821 somete a curatela a los mayores de veinticinco años no sujetos a patria potestad, cuando se hallen incapacitados para administrar sus bienes por algún impedimento físico o moral (art. 394). Entre los que padecen un defecto moral están los habitualmente disipados o pródigos, declarados como tales por la competente Autoridad Judicial (art. 395) (33). Por su parte, en el Proyecto de 1836 somete a curatela a las personas huérfanas de ambos sexos mayores de catorce años hasta los veinticinco, o de los que hallándose en la mayor edad tuvieran imposibilidad física o moral de administrar sus bienes y defender personalmente sus derechos (art. 437). Entre estos últimos se encuentran los pródigos (34). Adoptando el mismo criterio romanista de las Partidas, el Proyecto de Código Civil de 1851, establece en su artículo 278 que «se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo»; y entre estos el artículo 279 señala al loco o demente, al sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y al que está sufriendo interdicción civil, quedando todos sometidos a curatela. No obstante, se posibilita que, en la sentencia, en atención a los casos y circunstancias, se gradúe la incapacidad del pródigo, pues, o bien se declara la interdicción absoluta del incapaz, o bien se le prohíbe únicamente la realización de determinados actos (art. 285). La curatela solo alcanza al ámbito patrimonial, pues, no se da al curador autoridad alguna sobre la persona del pródigo; conservando, igualmente, este los derechos de su autoridad marital y paterna sobre las personas de su mujer e hijos (art. 303) (35).

---

(31) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1978, pág. 254.

(32) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, T. II, Derecho de la persona, Parte primera: La persona y su estado civil,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 335, señala que «al tiempo de la codificación española se enfrentaban distintas concepciones sobre el pródigo: la de considerarle como un tarado moral, la de entender que no debe ser incapacitado y la intermedia de someter la eficacia de sus actos económicamente más importantes a la aprobación de un consejo judicial».

(33) El artículo 116 dispone que: «Los pródigos, los furiosos y en general los que están bajo la protección de otro por impedimento físico o moral, se reputan menores para los efectos de la restitución».

(34) El artículo 438 señala que: «se consideran igualmente menores huérfanos para los efectos de la curaduría: 1. Las personas que se hallan en las circunstancias expresadas en el artículo 434; 2. Los que aun siendo mayores de edad hubieren sido declarados judicialmente incapaces de administrar sus bienes por algún vicio o impedimento físico o moral». Vid., asimismo, los artículos 466 a 489.

(35) La asimilación del loco o demente al pródigo la explica GARCÍA GOYENA en la equiparación que el Derecho romano hacía del pródigo al loco, pues, dice: «en verdad que el loco es quien disipa locamente lo suyo». Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos*

Sobre tales bases, el presente estudio lo vamos a dedicar a la figura de la prodigalidad como un supuesto de curatela. Para ello, no solo haremos referencia al concepto, naturaleza, y fundamento de la misma, sino también a aquellos aspectos procesales relevantes de la materia, como quien tiene legitimación activa y pasiva, el procedimiento judicial para su adopción; para luego proceder a concretar qué actos requieren la intervención del curador en su labor de asistencia; finalizando con la sanción que, se impone a los actos realizados por el pródigo sin la intervención de su curador. En su elaboración no solo tendremos en cuenta la regulación contenida en nuestro Código Civil —muy escasa— y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la contenida en otras legislaciones nacionales y extranjeras cercanas a nuestro entorno; e, igualmente, haremos puntual referencia a las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales atinentes a la materia; si bien, por razones de espacio, solo haremos puntual referencia a aquellas cuestiones problemáticas que, en torno a la materia se han planteado.

## II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA PRODIGALIDAD

Ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil dan una definición técnica de la prodigalidad; por tanto, corresponde a la doctrina y la jurisprudencia tal labor. Se opta por el sentido gramatical, vulgar o histórico de la misma. *Pródigo* dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua quien disipa o malgasta su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón. Señala SALVADOR CODERCH que de esta definición se resalta la triple idea de la conducta del pródigo: «quien gasta; mal y todo o lleva claramente ese camino y, desde luego, el lenguaje común deja bien clara la sinrazón del derroche (no gastar, sino malgastar); hay un juicio de reproche social, de desvalor en relación con ese comportamiento de dispendio irracional. La prodigalidad es así un vicio y, en ese sentido, su calificación jurídica es ambivalente: oscila entre la deficiencia psíquica que obsta el autogobierno y el defecto moral que está detrás del incumplimiento de deberes familiares elementales» (36). En esta línea, DE CASTRO, antes de la reforma, conceptúa la prodigalidad como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro (directa o indirectamente) la situación patrimonial de su familia más cercana (herederos forzosos)» (37). PÉREZ DE VARGAS, igualmente, la define como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en perjuicio de determinados familiares o parientes que están percibiendo alimentos o se encuentran en situación de reclamarlos al que observa esa conducta» (38). MORENO QUESADA entiende por pródigo «el desgastador o malgastador que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles y superfluas, que no guardan proporción con los medios de que puede contar para atender a las necesidades familiares, al disipador de sus bienes por medio de una conducta

---

*y comentarios del Código Civil español,* Tomo I-II, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852, pág. 270.

(36) SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 846-847.

(37) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 338.

(38) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CXXXVI, junio de 1987, núm. 6, pág. 864.

socialmente condenable» (39); para ALBALADEJO se considera que es pródigo «quien observa habitualmente una conducta socialmente condenable que pone en peligro injustificado su patrimonio. Se requiere una conducta habitual, pues, no basta un acto aislado. Conducta que importa, no en cuando haya sido ya dañosa, sino en cuanto, siendo de presumible continuidad, será perjudicial en el futuro. Se trata de impedir su continuación, pero lo hecho ya, no es atacable» (40). En fin, como precisa OSSORIO SERRANO, «la prodigalidad es un concepto relativo, desde el momento en que no es posible constituir un modelo de pródigo aplicable a cualquier situación, por ser imprescindible siempre considerar las personas y las circunstancias para juzgar si existe prodigalidad o no en los gastos del que los causa» (41).

Desde tal perspectiva, lo cierto es, como señala CALAZA LÓPEZ, que al Derecho Civil poco le interesan las causas de una conducta pródiga que, pueden ser muchas y variadas —así, a modo de ejemplo, desde la dependencia de determinadas sustancias, hasta la psicosis, pasando por la ludopatía, o los trastornos de la personalidad o el humor, etc.—, sino más bien considera imprescindibles para el establecimiento del concepto de prodigalidad los siguientes elementos: gasto excesivo, desproporcionado (elemento cuantitativo); gasto inútil, injustificado (elemento cualitativo); gasto habitual (elemento cronológico) (42).

En la jurisprudencia también inicialmente se optó por el sentido gramatical, vulgar e histórico de la prodigalidad, así, en la sentencia del Tribunal Supremo,

---

(39) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(40) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, T. I, Introducción y Parte general,* 18.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, págs. 272-273.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español,* T. I, 2.ª ed., Valladolid, 1920, pág. 298, considera la prodigalidad como «un hábito o costumbre de dar empleo irracional a la fortuna propia»; PARRA LUCÁN, M.ª Á., «La prodigalidad», en *Curso de Derecho Civil, vol. I, Derecho Privado. Derecho de la persona.* Coordinador: Pedro DE PABLO CONTRERAS, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 461, entiende por pródigo en el lenguaje ordinario: «el que de manera habitual malgasta y despilfarra de forma injustificada su patrimonio»; MALUQUER DE MOTES BERNET, C., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», en *Codificación, persona y negocio jurídico.* Coordinador: Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 139, señala que: «pródigo es aquella persona que, debido a su conducta económica, pone en peligro injustificadamente su propio patrimonio al provocar disminuciones en el mismo que dificultarán las posibilidades de satisfacer las necesidades elementales de determinados miembros de la propia familia»; RIVERA SABATÉS, V., «Sobre el concepto de prodigalidad», en *Revista de Derecho Privado,* marzo-abril de 2005, págs. 83-84, la prodigalidad, a efectos civiles, es «la conducta habitual económicamente desarreglada, merecedora de censura social, de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en detrimento de sus familiares más allegados (cónyuge, descendientes o ascendientes que reciban alimento del así obrante o se encuentre en trance de reclamárselos)»; PLANIOL-RIPERT señalan que la prodigalidad supone la existencia de dos condiciones: de un lado, que los dispendios sean suficientes para comprometer seriamente la fortuna familiar del pródigo, y de otro, que estos gastos o dispendios estén inspirados no por la razón, sino por la pasión o el desarreglo del espíritu. Esto es, se precisa hábito inveterado de disposición y falta de voluntad, que puede originarse por pasión del juego, un placer maníaco, o, en general, por una debilidad de espíritu. Vid. PLANIOL, M., y RIPERT, J., *Traité pratique de Droit Civil français,* T. I, 2.ª ed., París, 1952, pág. 785.

(41) OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad,* Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 46.

(42) CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas,* Iustel, Madrid, 2007, pág. 80.

de 21 de mayo de 1913, se alude al «desorden e irregularidad en el manejo y administración de sus bienes, que constituye e integran el verdadero concepto de prodigalidad» (43); con posterioridad en la sentencia de este mismo Tribunal de 30 de septiembre de 1930, se define al pródigo como «al desgastador o malgastador que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles y superfluas, que no guardan proporción con los medios de que se pueden contar para atender a las necesidades familiares al disipador o dilapidador de sus bienes, manirroto en frase vulgar» (44); y, en la sentencia del citado Alto Tribunal, de 25 de marzo de 1942, se indica que «la prodigalidad aparece virtual pero claramente conceptuada como manifestación o expresión, no de perturbación alguna en las facultades intelectuales, sino de un desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico y se reprime en consideración a los perjuicios que puede ocasionar a la familia del pródigo», y añade, se trata «de conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económica-social, o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes; concepto este que permite y aconseja incluir dentro de la prodigalidad, toda la gama de desórdenes económicos y todos los modos o formas de la disipación, siempre que concurran las circunstancias que, integran la noción de prodigalidad y le marcan sus características esenciales» (45).

---

(43) Colección Legislativa de España, T. XLV, vol. II de 1913, págs. 560-561.

(44) *RJ* 1930/1150.

(45) *RJ* 1942/333. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1958 *(RJ* 1958/2833); de 23 de marzo de 1962 *(RJ* 1962/1511), señala en su *Considerando Primero* que estamos «ante una conducta desordenada y dilapidadora que pueda poner en peligro su patrimonio, tienen una evidente finalidad, concreta y utilitaria, bien distinta del derroche y despilfarro irreflexivo que caracteriza la prodigalidad, sin que pueda ser suficiente para estimar la afirmación de la recurrente que, los actos realizados por el demandado ponen en peligro sus derechos legítimos y sus posibles consecuencias, si fuera fundado, podrá dar lugar al ejercicio de acciones de otra naturaleza, previstas y reguladas en el Código Civil»; de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421), «se aplica el concepto de pródigo a los casos de conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, pero todo ello ha de relacionarse con la situación económico-social de la persona que se trate para saber si los gastos que realiza son desproporcionados con dicha situación»; y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de enero de 1990 *(RJ* 1990/1) en su *Fundamento de Derecho sexto* se señala que: «el concepto de prodigalidad emana de actuación meramente arbitraria y caprichosa, reveladora de una propensión a gastos inútiles, con un espíritu desordenado, desconocimiento útil del capital, en irracional complacencia, significativo de disipación y derroche en supeditación a satisfacción de necesidades artificiales, con el consiguiente ánimo meramente *ditacerando et dissipando* en *dissipare bona* consistente en gastos, y despilfarrar y realizar injustificadas enajenaciones, de modo que se ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, socialmente condenable por su injustificación». En la jurisprudencia menor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de abril de 1993 *(AC* 1993/478) señala que el concepto de prodigalidad emana de actuación meramente arbitraria y caprichosa, reveladora de una propensión a gastos inútiles, con un espíritu desordenado, desconocimiento útil del capital, en irracional complacencia, significativo de disipación y derroche en supeditación a satisfacción de necesidades artificiales»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 11 de febrero de 2005 *(AC* 2005/369), es pródiga «la persona que de forma habitual gasta su patrimonio de modo desordenado e irreflexiva, sin que pue-

En este contexto, como precisa LACRUZ BERDEJO la declaración de prodigalidad supone la concurrencia de dos elementos: «de una parte, en el aspecto interno al sujeto, la conducta irracionalmente dispendiosa que llega a poner en peligro la integridad del propio capital sin una adecuada oportunidad de ganancia; y de otra, en la circunstancia del sujeto, al estar obligado a prestar alimentos a su cónyuge, descendientes o ascendientes» (46).

Sobre tales bases, como pone de relieve OSSORIO SERRANO, «se ha de encontrar una justificación válida y aceptable del *porqué* ha de intervenir el ordenamiento jurídico ante el excesivo y desproporcionado gasto de una persona, privándole total o parcialmente de su capacidad de obrar» (47). La cuestión no es baladí, pues, hay que determinar qué se pretende proteger por esta vía. De ahí que, el fundamento o finalidad de la prodigalidad esté, sin duda, en la protección no del pródigo, sino de intereses familiares (supervivencia de la familia más próxima); si bien, tal protección alcanza ahora al derecho de alimentos a favor del cónyuge, descendientes y ascendientes —o a su condición de alimentistas—, y, no a los intereses y expectativas sucesorias de los herederos forzosos (legitimarios), protegiendo el patrimonio que ha de heredar (48). Estima en este sentido SALVADOR

---

da considerarse al mismo incapaz»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 24 de febrero de 2006 (La Ley 109250/2006); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de noviembre de 2006 (La Ley 201669/2006); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 28 de junio de 2007 (La Ley 175776/2007); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/144543), como «la conducta, falta de contención de la persona que de forma habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, por lo que se ciñe al ámbito económico»; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 17 de marzo de 2009 (La Ley 81501/2009).

(46) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 172.

(47) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 57.

(48) PARRA LUCÁN, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 461; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 170; CALAZA LÓPEZ, S., «Los procesos sobre capacidad de las personas», *op. cit.,* pág. 81; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. I, Introducción y parte general», *op. cit.,* pág. 273, estamos ante «la conducta socialmente condenable que crea un peligro injustificado para el patrimonio del pródigo, que repercuta en perjuicio de sus familiares allegados, pues no se tienden a proteger a aquel, sino a estos, pero a estos no en todo caso o por sus expectativas hereditarias, sino solo en su derecho a obtener alimentos del pródigo. Así, cuando, de seguir realizándose los gastos de que se trate, vendrán a faltar los medios necesarios para el sostenimiento de la familia, a tenor de lo que, razonablemente gobernado, el patrimonio del pródigo permite esperar». En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942 *(RJ* 1942/333) señala que: «…se pone en riesgo injustificado su caudal en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes»; y en la sentencia de este mismo Tribunal, de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421), la prodigalidad «está fundada únicamente en el interés privado familiar, dado que solo puede declararse cuando se ponga en peligro los medios económicos necesarios para la subsistencia de la familia…»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2001 *(JUR* 2002/19514); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 18 de marzo de 2002 *(AC* 2202/766); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 *(JUR* 2003/143575).

Se protege solo un interés privado y no público, aunque como escribe DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.,* pág. 332, en el Derecho germano anterior a la codificación se reprimía la prodigalidad fundamentalmente para salvaguardar el interés público, el interés nacional. Así el Derecho prusiano consideró al pródigo como «peligroso para la comunidad, puesto que era obligación del ciudadano tener una economía ordenada

CODERCH que «la prodigalidad se concibe como último recurso o remedio extremo para tutelar privadamente necesidades familiares elementales» (49). Y, en este sentido sitúa DÍEZ-PICAZO el fundamento del instituto «en la consideración de que el patrimonio de la persona, si bien pertenece exclusivamente a ella, desempeña de algún modo una función familiar» (50), que como precisa CARRIÓN OLMOS viene impuesta por el ordenamiento (51). Antes de la reforma, como hemos indicado, se protegían los intereses y expectativas hereditarias (la legítima de los herederos forzosos), ahora el derecho de alimentos de todos aquellos que pueden reclamarlos. Con la reforma dice YZQUIERDO TOLSADA la prodigalidad no deja de ser una conducta desproporcionada, manirrota y socialmente condenable, pero ahora se preocupa de proteger igualmente un interés privado de ciertos parientes, «pero no por su condición de herederos forzosos, sino en tanto que sus necesidades diarias y presentes de subsistencia se ven seriamente afectadas por el riesgo que supone la conducta del presunto pródigo, y solo en la medida en que se vean afectadas» (52). En esta línea, MONSERRAT VALERO pone de manifiesto que «para que la conducta se considere pródiga no es necesario que haya causado grandes perjuicios al patrimonio, basta que lo ponga en peligro, es decir, que dado el carácter de la conducta, sea probable que llegue a arruinar el patrimonio» (53).

La declaración de prodigalidad actualmente es consecuencia de ese deber de alimentos que, como indica PÉREZ DE VARGAS tiene su causa en la situación de necesidad en que se encuentra el alimentista, y si no existe esa situación actual de necesidad no puede solicitar alimentos, porque falta la causa que genera el nacimiento de la obligación alimenticia y, consiguientemente falta uno de los requisitos para que estas personas puedan solicitar la prodigalidad (54).

Se pretende asegurar la prestación de alimentos a favor de tales parientes, tanto los que se prestan o deben prestarse como consecuencia de determinadas relaciones o situaciones familiares, por ejemplo, los derechos de ayuda y socorro mutuo entre cónyuges (arts. 67 y 68 en relación con el art. 143.1.º del CC); como los que se deben entre ascendientes y descendientes (arts. 154 y 155 en relación con el art. 143.2 del CC); a estos se les concede legitimación activa para solicitar la declaración de prodigalidad respecto del alimentante que dilapida y derrocha

---

de su hacienda, y por interés público, quien no proceda así debe ser incapacitado. Así se considera pródigo a «quien hace gastos sin sentido e inútiles, o al que deja que su patrimonio disminuya o se llene de deudas por abandono voluntario». Lo que se interpreta como una regla dada en interés de la prosperidad de la economía nacional».

(49) SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 846.

(50) DÍEZ-PICAZO, L., «Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Documentación Jurídica,* enero-marzo de 1984, núm. 41, pág. 71.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 340, con relación al Derecho anterior a la reforma señalaba que: «la incapacitación por prodigalidad no se impone en interés de aquel a quien se incapacita, de terceras personas o de la comunidad, sino por el de la familia, a quien debe sostenerse para que no sea privada de medios económicos necesarios para la subsistencia. El desorden económico de la prodigalidad se reprime únicamente en consideración a los perjuicios que pueda ocasionar a la familia del pródigo».

(51) CARRIÓN OLMOS, S., *La prodigalidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 93.

(52) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 143.

(53) MONSERRAT VALERO A., «La prodigalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CXXXIV, diciembre de 1985, núm. 6, págs. 888-889.

(54) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 882.

injustificadamente su patrimonio, impidiéndole cumplir con tal deber de alimentos. Aunque la actual regulación tiende a proteger tales intereses familiares esenciales, no faltan autores, como LETE DEL RÍO, que advierten que, lo quiera o no el legislador de 1983, en último término resultan protegidas las expectativas hereditarias de los herederos forzosos, pues, basta comprobar, cómo las personas legitimadas en el artículo 294 (actual art. 757.5 de la LEC) son las mismas que el artículo 807 reconoce como tales herederos forzosos (55).

En esencia, la declaración de prodigalidad no se fundamenta en un interés social, ni un interés individual del pródigo, sino en un interés familiar.

En cuanto a su naturaleza, señala DE CASTRO que, tradicionalmente se han utilizado entre los autores fundamentalmente dos teorías distintas, la subjetiva y objetiva. Respecto a la primera, escribe el citado autor, que «se basa en la equiparación, atribuida a Pomponio, entre el pródigo y el loco y se ha visto reforzada por la tendencia a tachar de anormales mentalmente a los que no se conducen del modo vulgar y corriente. Abundan las definiciones en las que se caracteriza la prodigalidad de desarreglo espiritual, debilidad o falta de carácter, de voluntad y de razón, llegándose a pensar que se trata de una monomanía, la manía de gastar» (56). Por tanto, según estas teorías se conceptúa al pródigo como una persona débil de carácter, afectada por la manía de gastar, como un supuesto de incapacidad. OSSORIO SERRANO señala que, tras la reforma, se ha de rechazar de plano tal concepción «si se considerase, de entrada y en cualquier caso, al que sufre ese afán dilapidador como un demente más (enfermo o deficiente psíquico más, para adaptarnos a la terminología utilizada por el legislador español tras la reforma de 1983), la consecuencia inmediata es que sería posible someterlo a un proceso de incapacitación por cuanto el artículo 200 del Código incluye tal anomalía entre aquellas que propician un proceso de tal naturaleza, después de que el artículo anterior ha expresado, en tono de principio general, que nadie puede ser declarado incapaz sino en virtud de causas establecidas en la Ley» (57). Sin embargo, no faltan autores sobre todo en relación con la regulación originaria del Código Civil —aunque sea una postura minoritariamente

---

(55) LETE DEL RÍO, J. M., «De la curatela en casos de prodigalidad», *op. cit.,* pág. 452. En similares términos, CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 106; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 26 de febrero de 2010 (La Ley 62654/2010), aunque ha perdido hoy en día el componente finalista de conservación del patrimonio en interés de los herederos forzosos, y se justifica en la necesidad de proteger al propio sujeto de una situación de inminente necesidad por su inclinación al malgasto y al derroche; indirectamente también se protege a los herederos forzosos.

(56) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.,* pág. 337.

(57) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 37. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 *(AC* 2001/760) señala en su *Fundamento de Derecho cuarto:* «hoy no ha lugar a plantearse la declaración de prodigalidad como resultado de la equiparación del pródigo al enfermo mental, basta leer el Código, tanto en su redacción originaria, como en la versión reformada, para convencerse de ello. Desde luego "prodigo" no es concepto en sentido psiquiátrico técnico. La prodigalidad puede darse, no obstante, como síntoma principal en psicopatías, expansivos o hipertérmicos (trastorno de la personalidad consistente en gran actividad psíquica y con escasa reflexión sobre intenciones y consecuencias de sus actos), y en las fases y estados maníacos de la psicosis maniaco-depresiva, así como también en algunas formas histéricas (…). El pródigo no es un incapaz en el sentido del artículo 200, es decir, no padece deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismos, si su conducta desordenada en su esfera patrimonial fuese debida a aquellas enfermedades deberá

aceptada—, que consideran que el pródigo es semejante a alguien que no está en su cabal juicio, puesto que no es una persona normal, sino más cercana al loco o demente. Así, SCAEVOLA manifiesta que se caracteriza la prodigalidad por una debilitación de las facultades intelectuales, puesto que, a su juicio, es evidente que si estas conservaran toda su energía potencial, la conducta del pródigo no se separaría de la norma que, se denomina *racional* a la que se plegaría la conducta del hombre en sanidad de espíritu; además advierte, el autor, que en él hay cierta perversión moral que, lo empuja a desatender el cuidado de su persona, hacienda e hijos (58). Igualmente OGAYAR señala que «el pródigo, al no actuar de modo normal y corriente, es un ser anormal, pues, así como la vida anímica sana del hombre adulto está caracterizada porque su relación de sentido aparece sin perturbaciones, cuando en la conducta humana falla la relación de sentido entre su motivación y los valores personales, familiares y sociales que la hubieran de determinar, se está en presencia de un comportamiento anormal patológico, psicológicamente no comprensible (…). En efecto, los elementos integrantes de la capacidad de obrar, desde el punto de vista médico-legal práctico, pueden reducirse a dos: la inteligencia y la voluntad necesarias para obrar con conocimiento y, como ambas fallan en el pródigo, al dejarse dominar este por la manía de gastar, no cabe duda de que su personalidad es psíquicamente anormal». Y, añade, «dado el estado actual de la ciencia psiquiátrica, el pródigo por lo menos casi siempre, es un anormal mental, y como el uso desordenado de la riqueza es perturbador para el orden económico social, siempre que tal anomalía exista, debe ser declarada, aunque el pródigo no tenga familia, por la necesidad de proteger a él mismo y a la sociedad, evitando el despilfarro y mal uso de los bienes» (59).

Todo lo dicho no excluye que el pródigo puede tener una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico, pero lo que procede no es la declaración de prodigalidad, sino su incapacitación (art. 200 del CC) (60).

Por el contrario, la concepción objetiva tiene también un punto de partida en textos romanos, que como dice DE CASTRO: «aluden a la destrucción del patrimonio por el pródigo y al peligro de miseria que le amenaza. Y se dan definiciones que centran el concepto de prodigalidad en la desproporción entre los gastos y el valor del patrimonio y en el carácter antieconómico de una actuación» (61). Tampoco parece esta teoría aplicable a la institución (62).

---

ser incapacitado, por ello es contradictorio que quien es capaz de gobernarse por sí mismo, sea sin embargo, sometido a una restricción de su capacidad de obrar».

(58) SCAEVOLA, M., *Código Civil*, IV, Madrid, 1903, pág. 126. Vid., también, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil,* T. I, vol. 2.º, 2.ª parte, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 564.

(59) OGÁYAR Y AYLLÓN, T., «La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas,* T. I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 256-258.

(60) En este sentido se expresa el artículo 38.3 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, «*la prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior*».

(61) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 337.

(62) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 43, señala que: «aun reconociendo en ella una mayor cercanía con la legislación de nuestro Código Civil, por cuanto parece contraria al sentido usual del término, confundiendo la prodigalidad con la administración poco inteligente; en ningún caso se debe pensar que es lo mismo ser mal administrador que pródigo, tesis a la que nos podría conducir su admisión». Además, añade,

De ahí que la mayoría de la doctrina se incline por considerar que, estamos ante una causa autónoma de restricción o limitación de la capacidad de obrar con sumisión a curatela (63). Si bien, tras constatar que, no es una causa de incapacitación; no obstante, algún autor manifiesta dudas sobre su naturaleza, inclinándose por la necesidad de recalificación (64); mientras que, otros entienden que la prodigalidad «da lugar de algún modo a una cierta clase de incapacitación». Así ALBALADEJO aunque considera que «es innegable que al declararlo pródigo se le limita su capacidad normal, lo que no solo puede llamarse incapacitación dando a esta palabra el sentido tanto de *reducción* como de limitación de la capacidad, sino que admitido que en verdad la incapacitación, rigurosamente hablando, puede consistir en *limitar* la capacidad del incapacitado, sometiéndolo a curatela, es evidente que la prodigalidad da lugar a una situación tal de incapacitación como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela» (65).

En este contexto, la prodigalidad no constituye una causa de incapacitación, toda vez que la causa y el fundamento de uno y otra son distintos (66). Estamos ante una conducta habitualmente desordenada, compulsiva, desequilibrada e irre-

---

«con mayor abundamiento, estaríamos olvidando ese sustrato de protección familiar que, sin duda, la caracteriza en nuestro Derecho».

(63) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 113; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 846; PARRA LUCÁN, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 461; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 455; MALUQUER DE MOTES BERNET, C., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», *op. cit.*, págs. 139-140. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421) que: «la prodigalidad se reglamenta por nuestro Código Civil como una circunstancia modificativa de la capacidad, como una restricción de la personalidad fundada únicamente en el interés privado familiar, dado que solo puede declararse cuando se pongan en peligro los medios económicos necesarios para la subsistencia de la familia»; la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1978 *(RJ* 1978/2356); la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997/8902); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de enero de 1996 (TOL 386.212), la prodigalidad supone un desorden o desequilibrio en el orden económico, pero no implica perturbación algunas de facultades intelectuales; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 *(AC* 2001/760); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 *(JUR* 2006/23394), el pródigo no es un incapaz en el sentido del actual artículo 200, es decir, no padece deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismo, y si su conducta desordenada en su esfera patrimonial fuese debida a aquellas enfermedades, debería ser incapacitado, ello, sin embargo, el pródigo que es capaz de regir su persona, es sometido a una restricción de su capacidad de obrar porque no administra correctamente su patrimonio.

(64) CASANOVAS MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», en *Revista Jurídica de Cataluña,* 1985, pág. 86.

(65) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 257; CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 89-90, señala que «por muy inconsecuente que pueda parecer, no creo que sea del todo errado seguir considerando al pródigo como *incapaz* (…), pues la propia especialidad de la figura del pródigo y, en definitiva, las peculiaridades de la misma explicarían así, de un lado, las «inconsecuencias» del legislador de 1889, y mucho tiempo después, también las de 1983. En definitiva, y de ahí radicaría la inconsecuencia, la limitación de la capacidad de obrar del pródigo respondería a *un cierto grado de incapacidad* de aquel que, sin embargo, no hallaría su fundamento —como regla general— en anomalía alguna de carácter físico o psíquico».

(66) Recordemos que de los artículos 199 y 200.3 del Código Civil de 1889 en su redacción originaria se deducía que era una causa de incapacitación; y su finalidad, entonces,

flexiva, en ocasiones se actúa de forma irracional e inconsciente, que tiende al dispendio, al derroche, al despilfarro, en esencia, a la dilapidación del patrimonio, que puede poner en peligro el derecho de alimentos del cónyuge, ascendientes y descendientes. De ahí que la prodigalidad se oriente a proteger en exclusiva a estos concretos familiares, y no al presunto pródigo; resultando por ello, indiferente al resto de personas no afectadas, el comportamiento despilfarrador y de gasto desorbitado de aquel. No existe, pues, un interés público o general, sino un interés privado o familiar en la protección del patrimonio de las personas, que si bien, pueden manejar este como estimen conveniente, siempre lo han de hacer de forma que no ocasionen un perjuicio a aquellos, que dependan económicamente, en su actual o potencial derecho de alimentos, de aquel patrimonio. Se protege el interés de terceros, aunque sean ahora parientes con derecho a alimentos y no legitimarios. De no existir tales personas, no resultará necesaria la declaración de prodigalidad ante un comportamiento despilfarrador. De ahí que, se limite la capacidad de actuación del pródigo para administrar su patrimonio, en todo o parte de sus actos jurídicos, requiriendo la asistencia de un curador nombrado judicialmente, mientras subsista la situación de prodigalidad. Por tanto, estamos ante una causa de limitación de la capacidad y de sumisión a curatela. Cuando el presunto pródigo presentase síntomas de una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico que le impida el autogobierno, entonces se deberá solicitar su incapacitación (art. 200), pues el fundamento de esta reside con carácter general en la protección de la persona incapaz, y no de terceros (familiares), siendo, en consecuencia, una materia de orden público, cuya regulación se halla necesariamente presidida por un interés general.

Finalmente, se ha de poner de manifiesto que la declaración de prodigalidad tiene una finalidad más preventiva que sancionadora, pues, no se dirige a sancionar un mal comportamiento económico del pródigo, sino a evitar que esa conducta despilfarradora llegue a provocar tal situación ruinosa en el patrimonio, que haga imposible el cumplimiento por el pródigo de los deberes familiares impuestos por la Ley (67). Como dice ALBALADEJO la conducta pródiga importa «no

---

tampoco era proteger al incapacitado, sino a los que la Ley llama herederos forzosos (o legitimarios).

(67) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, págs. 873-874. En este mismo sentido, OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 49 «conducta —dice— que como tal permita presumir con la suficiente probabilidad (certidumbre moral), cuál haya de ser en el futuro al que tiende sobre todo la declaración judicial de pródigo, que intentarán los familiares legitimados»; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 734-735, señala que «la limitación de la capacidad por prodigalidad no debe sancionar comportamientos económicos, sino evitar que la tendencia al gasto inútil y desmesurado provoque un estado de necesidad». Sin embargo, MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 888-889, afirma que para que la conducta se considere pródiga, «no es necesario que haya causado grandes perjuicios al patrimonio, basta que lo ponga en peligro, es decir que, dado el carácter de conducta, sea probable que llegue a arruinar el patrimonio…».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/208891), señala en su *Fundamento de Derecho primero* que: «la prodigalidad supone una sanción jurídica a una conducta concreta, es pródigo quien negligentemente dilapida de forma continuada su patrimonio injustificadamente. No lo es quien asume importantes riesgos económicos por causas «justas» profesionales, personales,

en cuando haya sido dañosa, sino en cuanto, siendo de presumible continuidad, será perjudicial en el futuro. Se trata *de impedir su continuación*, pero lo hecho ya no es atacable» (68). La puesta en peligro del patrimonio se dirige al futuro, aunque se apoye en hechos dañosos para el patrimonio ya efectivamente acaecidos con cierta reiteración y habitualidad, que pongan de manifiesto la existencia de un peligro para el patrimonio que, es preciso parar y evitar que continúe en un futuro inmediato.

En este contexto, en los ordenamientos extranjeros más cercanos a nuestro entorno, igualmente, se omite cualquier definición de prodigalidad, se somete al pródigo a curatela, y, se dirige, en ocasiones, tal institución no solo a la protección de su familia, sino también a la protección del propio pródigo. Así en el artículo 415.II del Código Civil italiano, se señala que, puede ser inhabilitado, además del pródigo, quien abusa de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, siempre que cualquiera de ellos con su conducta exponga a sí mismo o a su familia a graves perjuicios económicos. Se le somete a curatela (art. 424.III). El artículo 488 párrafo tercero del Code Civil, igualmente, se protege al mayor de edad que, por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad, se expone a encontrarse en situación de necesidad, o comprometer la ejecución o cumplimiento de sus obligaciones familiares; y el artículo 508 lo somete a curatela. El artículo 152 del Código Civil portugués considera, asimismo, que pueden ser inhabilitados los que por su habitual prodigalidad o por el abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se muestran incapaces de regir convenientemente su patrimonio; y de nuevo lo somete a curatela (art. 153). Y, finalmente, el artículo 370 del Código Civil suizo, sin embargo, somete a incapacitación, y a tutela, a la persona mayor de edad que por prodigalidad, embriaguez, mala gestión o mala conducta sitúa a ella misma o a su familia ante el riesgo de caer en una situación de necesidad (69).

## III. CARACTERES

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en determinar como notas característica de la prodigalidad las siguientes (70):

---

o familiares. La declaración de prodigalidad, más que carácter sancionador, tiene el de una medida preservativa, preventiva o protectora del peligro o riesgo de ruina».

(68) Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 272-273.

(69) El artículo 240.3 declara anulable la donación realizada por un pródigo, cuando la demanda de prodigalidad se hubiera iniciado en el año siguiente a la donación (periodo de retroacción de la declaración de prodigalidad).

(70) Lete del Río, J. M., «De la curatela en los casos de prodigalidad», *op. cit.*, págs. 452-453; Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. I, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 246; O'Callaghan Muñoz, X., «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», *op. cit.*, pág. 260; Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 49-54; Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 887-898.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942 *(RJ* 1942/333) establece en su Considerando cinco los caracteres siguientes: «*a)* Que se dé una conducta desordenada y ligera —no meramente desacertada— en la gestión o en el uso del propio patrimonio bien a causa de un espíritu desordenado o por desarreglo de costumbres; *b)* Que esa conducta sea habitual, toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad; *c)* Que pongan injustificada-

1. Que se trate de una conducta o comportamiento desordenado, ligero, insensato, imprudente e irreflexivo en la gestión o en el uso por el pródigo de su patrimonio. Este comportamiento ha de venir referido al ámbito económico o patrimonial del presunto pródigo y no a su dimensión personal. Normalmente, vendrá caracterizado por una ausencia absoluta de orden, prudencia, sensatez y reflexión, pues, se orienta al despilfarro y al dispendio (71). De ahí que, no se predique de actos o una serie de actos aislados, sino que debe implicar una conducta con cierta continuidad en el tiempo. Como afirma DE CASTRO: «se ha de valorar no en su solo acto, ni algún que otro acto ocasional (en cuanto cabe considerarlos excepcionales), sino actos significativos, que pueden tomarse como indicios firmes del carácter de una conducta *(habitus)* y que permiten presumir, con la suficiente probabilidad (certidumbre moral), cuál haya de ser en el futuro» (72).

De todas formas, el malgasto de la prodigalidad tiene un sentido exclusivamente económico, pues, ha de proyectarse sobre un patrimonio que se traduzca en una merma importante del mismo; en una desproporción considerable entre los ingresos y gastos (73); de ahí que como precisa SALVADOR CODERCH: «están excluidos, por supuesto, los derroches de salud, es decir, la capacidad de trabajo, así como todo tipo de asunción personal de riesgos corporales y, por otro lado, tampoco se considera la mera intención de gastar no suficientemente materializada (sin asunción de compromiso patrimonial); la prodigalidad es conducta y no inclinación» (74).

2. La habitualidad, frecuencia o persistencia. Lo que se traduce en la práctica en la reiteración o repetición de actos iguales o semejantes que suponen un uso irracional del patrimonio, cuya alta probabilidad es que se mantengan en

---

mente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el ejercicio de la acción unidas al pródigo por un vínculo estrechísimo de familia y con respeto a las cuales tiene este obligaciones morales y jurídicas ineludibles». Reiterando los caracteres, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1955 *(RJ* 1995/1536); igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 *(AC* 2001/760); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/208891); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 *(JUR* 2003/143575); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 *(JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 3 de junio de 2005 *(JUR* 2006/6377), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 28 de junio de 2007 (La Ley 175776/2007).

(71) La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1913 (Colección Legislativa vol. II de 1913, págs. 560-561) considera no haberse justificado que doña Elvira Santamaría procediese con aquel desorden e irregularidad en el manejo y administración de sus bienes, que constituyen e integran el verdadero concepto de prodigalidad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421) hace referencia en su Considerando segundo que «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia». En igual sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Territorial, de 24 de enero de 1989 (TOL 376.062). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 29 de septiembre de 2009 (La Ley 230006/2009); y de la misma Audiencia y Sección, de 2 de febrero de 2010 (La Ley 29518/2010).

(72) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 338.

(73) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1991 *(RJ* 1991/2084).

(74) SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 847.

el tiempo (75). Como dice PÉREZ DE VARGAS: «al hablarse de «conducta» parece que la idea de la «habitualidad» va implícita en ella. Por tanto, exigir que la conducta (que es repetición de actos) sea habitual parece redundante, si bien la habitualidad puede ser entendida en el sentido de que esos actos se produzcan con relativa frecuencia» (76). Igualmente, MONSERRAT VALERO emplea como sinónimos «conducta» y «hábito», no siendo suficientes uno o varios actos aislados que, merezcan el calificativo de pródigo (77). Se rechazan, al efecto, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942, «los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y puramente circunstanciales». Por tanto, la condición de pródigo no se predica en relación con un acto o una serie de actos aislados, sino en un comportamiento, en una conducta que, desordenada, irreflexiva se reiterara en el tiempo, poniendo en peligro los derechos alimenticios de determinados parientes. De ahí que, importe más no tanto el daño patrimonial ya ocasionado, como el que pueda causar en el futuro. Precisamente, el pródigo es la persona que de forma reiterada se comporta de manera desordenada en el ámbito económico, o de forma irreflexiva, ligera, falta de prudencia y desequilibrado en la gestión o uso de su patrimonio; que nada tiene que ver con el individuo que gestiona su patrimonio con cierto desacierto, o carente de fortuna, ni tampoco el que opta por los negocios arriesgados, y sobre tal forma de operar, gestiona su patrimonio, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1962 (78), esto es bien distinto «del derroche o despilfarro irreflexivo que caracteriza la prodigalidad».

---

(75) La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1958 *(RJ* 1958/2834), en su *Considerando primero* precisa que: «se ha de demostrar inequívocamente que tal sujeto ha realizado, con carácter habitual, actos de disposición patrimonial desordenados e irreflexivos sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia, reveladores del tenaz y caprichoso afán de despreciar sus medios económicos de vida y hasta de la irracional complacencia en el despilfarro que, reiterado, necesariamente le conduciría a la miseria en época más o menos previsible». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 *(JUR* 2003/143575), pone de manifiesto que: «la prodigalidad supone la realización, de forma reiterada, de actos de contenido económico desproporcionados tanto en relación con el volumen patrimonial de quien los realiza como con la finalidad perseguida y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/144543); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 26 de febrero de 2010 (La Ley 62654/2010).

(76) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* pág. 866.

(77) MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 887. En esta línea, LETE DEL RÍO, J. M., «De la curatela en los casos de prodigalidad», *op. cit.,* pág. 452, cuando dice que «toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados o puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad»; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 847, es una conducta, un comportamiento con ciertas dosis de habitualidad y no solo un acto o algunos actos aislados. Más aparte de ese componente objetivo hay otro subjetivo: la prodigalidad ha de poner de manifiesto una inclinación o tendencia irrefrenable al malgasto sin medida ni fin, y ello ha de inferirse de actos, pues no puede conjeturarse; la tendencia al malgasto ha de manifestarse con nitidez de forma que pueda presumirse razonablemente la creación inminente de un estado de necesidad».

(78) *RJ* 1962/1511.

Se ha de estar, como manifiesta DE CASTRO, «ante una conducta socialmente condenable que crea un peligro injustificado tanto sobre lo adecuado de la actuación económica, como respecto de los fines mismos perseguidos» (79). En esta línea, ALBALADEJO señala que, «la conducta del pródigo ha de ser contraria a los dictados de la conciencia social; cosa que ocurre —por ejemplo— cuando alguien dilapida y derrocha su fortuna (según la opinión social, es un "manirroto" o "gasta en cosas innecesarias más de lo que puede"), o sin razón ni tino, emprende negocios arriesgados que seguramente le harán perder su capital, etc.». Sin embargo, añade: «las empresas aventuradas no son, de por sí, socialmente condenables, sino cuando, habida cuenta de las circunstancias, resulten irrazonables» (80). Sin embargo MARTÍN GRANIZO se inclina por sustituir la palabra «condenable» por la de «reprochable», en cuanto que considera que, aquella sugiere matices más propios del derecho penal que del civil, y además, estima que la consecuencia de dicha conducta constituye más un reproche de la sociedad a quien en ella incide que una condena (81).

Sobre tales bases, no se puede catalogar como de conducta pródiga «el hecho de que un sujeto esté declarado en concurso y privado consiguientemente de la administración de su caudal»; pues, «no se pueden confundir estados o conceptos legales tan distintos con la declaración en concurso y la de prodigalidad» (82); ni tampoco es preciso que los actos del sujeto sean inmorales, pues, también es pródigo como dice ALBALADEJO quien destina, por ejemplo, todos sus ingresos a obras benéficas y, así se arruina (83), o, añadimos, el padre que gasta su fortuna en un tratamiento médico costosísimo para su hijo, o, en fin, en el otro extremo quien dilapida su fortuna en llevar una vida rodeada de lujos y en constante fiesta.

Ha de tratarse de una conducta que jurídicamente carece de justificación, en cuanto suponga una merma tan importante del patrimonio, que ponga en peligro los derechos de alimentos de los parientes mencionados en el artículo 757.5 de

---

(79) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 339.

(80) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 273.

(81) MARTÍN GRANIZO, M., «La prodigalidad en la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *La incapacitación y figuras afines,* Colex, Madrid, 1987, pág. 202, *nota* 22, añade: «respecto a la mención del término "socialmente" empleado por el profesor DE CASTRO durante la vigencia de la legislación anterior, momento histórico-jurídico en que lo esencial en la declaración de prodigalidad era la defensa de los herederos forzosos en el aspecto exclusivamente patrimonialista, ya que supone un adelantarse en lo que tal declaración debe ser y hoy, después de la reforma, es, un medio de proyección de aquellos familiares que no pudiendo subsistir por sí mismos requieren satisfacer las necesidades esenciales de vida, los alimentos de quien por su conducta desordenada está creando una situación de grave riesgo para los mismos».

(82) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1897 (Colección Legislativa, vol. III de 1897, págs. 345-351).

(83) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 273. DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 340, asimismo, señala que «por sí sola, "la mayor o menor moralidad de sus actos respecto a la administración o disposición de sus bienes" no es timbre de prodigalidad; mientras que arruinar un patrimonio haciendo obrar de caridad, creando fundaciones de beneficencia o distribuyendo todos los bienes entre los pobres, puede socialmente considerarse prodigalidad. El canon social —siempre imperfecto— solo coincide en parte con el moral. Según él, es pródigo quien por llevar una mala vida disipa sus bienes *(nequitia tua dispersis),* pero no quien ponga en peligro sus bienes para cumplir deberes morales que la sociedad reconoce y respeta. El cumplimiento generoso de los deberes hacia la familia, hacia la patria o hacia los demás, en resumen, la liberalidad no puede confundirse con la prodigalidad; esta supone siempre una censura, el ser objeto de reprobación social».

la Ley de Enjuiciamiento Civil (antiguo art. 294 del CC) (84), pues, careciendo de estos parientes, aunque dilapide sus bienes por completo, estaría desplegando una conducta que, desde el punto de vista social, pudiera ser merecedora de un cierto reproche, pero irrelevante jurídicamente a los efectos de la declaración de prodigalidad. El pródigo, como dice RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCÁRCEL, «encarna el rol opuesto al modelo repetidamente propuesto por el Derecho civil que es el *bonus pater familias*» (85).

En todo caso, en la conducta habitual del pródigo se han de integrar tanto los actos de disposición —de elementos activos del patrimonio— orientados a una incontrolable e irreflexiva dilapidación del patrimonio, antieconómicos e injustificados, como los simples actos de administración que, por su entidad o trascendencia evidencian tal resultado, y determinan un abandono y dejadez en la administración y conservación de los bienes (86); y pueden responder a gastos desproporcionados e inadecuados a los recursos económicos que dispone el sujeto titular del patrimonio. Dentro del concepto de prodigalidad, además de «considerar los actos de ella en su conjunto», se permite y aconseja incluir, como dice, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942, «toda la gama de los desórdenes económicos y todos los modos o formas de disipación» (87). No obstante, como precisa la sentencia de este mismo Tribunal, de 25 de septiembre de 1958 (88), hay que centrar la situación de prodigalidad «no tanto en la entidad del gasto, como en la finalidad de este según las circunstancias de la vida, que a veces exigen desembolsos desproporcionados al patrimonio en atención a necesidades de ineludible satisfacción en el orden familiar»; y añade la sentencia del mismo Alto Tribunal, de 18 de mayo de 1962, que «el concepto de prodigo se aplica a los casos de conducta desarreglada de la persona que de modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, pero todo ello ha de relacionarse con la situación económica-social de la persona de que se trate para saber si los gastos que realiza, son desproporcionados con dicha situación» (89).

---

(84) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 52, hace referencia a gastos excesivos que no se justifiquen de ninguna manera, desde el punto de vista económico, que no presenten ni necesidad ni una utilidad.

(85) RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCÁRCEL, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de las personas,* Aranzadi, Pamplona, 1990, pág. 95.

(86) En esta línea, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 455.

(87) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 1930 *(RJ* 1930/1150), se señala que «al lado de crecidísimos gastos personales de puro lujo, que casi diariamente ascendían a centenares de pesetas, figuran otros que enseñan que el capital familiar, dirigido en todo momento por espíritu desconocedor del valor útil de aquel, era invertido en halago de amistades femeninas en forma tan fastuosa, llegando a alcanzar, solo bajo este aspecto, sumas extraordinarias desproporcionadas a los ingresos totales de la fortuna a cuyo cargo corrían, en la cual no se practicaba acrecentamiento alguno, porque falto de tino director y dominado por el inmoderado afán de ostentación de riquezas, para llegar a las conclusiones, entre otras, de que toda la prueba llevada a los autos evidencia que hace servir sus bienes a fines abiertamente opuestos a su destino; que sus gastos son extraordinariamente superiores a sus ingresos; que la fórmula de administración económica consistió en supeditarla en su mayor parte a la satisfacción de necesidades artificiales creadas por la exigencias de vida y regalo, cuyo proceder perjudica a los herederos forzosos».

(88) *RJ* 958/2834.

(89) *RJ* 1962/2421. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 12 de abril de 2005 *(AC* 2005/724), «destinaba don Alejandro parte

Hasta ahora nos hemos referido a los actos de disposición o de administración como integrantes de esa conducta habitual merecedora de la consideración de pródiga, pero, como señala CARRIÓN OLMOS, es posible admitir una prodigalidad por omisión, pues «se entiende implícita en la misma calificación de la prodigalidad como «conducta económica habitual» que lleva consigo la puesta en peligro injustificada —por acción u omisión— del haber patrimonial del sujeto». Incluso va más lejos, considerando que es posible que la conducta del sujeto se calificara de pródiga cuando «viniera integrada únicamente por omisiones dañosas para su haber patrimonial, siempre que concurrieran los demás requisitos» (90).

Aunque resulte una obviedad, autorizada doctrina, suele hacer referencia al hecho que la conducta pródiga ha de referirse a la dilapidación de un patrimonio propio, no ajeno; pues, si esto sucediera tal conducta merecería otro calificativo pero no el de pródiga (91); y, al hecho que dentro del término patrimonio ha de entenderse tanto el capital como las rentas que produzca (92).

3. La puesta en peligro del patrimonio del presunto pródigo con perjuicio para sus familiares a los que se reserva el ejercicio de la acción. Ha de poner en peligro injustificadamente la conservación del propio patrimonio, siendo, además necesario que se perjudica los derechos de alimentos de aquellas personas (familiares) que están percibiendo o se encuentren en situación de reclamar alimentos al presunto pródigo (93).

4. Esta situación de despilfarro y dilapidación del patrimonio ha de ser actual, pues, no se protege una mera expectativa (94).

De todas formas, la prodigalidad es un concepto relativo, pues, no hay módulo o arquetipo que la englobe; su determinación debe realizarse en cada situación concreta y depende no solo de la finalidad del acto realizado, sino también del volumen patrimonial de quien lo realiza, de modo que si aquel acto no pone en

---

de sus ingresos al juego, a los bares de alterne y a elevados consumos telefónicos en líneas eróticas».

(90) CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit*., págs. 30-31. En la misma línea, OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 50, a quien parece razonable pensar no solo en actos de disposición de elementos del activo del patrimonio del presunto pródigo, sino también en actos de administración —incluso meras abstenciones— que a la larga darán lugar a un resultado semejante al descrito. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942 *(RJ* 1942/333), posibilita dentro del concepto de prodigalidad «toda la gama de desórdenes económicos y todos los modos o formas de la disipación, siempre que concurran las circunstancias, que integran la noción de prodigalidad y le marcan las características esenciales».

(91) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 52; CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 46.

(92) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 53.

(93) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421), dispone que en el concepto propiamente jurídico de la prodigalidad «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia».

Por su parte, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», *op. cit.*, pág. 140 señala al respecto que, «no se contempla la actitud subjetiva del presunto incapaz, sino la situación objetiva de desatención del derecho de alimentos a favor de determinados familiares, sin que se vea la conducta como una falta de salud mental, ni realizada con la finalidad de defraudar a determinadas personas».

(94) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de abril de 1993 *(AC* 1993/478), y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 3 de junio de 2005 *(JUR* 2006/6377).

peligro responsabilidades patrimoniales en relación a obligaciones de alimentos, aunque objetivamente sea desproporcionada o sin justificación, no determina la prodigalidad.

## IV. LEGITIMACIÓN Y PROCEDIMIENTO

a) *Legitimación activa*. Dispone el artículo 757.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, aun separado legalmente o de hecho (95), excluyéndose al divorciado y aquel cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo (96); los descendientes cualquiera que sea la determinación de la filiación (matrimonial, no matrimonial y adoptiva) o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo (arts. 154 y 142 a 151) o que se encuentren en situación de reclamárselos, esto es, que tengan necesidad de ellos, conforme dispone el artículo 148 del Código Civil (97). Los hermanos que, si bien, pueden tener derecho de alimentos (auxilios necesarios para la vida —art. 143.2 del CC—), en cambio, no están legitimados para promover la prodigalidad (98).

Para que proceda la prodigalidad como ha insistido la doctrina y jurisprudencia después de la reforma de 1983, no basta con que se promueva la declaración por alguno de los parientes que menciona la Ley, sino que es presupuesto material exigido por la norma que perciban alimentos o se encuentran en situación de pedírselos, siendo este requisito apreciable de oficio por los Tribunales (99). No

---

(95) Señala Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 894, que los cónyuges separados de hecho no pierden por ello, el derecho de alimentos; respecto al cónyuge separado legalmente tiene derecho a pedir alimentos de acuerdo con lo que establezca el convenio regulador (art. 90 del CC). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de marzo de 2005 (La Ley 63870/2005).

(96) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 82; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 173.

Parece excluirse, como apunta Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.,* págs. 130-131, a quienes convivan en una unión de hecho.

(97) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2008 (La Ley 266852/2008).

(98) Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* pág. 887, cree que «aunque el legislador quiso cambiar el objetivo de la declaración de prodigalidad, pasando a proteger la legítima de los herederos forzosos, a la protección de los alimentos entre parientes, la verdad es que nuestro legislador se quedó a medio camino entre lo uno y lo otro, de forma que hoy se protege al cónyuge, descendientes y ascendientes (que según el art. 807 del Código Civil pueden ser legitimarios) en tanto en cuanto estén percibiendo alimentos o se encuentren en situación de reclamárselos, pero no protege a los hermanos, tal vez porque no tienen la condición de legitimarios».

(99) Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* pág. 887; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.,* págs. 124-125; Salvador Coderch, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.,* págs. 738-739. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1988 *(RJ* 1988/5114), y de 22 de mayo de 1990 (La Ley 21129-JF/0000); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2001 *(JUR* 2002/19514); de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 11 de febrero de 2003 *(JUR* 2003/93742); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 3 de junio de 2005 *(JUR* 2006/6377); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 28 de noviembre de 2006 (La Ley 245219/2006); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 6 de mayo de 2009 (TOL 588.351).

resulta necesario que el derecho de alimentos previamente se hubiera reconocido judicialmente (en un proceso de separación conyugal o divorcio). De forma que, no procede declarar la prodigalidad cuando no se acredita la existencia de parientes que perciban alimentos o se encuentran en trance de reclamárselo; o cuando existiendo aquellos, no se acredita un perjuicio al derecho de alimentos que, estos pueden percibir o reclamar. Tampoco procede si el sujeto cumple sus deberes legales asistenciales y no hay riesgo próximo que deje de cumplirlos (100).

Como pusimos de manifiesto en líneas precedentes, esta situación, además, ha de ser actual, en el sentido que se haya hecho valer la petición en cualquiera de las formas que arbitra el derecho, pues, nunca se protege una mera expectativa (101).

Para un importante sector de la doctrina el cónyuge está legitimado siempre, aunque no perciba alimentos, como consecuencia del mutuo deber de socorro (arts. 67 y 68 del CC). Se trata de una legitimación específica inherente a su cualidad de cónyuge (102).

No existe un orden jerárquico o prelación entre los sujetos legitimados para solicitar la declaración de prodigalidad —como tampoco lo hacían los antiguos arts. 222 y 294—; de forma que, si concurren varios familiares alimentistas, cualquiera de ellos puede solicitar tal declaración (103).

---

(100) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996/8973) señala que: «desde 1983 la prodigalidad no defiende más que el derecho de alimentos actual, o que estén en situación de pasar a actual, del cónyuge, descendientes o ascendientes. No hay ahora, por tanto, ningún patrimonio familiar que defender para que pueda transmitirse a los hijos»; y añade: «así las cosas, los actores, hoy recurrentes, carecen de la más mínima legitimación *ad causam* para iniciar el procedimiento contra su padre, siendo esta falta de legitimación controlable por esta Sala también, pues, se está ante un proceso en el que se pretende limitar la capacidad de obrar de una persona, cuestión de evidente interés público al afectar a su propia esencia, a su libertad y dignidad de la que deriva aquella capacidad. Los actores, al no encontrarse en la necesidad de defender su derecho a alimentos, no cumplen al demandar a su padre por prodigalidad con las exigencias del reformado artículo 294 del Código Civil, pues *el hecho de que estén siendo alimentados por su padre, en modo alguno les permite usar de aquel precepto, utilizando a modo de etiqueta formal la situación de alimentistas en que se encuentran para controlar la forma en que administra, gasta o malgasta su patrimonio. Todo ello no se opone a que, si necesitan alimentos en el futuro puedan utilizar las acciones oportunas en defensa o protección de sus derechos, demostrando su situación de necesidad por supuestos. Pero mientras los estén percibiendo y no pruebe que por la conducta del padre van a dejar de percibirlos, huelga todo control*» (la cursiva es nuestra). Además, es de resaltar que son hijos mayores de edad que perciben alimentos de su padre como consecuencia de una sentencia de separación conyugal, y que el padre aseguró mediante aval bancario el pago de alimentos de sus hijos durante diez años, desde septiembre de 1989.

(101) Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 173; De Couto Gálvez, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 2050; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 134; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* pág. 882, ha de tratarse de situación de necesidad actual, es decir, la facultad de solicitar la declaración de prodigalidad dependen de que estos parientes se encuentren en una situación de necesidad tal que les convierta en acreedores al derecho de alimentos, que están percibiendo o que les facultad ya para reclamarlos.

(102) Salvador Coderch, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 738; Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 81.

(103) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 77-78; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 883. Por su parte, Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 892-893, se preguntaba por

Respecto de los menores no emancipados o los incapacitados deben ejercitar la acción sus representantes legales (titular de la patria potestad, tutor o curador según los casos), y, si no la pidieran estos, el Ministerio Fiscal (art. 757.5 LEC). La legitimación del Ministerio Fiscal la califica la doctrina de claramente subsidiaria o residual (104); mientras que, la actuación del representante legal será debida, ya que no es posible la renuncia por este del derecho de alimentos de los representados (105).

Llamaba la atención YZQUIERDO TOLSADA sobre el hecho que en el artículo 294 del Código Civil se había suprimido el adverbio «solo», que, sin embargo, si se contenía en la redacción originaria del Código Civil (art. 222). Para el autor la desaparición de esta partícula no tiene relevancia suficiente para desvirtuar el hecho de que hay que atender a la letra del artículo y a la propia naturaleza de la institución de la prodigalidad, por lo que si no existe el interés privado familiar protegido por la misma, no existe tampoco la posibilidad de instar la declaración (106). Sobre tales bases, los terceros que sean acreedores del presunto pródigo no están legitimados para pedir la declaración de prodigalidad —pueden proteger sus derechos por otra vía—, ni aquellos que perciben alimentos en virtud de una relación contractual, pues, la finalidad de esta figura va únicamente dirigida a la defensa de los intereses privados familiares (107).

b) *Legitimado pasivamente*. Está el presunto pródigo —tiene capacidad procesal para ello— (108), incluidos los menores emancipados, según opinión mayoritaria de la doctrina, por entender que, la intervención del curador del pródigo puede ser más amplia que la que corresponde a los padres o al curador de un emancipado sobre la base legal del artículo 323 del Código Civil; y además, porque puede desarrollar una conducta que ponga en peligro el derecho de ali-

---

qué el artículo 294 menciona al cónyuge separadamente de los demás herederos forzosos, si el artículo 807 lo consideraba uno de ellos. Menciona el autor como antecedente el Proyecto de 1851 en el que GARCÍA GOYENA no consideraba legitimario al cónyuge, que si quería estar «legitimado activamente para pedir la declaración de prodigalidad tenía que mencionarlo expresamente». Sin embargo, la redacción originaria del Código pasaba a considerar al cónyuge como heredero forzoso, pero esto no se tuvo en cuenta en el artículo 222, que sigue citando al cónyuge separadamente de los herederos forzosos. Entre otras argumentos y tras un detallado estudio, concluye el autor que no hay razón suficiente para conceder al cónyuge una legitimación más amplia que la concedida a los descendiente y ascendientes.

(104) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 85; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 738, también la califica de debida.

(105) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2051; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 883; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 738.

(106) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 144.

(107) SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 848; del mismo autor: «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 738-739; OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 87 y 93; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2051; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 173.

(108) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 888, en este sentido, dice que «es lógico pensar que cuando el artículo 294 habla de demandado se está refiriendo al presunto pródigo, al que si no está incapacitado por otra causa, tiene plena capacidad para comparecer en juicio y actuar plenamente por sí solo».

mentos, que se protege (109). De igual forma, se indica que los menores de edad no emancipados no pueden ser declarados pródigos, al estar sometidos a patria potestad o tutela, siendo el alcance de sus funciones más amplio que la protección que puede recibir el pródigo; a lo que hay que añadir que, difícilmente pueden incurrir en conducta pródiga, si no tienen la administración de sus bienes (110). Se discute si procede la declaración para los incapacitados, habrá que atender a lo que disponga la sentencia de incapacitación; de forma que, ha de excluirse cuando en virtud de esta no tenga la libre administración y disposición de sus bienes, y, en cambio que, sea posible si la tutela o curatela va referida solo a la esfera personal (111).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite, puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciere, será defendida por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del

---

(109) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 103; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 889; De Couto Gálvez, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2052; Yzquierdo Tolsada, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 144; Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 275, esté casado o teniendo descendientes o ascendientes actualmente con derecho alimentos contra él o en situación de reclamárselos. Sea emancipado por mayoría de edad o un menor emancipado que esta malgastando su patrimonio mueble; Lete del Río, J. M., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 457-458, señala que, puede también desarrollar una conducta dilapidadora sobre todo si su fortuna o patrimonio es principalmente mobiliario. Sin embargo, excluye como legitimado pasivo al supuesto contemplado en el artículo 319, de la llamada emancipación de hecho o por vida independiente del menor, pues, como es sabido dice el autor «la autorización o consentimiento de los padres es revocable y solo se acepta la tesis que no puede ser revocada libremente la autorización para la vida independiente después de concedida, sino que exige una causa justificativa, esta causa sería precisamente la prodigalidad».

(110) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 101-102; Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 917; De Couto Gálvez, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2052; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 889; Lete del Río, J. M., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 456-457; De Castro y Bravo, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 343, mantenía ya antes de la reforma que no merece la calificación de pródigo, «quien no ha tenido la responsabilidad de su propio e independiente patrimonio». No obstante, Martín-Granizo, M., «La prodigalidad en la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 199, se muestra partidario, aunque con reservas, de la posibilidad de declarar pródigo a los menores mayores de dieciséis años, que administran los bienes que hayan adquirido con su trabajo o industria (art. 164.4 del CC).

(111) Salvador Coderch, P., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 740, precisa al respecto que «debe recordarse que el artículo 212 del Código Civil señala que la existencia de una previa incapacitación no impide que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración para modificar la ya establecida»; del mismo autor: «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 848, añade que: «se manifiesta aquí, una vez más, el defectuoso encaje de las reglas de la prodigalidad con el resto de las disposiciones sobre circunstancias modificativas de la capacidad de obrar»; Parra Lucán, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 463. Para Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, págs. 891-892, hay que distinguir según que el incapacitado se halla sometido a tutela o curatela, siendo posible en este último supuesto; en concreto, en los dos primeros casos del artículo 286 del Código Civil.

procedimiento (por representar al cónyuge, ascendiente o descendiente, conforme al art. 757.5). En este último caso, será defendido por un defensor judicial (112).

En cuanto al concepto de alimentos *ex* artículo 757.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina coincide en señalar que, es comprensivo no solo de aquellos que recíprocamente vienen obligados a prestarse determinados parientes entre sí (art. 143), cuando alguno de ellos se encuentre en situación de necesitarlos, sino también los que se presten o se deban en virtud de determinadas relaciones familiares en cuyo contenido se encuentra esta obligación como la de mantenimiento por los padres de sus hijos en potestad (art. 154), o, la que es consecuencia del cumplimiento de deberes conyugales (arts. 67 y 68) (113).

La declaración de prodigalidad se sustancia por los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC). A diferencia de lo que sucede con la declaración de incapacitación, solo es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación de ausencia legal (art. 751.2 LEC). En estos procesos no surte efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, puesto que el objeto sobre el que versan es indisponible (art. 751.1 de la LEC y art. 1814 del CC). Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil, admite que el demandante puede desistir del juicio, si no existen menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento (art. 751.2). Al no poder las partes disponer libremente del objeto del proceso, la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, que podrá decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes y valorar libremente el resultado de todas ellas (art. 752 LEC) (114). Asimismo, el legislador no proporciona más criterios al Juez que, acordar o no las limitaciones solicitadas por el demandante, sin que, al parecer pueda imponer otras, y, sin que ello suponga limitar el contenido de la resolución judicial, de modo riguroso e inflexible, al *petitum* de la demanda (principio de congruencia) (115). La sentencia que declare la prodigalidad es constitutiva de la modificación de capacidad del pródigo, y, se inscribe en el Registro Civil (art. 1.5 de la LRC) (116), expresando los actos que el pródigo no puede realizar sin la intervención del curador (arts. 760.3 de la LEC y 177.2 del RRC) (117). A partir de la inscripción en el Registro Civil tiene

---

(112) Señala Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 174, que «con esta disposición parece que se pone fin a las cavilaciones a que daba lugar el artículo 296 del Código Civil, que parecía admitir a la vez la representación por el Ministerio Fiscal y la aplicación de las normas sobre el proceso de rebeldía».

(113) Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 274-275; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 135.

(114) Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 174, manifiesta que no se aplican al proceso de prodigalidad ni el artículo 759 LEC (pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación), ni el artículo 762 LEC (medidas cautelares); ni menos aún, el artículo 763 de la LEC sobre internamiento no voluntario.

(115) Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 175; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 156.

(116) Vid., los artículos 4.10.º, 72 .1 y 73 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (Disposición Final décima establece que, entrará en vigor a los tres años de su publicación en el *BOE,* excepto la Disposición Adicional séptima y octava y las Disposiciones Finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE)*.

(117) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2057). Lete del Río, J. M., «Comentario al artículo 298 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 465, precisa que «dado que la discrecionalidad judicial es sumamente

efectos frente a todos (art. 222.3.II LEC). También es inscribible, a petición de parte, en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 de la LH) y en el Registro Mercantil (art. 87.4 del RRM).

## V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

El pródigo queda sometido a curatela (art. 286.3.º del CC), que no tiene otro objeto que la intervención del curador en los actos que aquel no puede realizar por sí mismo (art. 288 del CC). La determinación de cuáles son esos actos corresponde a la sentencia que declara la prodigalidad (art. 760.3 de la LEC). El curador es un asistente —no representante legal—; de forma que, el sistema de guarda es limitado. La labor del curador se limita, entonces, a prestar su asentimiento, completando la capacidad del pródigo que, es quien consiente. Queda excluida la posibilidad de que al pródigo se le nombre un tutor que, asuma su representación legal, como ocurría en la redacción originaria del Código Civil.

Ni la Ley de Enjuiciamiento ni el Código Civil determinan directamente a quién corresponde el cargo de curador, de modo que hay que acudir a las reglas generales de la curatela (art. 291), que remiten a las de la tutela (art. 234) en todo lo referente al nombramiento para el cargo de curador. Es posible que, la curatela del pródigo la ejerza no un único curador, sino varios, dando lugar a una curatela plural (art. 236) (118).

---

amplia, e incluso puede llegar a imponer la asistencia del curador a todos los actos de administración y disposición del pródigo, lo normal será que al solicitar la declaración de prodigalidad se pida que la intervención del curador comprenda el grado máximo, y así evitar el tener que plantear más adelante un nuevo y costoso juicio; pues, como dice DE CASTRO, esta sería la actitud prudente de un abogado o de un fiscal».

Por otra parte, entiende OSSORIO SERRANO, como CARRIÓN OLMOS que, si no se establece nada en la sentencia de declaración de prodigalidad sobre los actos que el pródigo necesita la asistencia del curador, no queda otra opción que, admitir la procedencia de la interposición por los interesados del correspondiente recurso esgrimiendo el mandato legal del artículo 760.3 de la LEC. Vid. OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 186-187; y CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 155. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 *(AC* 2001/760), señala en su *Fundamento de Derecho cuarto* que: «…las facultades del curador están exclusivamente referidas al ámbito patrimonial y en relación a los actos que el Juez fije; por tanto, no cabe que la sentencia omita esa concreción de actos, si no los contiene debe ser rectificada de oficio o impugnada mediante los oportunos recursos».

Sin embargo, el artículo 223-4.3 del Código Civil catalán impone que la sentencia que declare la prodigalidad debe determinar el ámbito en que la persona afectada necesita de la asistencia de un curador. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos a que se refiere el artículo 222-43 (actos en que el tutor requiere autorización judicial), y para otorgar capítulos matrimoniales.

(118) Se ha planteado por la doctrina la posible designación de un solo curador para varios pródigos, situación prevista en el artículo 240 del Código Civil. Para MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.,* pág. 314, aunque «cae en el ámbito de la remisión del artículo 291 que no ofrece duda; la ofrece, en cambio, la analogía entre uno y otro supuesto, ya que no existen identidad de razón: la convivencia entre los hermanos, que se quiere mantener a través de lo establecido para el caso de tutela, no ser deriva ni tiene por qué ser afectada del hecho de tener un mismo curador». Por su parte, OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 148, considera que, tal cosa

Hay unanimidad en la doctrina a la hora de considerar que, el pródigo no tiene limitada su capacidad o su libertad de actuación en el ámbito personal o extrapatrimonial, así puede contraer matrimonio, adquirir una nueva nacionalidad o vecindad civil, ejercitar los derechos de la personalidad, cambiar de domicilio, solicitar la nulidad, separación y divorcio, etc. (119). De ahí que, se considere que, la limitación de la capacidad solo puede afectar a la esfera patrimonial *inter vivos* (120), y, no a la esfera patrimonial *mortis causa*, pues, puede otorgar testamento (conserva su capacidad para testar) (121). Al entenderse que el pródigo tiene una capacidad limitada debe ser excluido de aquellos actos o cargos, para los que legalmente se exige estar «en el pleno ejercicio de los derechos civiles», o tener «capacidad para obligarse», con independencia de su carácter patrimonial o no. Así, aunque no lo establezca expresamente la sentencia de prodigalidad no podrá ser tutor (art. 241 del CC), ni defensor judicial (art. 301 del CC), ni albacea (art. 893 del CC), ni árbitro (art. 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje —modificada parcialmente por la Ley 11/2011, de 20 de mayo—); ni tampoco puede adoptar (art. 172.2 del CC) (122). Por otra parte, se reconoce capacidad procesal a quién está en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7.2 de la LEC); de manera que, el declarado pródigo podrá comparecer en los juicios, que no versen sobre actos afectados por la sentencia de prodigalidad (123).

En ausencia de previsión legal específica al respecto, se discute qué efectos puede producir la sentencia de prodigalidad en la esfera patrimonial de carácter

---

podría tener razón de ser en nuestro caso «en una situación en la que ambos cónyuges hayan sido declarados pródigos, pudiendo ser entonces razonable que una misma persona los asista en aquellos actos que mencione la sentencia de prodigalidad, puesto que sería inoportuno e incluso poco práctico designar dos personas distintas como curadores de marido y mujer, constante matrimonio y mediando entre ellos convivencia efectiva».

(119) Parra Lucán, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 464; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 174; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* págs. 903-904. De Castro y Bravo, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.,* pág. 345, señala que «tales facultades no podrán ejercitarse en fraude de ley y que su ejercicio serán ineficaz cuando el resultado suponga contradicción a los efectos de incapacitación».

(120) Vid., la Resolución de la DGRN, de 8 de mayo de 1994 *(RJ* 1995/4093); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de marzo de 2007 *(JUR* 2007/125605); y de 26 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/44543).

(121) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.,* págs. 167-169. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2057).

(122) Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.,* pág. 174, añade que, tras la modificación de los artículos 1700 y 1732 por la Ley Orgánica 1/1996 es claro que se extingue el mandato por declaración de prodigalidad de mandante o mandatario, y la sociedad por la de un socio.

(123) Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.,* págs. 902-903; Parra Lucán, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.,* pág. 464; Salvador Coderch, P., «Comentario al artículo 298 del Código Civil», *op. cit.,* pág. 749, quien precisa que habrá que estar a la sentencia declarativa de la prodigalidad, por un lado, y a la naturaleza concreta del acto de que se trata, por el otro, para poder decidir en cada caso concreto la cuestión. En contra, Ogayar y Ayllón, T., «La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar», *op. cit.,* pág. 276, quien señala que, cualquier que sea la extensión de los actos prohibidos al pródigo, no puede este comparecer en juicio, sino por medio de tutor (hoy curador).

familiar, esto es, en relación con la administración de los bienes del matrimonio o el de los hijos del pródigo. Cabe la posibilidad que la sentencia de prodigalidad pueda determinar la intervención del curador no solo en relación al propio patrimonio del pródigo, sino también en relación con la gestión de los bienes de los hijos (art. 164 del CC), o de la sociedad conyugal. Los antiguos artículos 224 y 225 del Código Civil, antes de la reforma por Ley 13/1983, contenían reglas específicas sobre los efectos de la prodigalidad sobre los derechos y deberes derivados del matrimonio y la patria potestad y sobre la administración de los bienes del matrimonio o de los hijos. La doctrina ha criticado el silencio de la reforma de 1983 en este punto, por el vacío legal creado (124). En los casos en que el cónyuge sea nombrado curador (arts. 234.1.2 y 291 del CC), su intervención como tal en los actos relacionados con la administración de los bienes comunes de la sociedad conyugal, le permite proteger sus intereses. Pero puede que no le nombren curador, por ser el cónyuge menor o estar incapacitado, o porque el Juez altere el orden de preferencia señalado por la ley al nombrar curador, conforme el artículo 234.2. De cualquier forma, el cónyuge podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal, conforme el artículo 1393.1 del Código Civil —tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero—, como medida de protección de sus intereses. Ossorio Serrano, entiende también aplicable el artículo 1387 del Código Civil que, prevé la transferencia de la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales «por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte», cuando sea curador el cónyuge (125). En los casos en que el cónyuge nombrado curador sea, además, cotitular de la patria potestad de los hijos del pródigo, su intervención en la administración parece suficiente para evitar los riesgos (126). Pero, aun habiendo cónyuge, puede ser que los hijos sean no comunes, o la filiación solo esté determinada respecto del pródigo, considerando Monserrat Valero, que procede aplicar lo establecido en el artículo 167 del Código Civil (127). No obstante, lo razonable sería atribuir al otro cónyuge la administración exclusiva de los bienes pertenecientes a los hijos menores comunes; pero de no haber otro cónyuge, o no ser los hijos comunes o, estar determinada la filiación solo respecto del pródigo, parece que la asistencia del curador debería alcanzar también a la administración de dichos bienes para los mismos casos establecidos en la sentencia declarativa de la prodigalidad (128).

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta es preceptiva serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sometida a curatela, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1301 y siguientes del Código Civil (art. 293) (129). Legitimado para impugnar estará el curador del pródigo y él mismo durante los cuatro años siguientes a su reha-

---

(124) Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 277.

(125) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 172. Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 175, la cuestión es dudosa.

(126) Parra Lucán, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 465; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 150.

(127) Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 904.

(128) Garralda Valcárcel, J., «Sobre prodigalidad», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 43, julio-septiembre de 2002, pág. 74.

(129) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997/8902).

bilitación (art. 1301 del CC) (130). No alcanza tal legitimación a las personas que solicitaron la declaración de prodigalidad (131).

Por otra parte, no se permite impugnar la validez y eficacia de los contratos celebrados antes de la sentencia de prodigalidad, pues, los efectos de esta no son retroactivos desde su firmeza. Así lo establece el artículo 297 del Código Civil cuando dispone que: «*los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa*». De forma que, a partir de la firmeza de la sentencia podrá impugnarse los actos realizados sin la asistencia del curador, cuando esta sea preceptiva; y, tendrá efectos frente a terceros, a partir del momento en que aquella haya podido ser conocida (art. 222 LEC). Ahora bien, desde que se presenta la demanda de prodigalidad hasta que se dicta sentencia, el demandado puede llevar a cabo actos que pueden dilapidar su patrimonio. Por eso, aunque la Ley no lo disponga expresamente, en el sentir mayoritario de la doctrina, interpretando *a contrario* el artículo 297 entiende que pueden impugnarse los actos del pródigo posteriores a la demanda (llamado «periodo sospechoso»), dando así efectos retroactivos a la sentencia declaratoria de prodigalidad en ese periodo intermedio (132). No obstante, para los actos realizados en tal «periodo sospechoso», se discute si son atacables solo

---

(130) Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 911, señala que, como el propio pródigo puede comparecer en juicio por sí solo, es posible que pueda impugnar el acto, no cuando esté ya rehabilitado, sino durante la vigencia de la declaración de prodigalidad. Por su parte, Monserrat Valero A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 911, precisa que, en caso de muerte del pródigo, los herederos no tienen legitimación para impugnar el acto anulable.

(131) Ossorio Serrano, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 202; De Couto Gálvez, R. M.ª, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2056; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 911, precisa que «la única solución que queda a estas personas es recurrir al curador del pródigo para que este sea quien impugne personalmente el acto que el pródigo realizó por sí solo en contravención de lo dispuesto en la sentencia de prodigalidad; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 175, considera sobre la base del artículo 293, que no pueden impugnar los actos, quienes pudieron solicitar la declaración como antes de la reforma consideraban probable algunos autores. Así, Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 280, señala que: «quedaría chocante que no pudiesen pedir la invalidación del acto precisamente las personas a quienes protege tal invalidez»; Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 913-914, pone de manifiesto que: «lo lógico sería conceder la legitimación para impugnar los actos anulables del pródigo a los que han pedido la declaración de prodigalidad. No es razón suficiente para negar su legitimación el que no sean parte en el acto realizado por el pródigo: la verdadera ratio de la norma que concede la legitimación para impugnar los actos anulables de un incapaz, no impide esta solución; además el curador tampoco es parte en el contrato ni representa al pródigo, no es la protección de sus intereses, lo que mira la intervención del curador»; Carrión Olmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 161; De Castro y Bravo, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 348, que concede legitimación a los herederos forzosos.

(132) Lete del Río, J. M., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 463; De Castro y Bravo, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 351; Salvador Coderch, P., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 745; Monserrat Valero, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 915; Pérez de Vargas Muñoz, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, págs. 915-916; Albaladejo García, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 278; Parra Lucán, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 465; Lacruz Berdejo, J. L., *et al.,* «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 176; Yzquierdo Tolsada, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 146: Álvarez Lata, N., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 455.

los actos que en sí mismo adolezcan del vicio de prodigalidad (como exigía el Proyecto de 1851) (133); o, en general, todos los que según la sentencia resulten anulables, si se hace sin la intervención del curador (134). Parece más lógica esta última posición. En cualquier caso, para que pueda afectar a terceros de buena fe, se exige que se anote preventivamente la demanda (arts. 38.1 LRC y 42.5 de la LH) (135); si bien, la protección del Registro no salva la nulidad del título de adquisición (art. 33 de la LH), aunque, quien adquiere, mediante contrato válido, de quien adquirió el inmueble mediante contrato nulo, si se dan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria será mantenido en su adquisición (136).

## VI. BIBLIOGRAFÍA


ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, T. I. Introducción y parte general,* decimoctava edición, Edisofer, Madrid, 2009.

CARRIÓN OLMOS, S.: *La prodigalidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España, T. II Derecho de la persona, Parte Primera. La persona y su estado civil,* Madrid, 1952.

DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª: «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil,* T. II, vol. 2.º, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000.

LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.: Elementos de Derecho Civil, T. I Parte General, vol. II Personas,* sexta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson, Madrid, 2010.

LETE DEL RÍO, J. M.: «De la curatela en los casos de prodigalidad», en *Comentarios al Código Civil,* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1985.

MONSERRAT VALERO, A.: «La prodigalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CXXXIV, diciembre de 1985, núm. 6.

MORENO QUESADA, B.: «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado,* abril de 1985.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1978.


---

(133) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 197; CARRIÓN OLMOS, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 153.

(134) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 278; MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 916; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 851; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 455; DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 352, señala que: «la «causa de prodigalidad» no parece referida, en el texto del Código, a que el acto ha de llevar en sí mismo el vicio de la prodigalidad, sino a que haya sido hecho por persona incapacitada por «causa de prodigalidad». Aconseja también esta interpretación el que de otro modo podría resultar prácticamente inútil la medida, pues, con facilidad podría disimilarse el carácter de los actos de dilapidación».

(135) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 147; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, págs. 897 y 916; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 464.

(136) PARRA LUCÁN, M.ª Á., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 465; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 297 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 746.

OGAYAR Y AYLLÓN, T.: «La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas,* T. I, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

OSSORIO SERRANO, J. M.: *La prodigalidad,* Montecorvo, Madrid, 1987.

PÉREZ DE VARGAS, J.: «La declaración de prodigalidad en el Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* año CXXXVI, junio de 1987, núm. 6.

SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario a los artículos 294 a 298 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986.

— «Comentario a los artículos 294 a 298 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaria General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares,* ICAI, Madrid, 1984.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 27 de septiembre de 1897 (Col. Leg., vol. III de 1897).
STS de 17 de febrero de 1904 (Col. Leg., T. XV, vol. I de 1904).
STS de 21 de mayo de 1913 (Col. Leg., T. XLV, vol. II de 1913).
STS de 30 de septiembre de 1930 *(RJ* 1930/1150).
STS de 25 de marzo de 1942 *(RJ* 1942/333).
STS de 28 de marzo de 1955 *(RJ* 1955/1536).
STS de 23 de septiembre de 1958 *(RJ* 1958/2833).
STS de 23 de marzo de 1962 *(RJ* 1962/1511).
STS de 18 de mayo de 1962 *(RJ* 1962/2421).
STS de 17 de junio de 1978 *(RJ* 1978/2356).
STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1988 *(RJ* 1988/5114).
STS, Sala de lo Civil, de 2 de enero de 1990 *(RJ* 1990/1).
STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1997 *(RJ* 1997/8902).
STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de junio de 2010 (La Ley 86126/2010).
SAP de Sevilla, de 5 de abril de 1993 *(AC* 1993/478).
SAP de Valladolid, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 1997 *(AC* 1997/2057).
SAP de Guipúzcoa, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2001 *(AC* 2001/760).
SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 7 de noviembre de 2001 *(JUR* 2002/19514).
SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 18 de marzo de 2002 *(AC* 2002/766).
SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de mayo de 2002 *(JUR* 2002/208891).
SAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2003 *(JUR* 2003/143575).
SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2004 *(JUR* 2006/23394).
SAP de Castellón, Sección 3.ª, de 11 de febrero de 2005 *(AC* 2005/369).
SAP de A Coruña, Sección 3.ª, de 3 de junio de 2005 *(JUR* 2006/6377).
SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 28 de junio de 2007 (La Ley 175776/2007).
SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de febrero de 2008 *(JUR* 2008/144543).
SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 17 de marzo de 2009 (La Ley 81501/2009).
SAP de Granada, Sección 5.º, de 26 de febrero de 2010 (La Ley 62654/2010).

*RESUMEN*

*PRÓDIGO. CURATELA PATRIMONIO. DERECHO DE ALIMENTOS*

*El pródigo es la persona que de forma habitual malgasta su patrimonio, de forma desordenada e irreflexiva, sin que estemos ante un supuesto de incapacidad en el sentido del artículo 200 del Código Civil, sino ante una restricción o limitación de la capacidad de actuación de un sujeto que pone en peligro los derechos de alimentos de los parientes que tienen derecho a percibirlos o están en situación de reclamárselos. Se protege un interés privado familiar (derecho de alimentos de cónyuge, descendientes o ascendientes), sin que tal protección alcance al declarado pródigo. Se le somete a curatela, determinando la sentencia qué concretos actos debe realizar el pródigo con la asistencia del curador, pues, no es este un representante legal, pues, en último término quien consiente es el pródigo.*

*ABSTRACT*

*SPENDTHRIFT. GUARDIAN SHIP HERITAGE. FOOD RIGHT*

*The spendthrift is the person who of habitual form wastes his heritage of untid and unthinking form, without we are before a supposition of disability in the sense of article 200 of the Civil Code, but before a restriction or limitation of the capacity of action of a subject that puts in danger the food rights of the relatives who have right to perceive them or to be in situation to proclaim itself them. There is protected a private familiar interest (food right of spouse, descendants or ascendancies) without such a protection reaches the declared spendthrift. One submits him to guardianship, determining the judgment that concrete acts the bountiful one must realize with the assistance of the guardianship, so it's not this one a legal representative so, in last term who consents is the spendthrift.*

# *INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES*

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de Familia y Sucesiones. Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de La Frontera*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.—II. INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2009.—III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 160 de nuestro Código Civil contempla el derecho de visita de los progenitores en los siguientes términos: «los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial».

El derecho de visita hay que analizarlo desde la perspectiva del Derecho de Familia y en el marco de las relaciones paterno-filiales, una vez producida una crisis conyugal que aboca a la separación de los progenitores, o al divorcio de estos.

La visita, propiamente dicha, es un derecho del progenitor, pero también es, obvio es decirlo, un deber de este para con sus hijos menores de edad. Es el progenitor custodio el que debe facilitar y cooperar, en todo momento, para que el otro progenitor, el no custodio, encuentre la disponibilidad adecuada en orden a ver a sus hijos, estar con ellos, disfrutar de su compañía y, en definitiva, compartir con ellos momentos de ocio y diversión, siempre en un régimen de visitas previamente estipulado y homologado por la correspondiente resolución judicial, cuando la crisis conyugal se ha producido de mutuo acuerdo, o por medio de la correspondiente sentencia de separación o divorcio en procesos contenciosos, en los que no hay acuerdo entre las partes.

Cuando ese derecho-deber es sistemáticamente conculcado por uno de los progenitores, se produce el concepto de «incumplimiento», y a esos incumplimientos hay que dar respuesta, solución o remedio eficaces, ya que el Ordenamiento Jurídico no puede permanecer impasible, pasivo, ante este tipo de situaciones que influyen negativamente no ya solo en el progenitor que sufre esos incumplimientos, sino —lo que puede ser aún más grave— en los hijos, en perjuicio del principio, fundamental, del *favor filii*. En consecuencia, se trata de determinar si, en este marco familiar, ante incumplimientos graves, puede el progenitor perjudicado solicitar una indemnización por daños morales, cuestión esta que analizo a continuación a través del estudio de una interesante sentencia que fue dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 30 de junio de 2009.

## II. INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y DAÑOS MORALES: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2009

Antes de entrar en el análisis de esta problemática de Derecho de Familia, conviene hacer una breve referencia al Derecho Comparado. Efectivamente, el Ordenamiento Jurídico italiano se planteó seriamente la cuestión del resarcimiento de daños por las consecuencias que acarreaban los incumplimientos del régimen de visitas. En este sentido, una sentencia dictada por un Tribunal de Roma, en fecha 13 de junio de 2000, se ocupó de los daños resarcibles al progenitor que no tenía la guarda y custodia. Para la doctrina jurisprudencial italiana, el daño personal no se reduce al daño biológico, sino que se amplía al derecho a la salud, entendida en el sentido que le atribuyó la Organización Mundial de la Salud, como completo bienestar físico, mental y social, y no solo como ausencia de enfermedad. En relación con este caso, el Tribunal de Roma había dispuesto la separación de los cónyuges por medio de sentencia de 4 de febrero de 1992. A la madre le fue confiada la guarda del hijo menor, que tenía entonces cinco años, estableciéndose un régimen de visitas para el progenitor. A la madre se le otorgó el uso de la vivienda familiar y se fijó una pensión alimenticia para el hijo, a cargo del padre, de 700.000 liras mensuales. Ante la negativa reiterada de la madre a que el padre viera a su hijo y lo tuviera consigo, de acuerdo con lo previsto en la sentencia, el padre, como titular de la patria potestad, interpuso una demanda, por sí y en representación del hijo, reclamando la reparación del «daño biológico» y del «daño moral» sufrido por ambos. La demanda se apoyaba en los artículos 2 y 32 de la Constitución italiana, ya que en dichos preceptos se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud

respectivamente; y en los artículos 2043 —equivalente al art. 1902 de nuestro Código Civil— y 2059 del Codice Civile que contempla el resarcimiento por hecho ilícito y los denominados daños no patrimoniales respectivamente, señalando para estos últimos que «el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados en la ley».

El progenitor alegaba que él siempre había cumplido y seguía cumpliendo sus deberes de mantenimiento del hijo y que la madre se había negado injustificadamente, pese a la intimidación por telegramas —ya que había enviado dieciséis desde que el hijo tenía cinco meses— y por medio de parientes, para poder ejercer tal derecho. Señalaba, asimismo, que había evitado recurrir al Juez competente, porque tal iniciativa habría terminado por incidir fuertemente en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico.

En cuanto a la madre, en su contestación a la demanda, alegaba que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se había desinteresado, dejando el hogar conyugal, salvo alguna fugaz aparición en la vivienda. Apoyaba su contestación en un argumento que resultaba curioso, tal como expresaba Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO: «el niño no conoce al padre, no por culpa de la madre, sino por el hecho de que ella ha debido reconstruir su existencia con otro hombre quien, además, quiere muchísimo al niño y, consecuentemente, el niño tiene la figura del padre en el amigo de la madre; por eso, muy preocupada por el efecto emotivo que puede causar en el niño confiarlo, aunque sea por un solo día, a una persona totalmente desconocida, intentó evitarle cualquier encuentro con el padre».

Estando en curso esta causa, el Tribunal Civil de Roma, por sentencia de 3 de octubre de 1997, resolvió la disolución del matrimonio, confiando al hijo a la madre y estableciendo un régimen de visitas similar al señalado en la sentencia de separación.

El Tribunal de Roma, en relación con la problemática planteada en torno a los daños resarcibles, como cuestión previa, estimó que el progenitor no podía representar al hijo menor para hacer valer sus derechos contra la madre, porque carecía de legitimación para el proceso, pues, al no tener el ejercicio de la patria potestad, no podía tener la representación del hijo. De otro lado, existiendo un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el progenitor debía, con anterioridad a haber interpuesto la demanda resarcitoria, haber propuesto que se designara un *curatote speciale,* un a modo de defensor que lo representara en juicio, según los términos del artículo 163 del Código Civil español, que representase al menor procesalmente incapaz.

En cuanto a la pretensión resarcitoria del progenitor, se estimó probado que la falta de posibilidad para el actor de ejercitar su derecho-deber de visita a su hijo era imputable a la madre. Los razonamientos del Tribunal italiano sobre la importancia del régimen de visitas, a efectos de la trascendencia que tienen para el tema objeto de estudio, fueron los siguientes:

1.º Es evidente el rol central que, de hecho, asume el progenitor que tiene la guarda para consentir las relaciones familiares entre el hijo menor y el otro progenitor, siendo que esa relación debiera ser consentida o, mejor aún, favorecida, en el preeminente interés del menor, con el fin de conseguir la necesaria y completa formación social y educativa del menor, en función de los artículos 30 de la Constitución italiana y 147 y 148 del Codice Civile.
2.º El derecho de visita del progenitor no guardador —no custodio— constituye, para él, también, un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en

el orden interno y moral, en atención a los vínculos que los ligan, las funciones socioeducativas a cumplir y los graves perjuicios que pueden producirse en caso de incumplimiento.

3.º El Tribunal estimó que el comportamiento de la madre hacia el progenitor era injustificado e ilícito. A este respecto hay que apuntar lo expresado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, al afirmar que no puede discutirse que la obstrucción del derecho a mantener comunicación con el hijo es una conducta antijurídica, si bien la sentencia no emplea esta terminología, pero sí insiste en que las visitas estaban fijadas por resoluciones judiciales, sentencias de separación y divorcio, y que la demandada había actuado en contra de lo ordenado en esas resoluciones judiciales.

SCANDURRA, al comentar esta interesante y carismática sentencia, afirmaba que el comportamiento de la madre fue doloso, ya que violó el derecho-deber del otro progenitor a participar en la educación e instrucción del hijo y obstaculizó el armónico y completo desenvolvimiento de este último.

Las sentencias de separación y de divorcio constataron la conducta obstruccionista de la madre-guardadora —madre custodia— al régimen fijado judicialmente. De ahí que la mujer incurriera en responsabilidad subjetiva, lo que derivó en una serie de consecuencias perjudiciales, dañosas, para el progenitor, de entre las que cabe señalar las siguientes:

1.º Daños biológicos, como categoría específica o, en otros términos, daños a la salud psicofísica del padre. Hay que resaltar que la salud es un bien tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana, al prever «la tutela de la salud como fundamental derecho del individuo».
Se trataba de un daño emergente derivado de las prolongadas turbaciones neuropsíquicas, del dolor, de las ansias y de la angustia producida por no haber podido satisfacer sus legítimos derechos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación, tanto en lo que respecta a las relaciones parentales, como a las sociales y recreativas, entre otras; así como la disminución que incide fuertemente en la salud psicofísica de la persona y también en su proyección futura y, por ello, de concreta y permanente relevancia biológica. En definitiva, se consideró un supuesto de ataque a la integridad psicofísica, por lo que se emplearon unos baremos concordantes con la tabla de invalidez para la cuantificación del daño biológico sufrido por el progenitor, lo que implicó que el daño biológico fuera ampliamente valorado.

2.º Daños morales, al no haber podido cumplir el progenitor tan importantes deberes hacia el hijo —el deber (y derecho) de visitas en lo que supone de vida relacional de carácter paterno-filial—, ni satisfacer su derecho a conocer al hijo, a frecuentarle y educarle (o, al menos, participar en su educación y formación), en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad y del prolongado, pero en vano, empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho, dadas las circunstancias cumplidamente acreditadas, y verificadas, en el caso.

Se estimó que el progenitor había sufrido un daño biológico y, en consecuencia, se aplicaron los baremos existentes para los supuestos de invalidez, como ya he apuntado anteriormente, considerando que se trataba de una invalidez psicofísica, que no generaba la imposibilidad de trabajar, del 9 por 100, concretado en 16.650.000 liras.

Por lo que respecta al daño moral, se liquidó sobre la base de un porcentaje del daño biológico, si bien un sector doctrinal italiano estimaba que esta liquidación era errónea, siendo, en cambio, adecuado presumir la existencia del daño, una vez acreditados los hechos. Estimó que se trataba de acreditar los hechos y, en concreto, los perjuicios para el progenitor, los cuales, efectivamente, quedaron cumplidamente verificados.

Por lo que concierne al daño moral, se otorgó la cantidad de 4.2000.000 liras.

Hay que reseñar, asimismo, que, en este tipo de procesos, lo lógico es que existan también daños patrimoniales. Sin ir más lejos, estos daños son los derivados de los gastos que el progenitor haya tenido que desembolsar para hacer efectivo su derecho de visitas, más aún cuando reside en una localidad distinta —y distante— de la del hijo.

Volviendo ya a la problemática que generan los incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor custodio en nuestro país, habría que entrar a valorar si, efectivamente, cabe, en la actualidad, hablar del resarcimiento de daños a los progenitores no custodios, en función de la vía del artículo 1902 de nuestro Código Civil. En este sentido, cabe citar un Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de diciembre de 2005, cuyo resultado hace pensar en que se ha abierto una vía al resarcimiento de daños y perjuicios y que es aconsejable seguir esta orientación, esta línea jurídica, si bien también hay que pensar que no está exenta de problemas y, sobre todo, que no es efectiva a corto plazo. Los hechos que dieron origen a la sentencia se remontan al año 1996, cuando ante la alcoholemia que padecía una madre y su propensión a la depresión, la Junta de Andalucía decretó la situación de desamparo de los dos hijos, de cuatro y cinco años, asumiendo la tutela *ex lege* y entregándolos en acogimiento preadoptivo. Más tarde, el Juzgado competente ratificó el desamparo y acordó la entrega en acogimiento preadoptivo a un matrimonio, pese a que existían ya informes médicos que acreditaban la rehabilitación de la madre, la cual solicitó, una vez recuperada totalmente, la revisión judicial de la decisión administrativa. Al cabo de cuatro años, o sea, en el año 2000, se estimó que «como el único dato negativo para el cuidado y atención de los hijos era la alcoholemia», y la madre se había rehabilitado, volvía a ser titular de la patria potestad. Pero, con respecto a los hijos, a pesar de estimarse que debían regresar con ella, a la vez, en la propia resolución se determinaba que ello resultaba imposible por los años transcurridos y el daño psicológico que ello iba a provocar, entendiendo que lo procedente era que se quedaran bajo la guarda y custodia del matrimonio de acogida y una indemnización sustitutoria de ejecución de la resolución para la afectada. Hay que hacer notar que en septiembre de 2004 la niña regresó con la madre, dejando voluntariamente a los padres de acogida, pero la Audiencia estimó que la madre no había recuperado a la hija, porque «la relación nunca podrá ser idéntica a después de haber perdido toda la niñez y la infancia».

No hace gala la resolución citada de una dicción adecuada. Hay que resaltar que «niñez» e «infancia» son términos sinónimos, por lo que, nombrados uno al lado del otro, presentan el mismo significado y son redundantes, siendo inútil su utilización conjunta, al no aportar nada nuevo.

El Juzgado de Familia decidió no ejecutar las decisiones favorables a reunir a los hermanos con la madre y acordó una indemnización de 72.000 euros. Por fin, la Audiencia de Sevilla elevó dicha cantidad, condenando a la Junta de Andalucía al pago de 1,4 millones de euros, estimando que era este el alcance del perjuicio moral sufrido.

La Audiencia consideró que, durante diez años, los derechos de los hijos a la afectividad, convivencia y ligazón con su madre habían sido ignorados y pisoteados. Lo que se fija, al fin y al cabo, es el precio de la pérdida de un hijo y el sufrimiento padecido por la madre por la expectativa de recuperar a sus hijos que le conferían las sucesivas resoluciones favorables, sufrimiento que se califica de «muy superior a la muerte». El concepto de «resarcimiento», en un tema como el debatido, no es, desde luego, el más adecuado, ni tampoco lo es, consecuentemente, poner precio a la pérdida de un hijo, porque estimo que no hay posibilidad de resarcir esa pérdida en una madre. Tengamos en cuenta que la madre no pudo disfrutar de sus hijos, de su afectividad, de su cariño, se le imposibilitó el contacto con ellos, y a todo ello se le quiere, después, una vez ya producido el daño —un daño ingente— poner precio, asignar una valoración económica a esos sufrimientos. Un sector doctrinal ha afirmado que la admisión del resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del régimen de visitas en los casos que proceda, de acuerdo con las normas de derecho de daños, puede servir de medida preventiva para que no se produzcan otros casos similares.

La sentencia, en cualquier caso, es interesante —y carismática— en la medida en que se indemniza la privación de la convivencia, afectividad y ligazón de la madre con sus hijos, la frustración del derecho que se tiene a la relación con ellos —a la comunicación y estancias, en sentido amplio—, así como el dolor, el sufrimiento que ello produce y conlleva. Se está indemnizando, en realidad, el perjuicio moral sufrido y los daños a la salud, en cuanto se puso de relieve la existencia, en la madre, de un cuadro depresivo grave, de carácter reactivo, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio y otro de naturaleza física u orgánica a resultas del cual se hallaba en tratamiento oncológico, presentando plena afectación un pulmón. Ambos padecimientos se consideraron indemnizables, en cuanto se estimaron que eran consecuencia directa, o indirecta, del sufrimiento soportado durante diez años. Concretamente, se estimaron indemnizables «las secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima», valorándose de manera similar a las secuelas que se pueden producir en accidentes de circulación.

Un dato, interesante por lo que al tema respecta, es que el Fallo puso cierto énfasis, haciendo una llamada de atención, en la lentitud, excesiva, de las resoluciones judiciales en cuestiones que afectan a las relaciones personales, al correr el riesgo de que, una vez adoptadas, después de mucho tiempo, estas sean extemporáneas y no palien, en ninguna medida, el daño ya experimentado. Es esta una cuestión que considero esencial por lo que respecta a los incumplimientos del régimen de visitas y los daños a esos incumplimientos ligados. No cabe duda que, cuando un progenitor no puede relacionarse con su hijo y esa falta de relación hay que imputarla al otro progenitor, se producen unos daños morales que habría que valorar y, en su caso, intentar reparar, aunque siempre entendiendo que la reparación —o el resarcimiento— en cuestiones tan delicadas como lo son las relativas al Derecho de Familia y, en concreto, a las relaciones paterno-filiales, es prácticamente imposible. No estamos hablando de resarcir unos incumplimientos en la ejecución de un contrato oneroso. Estamos hablando de cuestiones en las que los sentimientos, los afectos, las emociones, están presentes. Entre progenitor e hijo se establece una relación que ha de estar presidida por el cariño, por el mutuo disfrute de la compañía. Cuando esta ecuación se quiebra, o se entorpece gravemente, por culpa, y a la voluntad, del otro progenitor, indudablemente el Ordenamiento Jurídico ha de establecer unas pautas, unas vías, para la solución del conflicto y, también —por qué no— para

indemnizar al progenitor que ha visto cómo su derecho a relacionarse con el hijo ha quedado obstaculizado, entorpecido, o, en el peor de los casos, suprimido radicalmente.

Este panorama es el que nos permite hablar a los juristas especializados en Derecho de Familia de la necesaria —y urgente— apertura de nuevas vías jurídicas para posibilitar dicho resarcimiento de daños y perjuicios. Para ello, es indudable que hay que tomar, como fundamento y base, el artículo 1902 de nuestro Código Civil, en todos aquellos supuestos en los que el incumplimiento del régimen de visitas genere un daño para el progenitor no conviviente, el no custodio. En muchas ocasiones, se tratará de un daño de carácter corporal, pero con consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, lo cual, en cualquier caso, posibilita la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. El progenitor no custodio sufre un daño, un perjuicio psicológico y, en general, ese perjuicio es trasladable a su salud física. Tengamos en cuenta que, en nuestro organismo, lo psíquico actúa, e interactúa, con los aspectos físicos o fisiológicos y, de ahí, la existencia de la medicina psicosomática. A esto hay que añadir, inevitablemente, una serie de gastos, de costes, que se traducen, lógicamente, desde un punto de vista pecuniario, como lo son las posibles faltas de asistencia al trabajo, los gastos producidos y derivados de intentar hacer efectivo, sin fruto, su derecho de visitas, la pérdida de oportunidades laborales, etc. Añadamos, asimismo, los gastos efectuados por el progenitor no custodio en relación con su derecho de visitas, como son los derivados de reservas de habitaciones de hotel, entradas para ir al cine, teatro, circo, espectáculos musicales, etc.

Pero también cabe analizar los incumplimientos del régimen de visitas desde el punto de vista, no ya del progenitor que sufre esos incumplimientos, sino de cara al hijo. Es evidente —a mi juicio, es palmario— que el hijo sufre un daño, un perjuicio, al no poder relacionarse, con cierta normalidad, con su progenitor no custodio. Los hijos necesitan estar con su padre y con su madre. Debería existir una equivalencia, una igualdad en el trato que se les dispense tanto al padre como a la madre. La radicalización de posturas, en este sentido, no es conveniente para el hijo. A este se le priva de las relaciones con uno de los progenitores, lo que puede redundar en perjuicio para él, perjuicios que pueden enumerarse, no exhaustivamente, pero sí ejemplificativamente de la siguiente manera, con sus repercusiones a nivel personal y escolar, tales como malas notas en exámenes, comportamiento huraño y hostil hacia los otros compañeros de colegio, pérdida de apetito, irregularidades en el sueño, etc. ¿Cabría, en consecuencia, sostener que el hijo ostenta una acción procesal contra el progenitor que le ha impedido, u obstaculizado gravemente, disfrutar de la compañía del otro progenitor? A mi juicio, sí cabría, pero, al ser el hijo menor de edad, no ostenta acción procesal, sino que ha de ir representado por su progenitor.

La doctrina española se ha referido al principio *alterum non laedere,* que es, en definitiva, el contemplado por nuestro artículo 1902 del Código Civil, que ya ha sido citado varias veces, y que no debe estar excluido de aplicarse a las relaciones familiares, si bien con características propias derivadas de la especialidad del Derecho de Familia, ya que, como ha señalado Alma María Rodríguez Guitián, la aplicación del Derecho de daños al ámbito del Derecho de Familia se ha de teñir de las características propias, ya que el principio de unidad de la familia, presente en esta rama del Ordenamiento Jurídico, ha de influir en la aplicación e interpretación de las normas sobre responsabilidad civil.

Habría que valorar detenidamente si la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil actuaría también, de cara a posibles incumplimientos del régimen

de visitas, como norma preventiva, a efectos de evitar que, en el futuro, se produjeran estos tipos de incumplimientos en un marco tan especial como lo es el Derecho de Familia y, en concreto, el régimen de visitas, todo lo cual iría a favor del principio del *favor filii*. Y tampoco hay que olvidar el interés del progenitor en que se cumpla el régimen de visitas estipulado en relación con sus hijos menores de edad.

He tenido ocasión de estudiar una interesante sentencia, dictada por nuestro Tribunal Supremo, en relación con los incumplimientos del régimen de visitas, dictada en fecha 30 de junio de 2009, y que puede servir de paradigma de lo que, hasta ahora, ha quedado expuesto, en el bien entendido que la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil no es la única vía para la reparación de los daños morales sufridos por uno de los progenitores, ya que existen otros remedios jurídicos que intentan paliar, en alguna medida, los efectos perjudiciales y dañosos que, tanto sobre el hijo, como sobre el progenitor, puedan producirse.

Veamos los Hechos: D. P. y D. R. mantenían una relación sentimental. El hijo de D. R. fue reconocido por D. P. La madre se adhirió a la Iglesia de la Cienciología, trasladándose a vivir a Tampa, en Florida, con su hijo, y no regresando a España. Inmediatamente el progenitor denunció este hecho. Pero el procedimiento finalizó por Auto de archivo en 1991.

A petición del progenitor, el Juzgado de Primera Instancia dictó un Auto en el que se acordó la atribución de la guarda y custodia sobre el menor a su padre, al existir sospechas, fundadas, de que la convivencia con la madre podía afectar a la personalidad del hijo. Este Auto fue confirmado por sentencia del citado Juzgado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en 1995, confirmó la sentencia apelada, con los argumentos de que, aparte de que la madre se había desplazado a los Estados Unidos, privando al progenitor, de forma unilateral e injustificada, del ejercicio de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad desde 1991. Asimismo, el progenitor alegaba que la madre le había excluido de toda decisión relativa a la educación del hijo, y que había hecho caso omiso del Auto que ordenaba la atribución de la guarda y custodia al padre, «lo que no excluía la revisión del pronunciamiento una vez se practicara informe pericial psicológico del grupo familiar, lo que hubiera permitido una mayor aproximación a la problemática del caso y, en especial, la incidencia positiva, negativa, o neutra, que la adscripción de la señora R. a la denominada Iglesia de la Cienciología pueda tener sobre su hijo M., al no poder descartar al efecto, y a tenor del contexto de lo actuado, probables factores de riesgo, que, en tanto no sean definitivamente descartados, justifican e incluso imponen una resolución del tenor de la impugnada».

El progenitor intentó ejecutar la sentencia en Estados Unidos, donde vivía su hijo M., no consiguiéndolo debido a su situación económica. Llegó a formular diversas reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, que la remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores, acudió a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales y al Defensor del Pueblo.

El progenitor interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la Asociación Civil Dianética, Iglesia de la Cienciología y contra la madre, solicitando que se le indemnizara por los daños morales sufridos por haber sido privado, en contra de su voluntad, de su hijo M., desde que el día 23 de agosto de 1991, y sin regresar hasta la fecha, madre e hijo fueron llevados a la sede de la citada organización o secta en el extranjero, ignorándose en la actualidad su domicilio, ni el estado físico y mental en que se encontraran.

Los demandados alegaron dos excepciones procesales: la primera, fundada en defecto formal al proponer la demanda, y prescripción, la segunda, al estimar que el *dies a quo* para la interposición de la demanda fue el 23 de agosto de 1991, habiendo sido presentada el 16 de octubre de 1998, por lo que estimaban había transcurrido con creces el plazo de un año marcado en el artículo 1968.2 del Código Civil para el ejercicio de las acciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Alegaron, asimismo, el derecho a la libertad religiosa de la madre, la ausencia de auténtico núcleo familiar al faltar la relación de convivencia, la falta de atención del progenitor para con su hijo, a quien había reconocido a pesar de no ser biológico y otras cuestiones de menor interés para el tema que está siendo analizado.

Voy a centrar la cuestión debatida en torno a la problemática que plantea la exigencia, por parte del padre, de responsabilidad civil extracontractual al haber impedido la madre las relaciones de este con el hijo.

Efectivamente, el primer requisito que se exige para la exigencia de esta clase de responsabilidad civil es la concurrencia de una acción o de una omisión que causa daño a otro y en la que interviene culpa o, al menos, negligencia. Lógicamente, en el supuesto de autos, hay que distinguir dos conductas diferentes: de un lado, la conducta de la Iglesia de la Cienciología, y, del otro, la conducta de la madre. Hay que focalizar la atención en esta última conducta, al impedir que el hijo menor pudiera relacionarse con su padre —aunque no era hijo biológico, D. P. le había reconocido y, por tanto, gozaba del derecho-deber de relacionarse con el menor—. La madre había vulnerado, de manera sistemática, el artículo 160 de nuestro Código Civil y, además, se había opuesto a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo al padre. Esta resolución la conocía perfectamente, por lo que existía una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales.

La sentencia no entró a considerar las otras alegaciones efectuadas por el actor, al no poder ser objeto de decisión por falta de prueba y por la protección al principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 de nuestra Constitución. La acción de responsabilidad quedaba, por tanto, limitada a la madre del menor.

La sentencia entró a considerar si se había, o no, producido daño, estimando que el problema de las relaciones entre los progenitores separados, en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia haya sido atribuida al otro progenitor, presenta problemas complejos, hasta el punto de que, en diversas reuniones internacionales, se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no solo el interés del hijo, sino el de aquel progenitor que no convive con este —progenitor no custodio—.

Hay que plantear en qué consiste el daño en estos casos de incumplimientos. Básicamente, el daño se configura como la imposibilidad —o, a veces, dificultad extrema— de un progenitor para tener relaciones con su hijo, al impedirlo —u obstaculizarlo gravemente— el otro progenitor, es decir, el progenitor que se encuentra, de hecho, a cargo del hijo menor.

Hay que determinar, por tanto, si existe un hecho imputable al agente, el evento dañoso y la injusticia del daño mismo —o perjuicio—, al objeto de circunscribir, como ha expresado Luis Díez-Picazo y Ponce de León, el área de los daños resarcibles y evitar que una propagación irracional de los mecanismos de la tutela indemnizatoria hagan necesario el resarcimiento provocado por cualquier actividad humana, si bien los criterios han de ser más amplios que los derivados de la simple lesión de derechos subjetivos absolutos. En consecuencia, para que

pueda determinarse la existencia de la responsabilidad aquiliana y, consecuentemente, el resarcimiento del daño, no es necesario que el derecho perjudicado por la conducta dolosa, o culposa, del agente sea un derecho absoluto, sino que podría tratarse de un derecho relativo o, meramente, de una expectativa legítima, revelándose la atipicidad del ilícito extracontractual, tal como FRACCON, en la doctrina italiana, puso de relieve. En la doctrina española, Fernando PANTALEÓN PRIETO expresaba, sobre este extremo, que el sistema español mantiene una concepción amplia respecto a la idea de que el daño indemnizable no se centra solo en la lesión de los derechos subjetivos y menos de los derechos subjetivos absolutos. Es el órgano judicial el competente para establecer, y verificar, en su caso, si se ha producido la ruptura del justo equilibrio intersubjetivo y, en este caso, intentar restablecerlo mediante el correspondiente resarcimiento.

El daño, en el supuesto que estoy analizando, consiste en la imposibilidad —o extrema dificultad, en otros casos— de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, en uno de los contenidos de esta función, cual es la de relacionarse con los hijos menores de edad. Ese daño a indemnizar es un daño moral, ocasionado por el progenitor que impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro por una resolución judicial e impide las relaciones con el otro progenitor, y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las mismas acciones penales por desobediencia.

Hay que hacer hincapié, también, a la hora de la configuración del daño moral, en un elemento fundamental, cual la relación de causalidad, a efectos de que nazca la obligación de responder por el daño causado. La causalidad hay que entenderla no tanto como causalidad física, sino en el sentido de la causalidad jurídica, con el empleo de los criterios de imputación objetiva. En este sentido, cabe citar la doctrina jurisprudencial existente en nuestro país a este respecto. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008, que declaró, con cita de la dictada el 17 de mayo de 2007, que había que distinguir entre la causalidad material o física, que es la primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que la causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido. De otro lado, la causalidad jurídica es aquella en cuya virtud cabe imputar —o atribuir jurídicamente— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —o juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que, este caso, pertenece al ámbito extracontractual.

La sentencia declaró que «sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal». Hay que remitirse, en este punto, a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007.

El daño es imputable, jurídicamente, a la madre, al impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que a este se le había atribuido la guarda y custodia del hijo. No existe, por tanto, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad, entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser esta la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del progenitor,

como titular de la guarda y custodia, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva. Pero, al impedirlo, la madre es la que deviene responsable por el daño moral causado al padre.

Me interesa destacar, al llegar a este extremo, que la lesión —o el perjuicio— jurídicamente relevante, desde el punto de vista de la causación de un daño existencial, incide sobre la esfera de la actividad, sobre la actuación de la víctima, al paso que el daño moral —o el marco, o ámbito de ese daño moral— incide sobre la esfera interna de la persona, sobre los sentimientos, los afectos, las emociones y, en definitiva, sobre todo aquello que constituye la parte más íntima del ser humano y, quizás, también la más frágil.

Una pérdida existencial se consigue no solo con una forzada renuncia —la pérdida de un *facere*—, sino con una forzada actividad.

Otra vez hay que volver a insistir en el tema ya planteado anteriormente: ¿cabe que el hijo entable una acción de resarcimiento contra el progenitor que le ha impedido —u obstaculizado gravemente— las relaciones familiares con el otro progenitor? Cabría preguntarse en qué fundamento debería apoyarse la pretensión resarcitoria por parte del hijo. La respuesta es evidente: el comportamiento del progenitor incumplidor ha incidido, de forma negativa, en el desarrollo de la personalidad del hijo, repercutiendo, asimismo, en su dignidad como persona, de cara al futuro, cuando sea mayor de edad, y esté en posesión de todos sus derechos. El Ordenamiento Jurídico italiano lo admite en función del citado artículo 2043 del *Codice civile,* dirigido a reparar —o resarcir— las consecuencias perjudiciales dañosas, del comportamiento doloso o culposo que causa el daño injusto en el hijo, y del que el otro progenitor no es responsable, es decir, el progenitor que se ve impedido de visitar al hijo, de relacionarse con él.

Se distingue, a este respecto, entre el daño existencial y el daño moral. Ya ha quedado apuntado que el daño moral se desenvuelve en un ámbito de carácter subjetivo, mientras que el daño existencial es un daño de carácter objetivo, o que se desarrolla en la esfera objetiva de la persona.

Para valorar el daño moral, hay que atender a la esfera emotiva, de sentimientos, de la persona. Y, para valorar el daño existencial, habrá que determinar qué daño producido por la lesión en la esfera jurídica de la víctima resulta objetivamente relevante; qué hechos inciden en el desenvolvimiento de la vida diaria. Aquí se juega con hechos —no con sensaciones, ni estados de ánimo, ni sentimientos—. El daño existencial se refiere a lo que una persona no puede llevar a cabo a causa del ilícito sufrido. Probar el daño existencial es factible, pero, en todo caso, será el órgano judicial el competente para determinar, contando con los medios probatorios adecuados, cuál era la vida de la persona perjudicada antes de que el ilícito tuviera lugar, y, en contraste, cómo es después del ilícito. El daño existencial, según la doctrina italiana, va a consistir, propiamente, en aquello que no se puede sobreponer tomando como referencia los dos planos: el del pasado y el del presente. Al fin y al cabo, se trata de verificar cuáles son las incidencias negativas en el desarrollo normal de la personalidad del sujeto afectado.

Según ha expresado Bilotta, en el supuesto de daño existencial, hay que aplicar un método diferencial despatrimonializado, señalando, además, que la prueba del daño existencial tiene una finalidad muy precisa, que es contarle al Juez de qué modo el ilícito ha modificado, aunque sea temporalmente, la vida de la víctima.

Volviendo a la sentencia objeto de comentario, hay que reseñar que uno de los problemas planteados se refería a la valoración del daño ocasionado al padre, el cual, en su demanda, había solicitado una cantidad muy abultada, atendiendo

a las circunstancias del caso y a su gravedad. La sentencia estimó que, en este supuesto, el daño moral resultaba absolutamente indeterminado, al carecer de parámetros objetivos y más aún si se tiene en cuenta que el padre no había reclamado los daños materiales que le pudieron haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo. Teniendo en cuenta que el daño era irreversible, el Supremo estimó que la cantidad de sesenta mil euros era la adecuada.

Sabemos, a este respecto, que no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba de su cuantía y alcance, porque se rigen por principios diversos, ya que, para que proceda la condena a indemnizar, basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que se requiera, además, que se demuestre su cuantía y alcance exactos y precisos. La valoración del daño moral, así como la fijación de la cuantía de la indemnización debe hacerse por el órgano judicial con arreglo a criterios de equidad. Por lo que respecta a los elementos de juicio que el órgano judicial debe tener en cuenta para efectuar la liquidación, como ya he resaltado en otra ocasión, se hace necesaria la combinación de varios criterios:

1.º La idea de que la indemnización que se concede proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido. Sobre esta cuestión, hay que comentar que es imposible determinar, en forma cuantitativa, los dolores y sufrimientos de una persona y, en concreto, de un progenitor que ve cómo su derecho de visitas es sistemáticamente obstaculizado o impedido.
2.º El órgano judicial ha de tener en cuenta la condición económica de las partes y, especialmente, de la persona perjudicada.
3.º Debe atenderse a la mayor, o menor, gravedad de la culpa y, por fin, tomar en consideración la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los sufrimientos padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de dichos daños.

El tema de los daños morales indemnizables como consecuencia de los incumplimientos del régimen de visitas previamente estipulados ha de ser reconducido en el sentido de afirmar la conveniencia de proseguir la vía —ya abierta— del resarcimiento de daños y perjuicios con fundamento en el artículo 1902 de nuestro Código Civil. Estos incumplimientos generan, qué duda cabe, un daño al progenitor que los sufre, daño que, por lo general, se traducirá en un daño corporal, entendiendo este como un daño extramatrimonial que recae en la esfera del propio cuerpo, o en la integridad física y/o psíquica del progenitor. A su vez, este daño puede tener —en la mayoría de los casos los tiene— ciertas consecuencias pecuniarias presentes y futuras, así como otras al margen de lo estrictamente económico, o consecuencias que integran los denominados daños morales, que también se reparan —en la medida de lo posible, aunque nunca íntegramente, por su irreversibilidad y por el marco familiar en el que se desenvuelven— acudiendo a una indemnización compensatoria, tal como puso de relieve VICENTE DOMINGO.

Para finalizar, voy a referirme, a continuación, a la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este aspecto. Hay que resaltar que la admisión de una indemnización por daños morales en supuestos relacionados con el ejercicio del derecho de visitas se viene estimando por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que, efectivamente,

no queda suficientemente protegido este derecho en el marco familiar. En este sentido, cabe citar las sentencias 2000/150, de 11 de julio, así como la de 11 de octubre de 2001 —caso Sahin contra Alemania— y la de 3 de diciembre de 2002 —caso Nowicka contra Polonia—. Cuando, de manera injusta, sin motivo razonable alguno, se priva a un progenitor de la compañía de su hijo, considera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es admisible la indemnización en concepto de daño moral.

Desde mi punto de vista, y volviendo ahora al Ordenamiento Jurídico español estimo que, en los supuestos de incumplimientos del régimen de visitas por parte de uno de los progenitores, sería oportuno acudir a la vía indemnizatoria del artículo 1902 de nuestro Código Civil, en función de los daños morales que se ocasionan al progenitor que ve impedido —u obstaculizado gravemente— su derecho de visitas. Y, por lo que respecta a los daños de carácter económico —gastos desembolsados en función de esas visitas que, más tarde, se ven impedidas u obstaculizadas— habría que indemnizar también al progenitor que ha sufrido ese perjuicio económico, sean estos gastos grandes o pequeños, siempre que queden suficientemente acreditados.

Con esta vía de resarcimiento no se palían todos los inconvenientes y problemas que supone para el progenitor el hecho de verse impedido a relacionarse con su hijo (o hijos), teniendo en cuenta, además, la lentitud que conlleva una acción procesal civil de esta clase. Pero, al menos, se trata de una vía que intenta compensar, en lo posible, los perjuicios derivados de esos incumplimientos. Es, en definitiva, una vía jurídica más que puede ser utilizada en estos supuestos, pero no la única.

## III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS


Bilotta, F.: «Il danno esistenziale», *a cura di Cendon e Ziviz,* Milán, 2000.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: *Derecho de daños,* Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Fraccon, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazioni dei doveri coniugali e risarcimiento dil danno», en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone,* vol. XXX, enero-marzo de 2001.

Kemelmajer de Carlucci, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana», en *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia,* 2001-2002.

— *Idem: Ibídem.*

Marín García de Leonardo, Teresa: «Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en *Daños en el Derecho de Familia, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

Pantaleón Prieto, Fernando: *Comentario al Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II.

Rodríguez Guitián, Alma María: «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho», en *Revista de Derecho Patrimonial,* 2003-1, núm. 10.

Romero Coloma, Aurelia María: *Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar,* Editorial Reus, Madrid, 2010.

SCANDURRA: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma, de 13 de junio de 2000», en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone,* vol. XXXI, enero-marzo de 2002.

VICENTE DOMINGO, E.: *Tratado de Responsabilidad Civil,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.

*RESUMEN*

*RÉGIMEN DE VISITAS*
*DAÑOS MORALES*

*La problemática que suscita el tema de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimoniales es uno de los asuntos que tiene planteados, hoy en día, el Derecho de Familia. Cuando uno de los cónyuges está enfermo, con una enfermedad grave, y sin grandes posibilidades de curación, al menos a corto plazo, la vivienda se atribuye, por nuestra doctrina jurisprudencial al cónyuge que se encuentra en esta precaria situación física (o psíquica). En esta doctrina, a mi juicio, lo que salta a la vista es la solidaridad humana, y el no hacer recaer las consecuencias, casi siempre perjudiciales para uno de los esposos, en el cónyuge que padece una patología grave (o degenerativa). De esta forma, con buen criterio, desde mi punto de vista, se hace prevalecer el interés de la familia como el más necesitado de protección, tal como nuestro Código Civil indica, lo cual es loable, merece elogios a todos los efectos.*

*ABSTRACT*

*VISITATION RIGHTS*
*MENTAL ANGUISH*

*The problem issue of the family home in marital crises is one of the big subjects for family law nowadays. When one of the spouses is seriously ill and unlikely to get well at least in the short term, our country's case law awards the home to the spouse who is in this precarious physical (or mental) situation. What leaps to the eye is, in my opinion, the humane solidarity of this kind of legal thought and the way a person with a serious (or degenerative) illness is shielded from the consequences, which are almost always harmful for one of the spouses. Thus, with good judgment, from my point of view, the interest of the family is made to prevail, because it is the interest that most needs protection, just as our Civil Code says. This is commendable and deserves praise on every point.*

## 1.3. Derechos reales

### *LA EXCEPCIÓN DEL AUTOPROMOTOR EN EL SEGURO DECENAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SUS REQUISITOS*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil*
*Universidad Antonio de Nebrija*

*SUMARIO:* I. CONCEPTOS GENERALES. EL SEGURO DECENAL.—II. EXCEPCIONES AL SEGURO DECENAL.—III. LA EXCEPCIÓN DEL AUTOPROMOTOR INDIVIDUAL: 3.1. Requisito subjetivo: Autopromotor individual. 3.2. Requisito objetivo: Vivienda unifamiliar para uso propio. 3.3. Consecuencias de la aplicación de la excepción de autopromotor.—IV. CONCLUSIONES.

## I. CONCEPTOS GENERALES: EL SEGURO DECENAL

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), en su artículo 19.*c)* (1), exige que toda construcción u obra nueva realizada y destinada a vivienda lleve aparejada la contratación del seguro decenal como garantía de la construcción.

Es decir, se trata del seguro de daños materiales o de caución para garantizar durante un periodo de diez años, el resarcimiento de los daños causados en edificios por los vicios o defectos que tuvieran desde su origen; por ejemplo, en las vigas, forjados, cimientos o paredes de carga. Este seguro debe constituirlo el promotor del edificio, para que sea él quien responda de esos daños causados a los propietarios de los pisos o edificio.

---

(1) Artículo 19. Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción.

1. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la Disposición Adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías:

*a)* Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

*b)* Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra *c)* del artículo 3.

*c)* Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

La acreditación de la constitución de este seguro decenal es necesaria para la inscripción de una declaración de obra nueva terminada en el Registro de la Propiedad, tal y como establece el artículo 20 LOE (2).

Este seguro decenal será exigible en los edificios que se destinen a vivienda, y solo a partir de la entrada en vigor de la LOE, tal y como recoge la Disposición Adicional segunda de la misma Ley (3).

La DGRN en su Resolución Circular de 3 diciembre de 2003, sobre la interpretación que deba darse a las modificaciones introducidas en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, desarrolla estos requisitos, explicándolos. De esta forma para que sea exigible la constitución del seguro decenal, será necesario:

1. Solicitud de la licencia de obras con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación: el seguro solamente será exigible para aquellas construcciones cuya licencia de obras haya sido solicitada con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE, es decir, después del 6 de mayo de 2000. Tal y como se colige de la Disposición Final 4.ª de la Ley.

Conviene poner de relieve a este respecto que la DGRN ha insistido que la obligatoriedad del seguro decenal se produce solo en aquellas construcciones cuya solicitud de licencia de obras sea posterior a la entrada en vigor de la Ley, y no la construcción misma. Pues puede darse el caso de una licencia de obras solicitada antes de la entrada en vigor, pero con una edificación posterior, y en estos casos, la DGRN ha mantenido que no procede la exigencia de constituir el seguro decenal. Por ejemplo, en la RDGRN, de 19 de septiembre de 2005, en un caso de ampliación en una planta de un edificio, practicada con posterioridad a dicha fecha en una edificación realizada en virtud de licencia anterior a la misma; o en la RDGRN, de 18 de mayo de 2005, en la que se exime de dicho requisito en la ejecución de varias viviendas después del 6 de mayo de 2003, en una urbanización que obtuvo, para toda ella, la licencia en 1988.

2. Debe tratarse de un edificio destinado a vivienda. La vivienda tiene que ser el destino principal del edificio, por lo que aquellos edificios en los que esta no sea la finalidad primordial, no será exigible el seguro en la construcción de edificios.

Por eso, por ejemplo:

---

(2) Artículo 20. Requisitos para la escrituración e inscripción.

1. No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.

2. Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil 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.

(3) Disposición Adicional segunda LOE:

«La garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1.*c)* del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda».

*a)* En hoteles o apartamentos turísticos, en los que la finalidad no es propiamente vivienda sino el desarrollo de una actividad económica, que consiste en facilitar un alojamiento esporádico, que no puede considerarse vivienda habitual, quedan excluidos de este seguro. Lo mismo podría decirse con respecto a hospitales.

*b)* En cuanto a residencias, de estudiantes o de ancianos o similares, aunque como su nombre indica se destinan a un uso residencial, no tienen el carácter de vivienda, ni son domicilio habitual, por lo que no estarán sometidas a la constitución del seguro.

*c)* En cuanto a los edificios en régimen de aprovechamiento por turnos, hay que decir que sí que es exigible el seguro porque, aunque no sean domicilio habitual de las personas que los utilizan, sí que tienen una finalidad de ser vivienda.

*d)* En los edificios mixtos, integrados por oficinas y viviendas, sí será exigible el seguro cuando el destino principal del edificio es el de vivienda, aunque el número de oficinas o locales comerciales sea superior al de viviendas, ya que la finalidad de la ley es establecer garantías para proteger al usuario y sus intereses. En estos casos, el seguro se constituirá sobre la totalidad del edificio, sin que pueda asegurarse de forma separada solo las viviendas.

*e)* Sin embargo, no cabe duda de que las viviendas en alquiler, o los edificios de viviendas en alquiler, su destino principal es la vivienda, por lo que, en los mismos, será obligatorio constituir el seguro.

*f)* Añadimos, sin que lo recoja la Resolución Circular citada, los edificios con otro destino, como lugares de culto, en los que su destino principal son las actividades cultuales, quedando, por tanto, excluidos de esta obligación, y entendemos que lo serán aún en el caso de que conlleven como anejos residencia para los sacerdotes o encargados, tal y como ocurre en los edificios mixtos que acabamos de explicar.

Por lo tanto, para poder exigir la constitución del seguro decenal, habrá que probarse el destino indubitado y principal de vivienda del edificio en cuestión.

3. La constitución del seguro decenal se exigirá en la Declaración de obra nueva terminada o cuando conste la finalización de la obra en construcción (4).

La exigencia del seguro decenal se producirá en el momento de la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra. Si la obra nueva se declara en construcción, no será exigible el seguro en dicho momento, sino solo en el de su finalización.

El Registrador de la Propiedad deberá comprobar en todo caso que se ha constituido dicha garantía, y si la obra nueva está en construcción, lo hará en el

(4) En este sentido, el reciente Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores, en su artículo 24, modifica el artículo 20 de la Ley del Suelo, que recoge los requisitos de la inscripción de la obra nueva terminada. En el mismo se reitera la necesidad de que conste el seguro decenal en las mismas, al establecer en el apartado 1, segundo párrafo, *a),* que para la inscripción de las declaraciones de obra nueva terminada deberán acreditarse «el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios...». Es decir, se confirma la necesidad de acreditar el seguro decenal, al ser una de las garantías legales que exige la LOE en sus artículos 19 y 20.

momento de la terminación de la obra, cuya constancia se hará llegar siempre al Registro, y es entonces cuando calificará si procede o no tal exigencia legal.

Del mismo modo, si se llevan a cabo negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, como compraventas o hipotecas, otorgándose las correspondientes escrituras públicas e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad, los Notarios advertirán y los Registradores harán constar al pie del título la circunstancia de no constar registralmente la finalización de obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas por los artículos 19 y 20 y la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

## II. EXCEPCIONES AL SEGURO DECENAL

Queda claro que si no se cumplen los requisitos necesarios para la exigencia del seguro decenal, este no debe constituirse, es decir, si el edificio no se destina a vivienda, si la obra no está terminada o la licencia de construcción se solicitó antes de la entrada en vigor de la LOE. Estos casos no son excepciones a esa constitución propiamente dicha, sino que se trata de supuestos que quedan al margen de dicha exigencia.

Por lo tanto, si hablamos de excepciones propiamente dichas, nos referimos a los supuestos de edificios destinados a vivienda ya terminados que, sin embargo, no deben cumplir con la obligación de constituir las garantías del artículo 19 LOE.

Existen, no obstante, ciertas excepciones, introducidas con la nueva redacción dada a la Disposición Adicional 2.ª de la LOE por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que a su vez, han sido repetidas por la Resolución Circular de la DGRN de 3 de diciembre de 2003.

Esta Disposición Adicional establece como verdaderas excepciones a la constitución del seguro decenal, las siguientes:

*a)* «No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio».

*b)* «Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley».

Es decir, no deberá constituirse seguro decenal para *a)* la vivienda familiar del autopromotor para uso propio, y *b)* los edificios en rehabilitación.

La primera de estas excepciones es la que vamos a desarrollar a continuación, tratando de ver cómo la jurisprudencia ha ido interpretando y delimitando esta excepción.

En cuanto a la segunda, únicamente diremos, repitiendo las palabras de la Resolución Circular citada, que para que pueda aplicarse esta excepción habrá que tener en cuenta dos aspectos que señala el legislador:

«*a)* En primer lugar, se exige que se trate de un supuesto de rehabilitación de edificio que implique una intervención total o parcial en los términos que resultan del referido artículo 2.2.*b)* de la Ley 38/99. El término concretamente elegido por el legislador, «rehabilitación», confrontándolo con los supuestos de obras en los edificios ya existentes enumerados en el artículo 2.2.*b)* de la ley, obligaría a entender que solo en los casos de rehabilitación *stricto sensu* puede aplicarse la exoneración del seguro

decenal, excluyendo las hipótesis de las obras de reforma, modificación o ampliación de edificios ya existentes». De todas formas, la DGRN continúa analizando que se entiende por rehabilitación en los distintos cuerpos legales, llegando a la conclusión de la amplitud de dicho término (5),

(5) En este sentido, véase completo el texto de la Resolución Circular de la DGRN a este respecto:

«Avalarían esta idea la regla *inclusio unius, exclusio alterius* y que la norma que examinamos es de naturaleza excepcional, al derogar el régimen normal del seguro decenal para el caso particular que recoge, lo que conduce a una interpretación, no restrictiva, pero sí estricta. Se impone por tanto el estudio de qué se entiende por obra de rehabilitación de un edificio, en contraste con las de reforma, ampliación o modificación. Y en este sentido, el artículo l.°-l del Real Decreto 2329/1983, de 28 de julio, sobre protección a la rehabilitación del patrimonio residencial y urbano, define las actuaciones de rehabilitación como "las adecuaciones constructivas o funcionales de (...) edificios cuyo destino principal sea el de vivienda", añadiendo el artículo 31 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005 como modalidades de esta actuación rehabilitadora las de remodelación de un edificio, adecuación estructural (garantizar su estabilidad, resistencia, firmeza y solidez), adecuación funcional (accesos, estanqueidad, aislamiento térmico, redes generales de servicios, etc.) o adecuación de habitabilidad (condiciones mínimas para su uso conforme a su destino, medidas de ahorro de energía o de eliminación de barreras arquitectónicas y la ampliación del espacio habitable). Son, en esencia, obras dirigidas a cumplir los requisitos básicos que a toda edificación obliga el artículo 3.°-l de la Ley de Ordenación de la edificación, relativos a funcionalidad, seguridad y habitabilidad del edificio, más la posibilidad expresamente incluida en el artículo 31 del Real Decreto sobre financiación del Plan 2002-2005 de la ampliación del espacio habitable. Por su parte, el artículo 31 de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre regulación de la vivienda, incluye en el concepto de rehabilitación de vivienda la actuación dirigida a mejorar la funcionalidad o habitabilidad de un edificio destinado predominantemente a un uso residencial. La amplitud del concepto legal de «rehabilitación» induce a pensar que, pese a su literalidad, también están excluidos del seguro decenal los casos en que la actuación rehabilitadora va unida a obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que se realizan simultáneamente y bajo la misma licencia urbanística de edificación [cfr. arts. 4.*c)* y 5 del Real Decreto 2329/1983], quedando solamente sujetas a la prestación de la garantía del seguro de daños materiales o de caución las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios (art. 16.°-1 de la Ley 38/99). Desde el punto de vista registral, al tratarse de una cuestión urbanística y técnica, el Registrador habrá de atenerse a la calificación que a la obra concreta dé la licencia de edificación, también necesaria para este tipo de obras en las distintas normas urbanísticas autonómicas como lo estaba en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, de manera que no será preciso acreditar la constitución del seguro decenal si la licencia testimoniada autoriza una rehabilitación del edificio, aunque, además, permita su reforma o modificación, total o parcial, o a la ampliación de su volumetría, y, por el contrario, debe exigirse la justificación del seguro decenal cuando la licencia de edificación se limite a autorizar una obra autónoma de reforma, ampliación o modificación del edificio, no simultánea a una rehabilitación. Los casos dudosos se podrán resolver mediante certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere. En relación con ello, conviene destacar que si en un edificio de nueva planta se debe conservar la fachada por imperativo del Plan General de Ordenación Urbana, no cabe por ello dejar de entender que nos hallamos ante un supuesto de obra nueva, y no de mera rehabilitación; siendo por ello exigible sin lugar a dudas la constitución del seguro decenal».

y de esta forma incluye también como rehabilitación las actuaciones de remodelación de un edificio, de adecuación estructural para garantizar su estabilidad, resistencia, firmeza y solidez, de adecuación funcional en materia de accesos, estanqueidad, aislamiento térmico, redes generales de servicios, etc., o de adecuación de habitabilidad para cubrir las condiciones mínimas para su uso conforme a su destino, medidas de ahorro de energía o de eliminación de barreras arquitectónicas y la ampliación del espacio habitable. Es decir, se incluyen las actuaciones relativas a la funcionalidad, seguridad y habitabilidad del edificio, y a la ampliación del espacio habitable.

Por eso, para poder aplicar la excepción con rigor, se requiere que en casos dudosos, se acredite por certificado del arquitecto competente, que el proyecto «se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere».

«*b)* En segundo lugar, es también exigible para la exoneración del seguro decenal respecto de los edificios en rehabilitación que la licencia para el proyecto de nueva construcción del edificio que se ha rehabilitado hubiese sido *solicitada antes de la entrada en vigor* de la Ley, término que hay que entender se refiere a la fecha de vigencia de la propia Ley 38/1999, no de la Ley 53/2002, pues su artículo 105 se limita dar una nueva redacción a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999, no a crear una nueva norma. Es evidente que el proyecto a que alude es el de construcción de nueva planta del edificio en que se ha realizado ahora la obra de rehabilitación, distinción entre nueva construcción y rehabilitación claramente recogida en el artículo 2.°-2 de la Ley de Ordenación de la edificación, y no a la licencia para el proyecto de rehabilitación del edificio, porque, como ya vimos, la no sujeción de cualquier obra en edificio ya existente cuando la licencia se ha solicitado con anterioridad al 6 de mayo de 2000, ya se declaraba en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/1999».

## III. LA EXCEPCIÓN DEL AUTOPROMOTOR INDIVIDUAL

La excepción del seguro decenal para el autopromotor que promueve la construcción de una vivienda de uso propio se explica por el hecho de que al quedar excluida del tráfico, ya que se destina a su propia vivienda, no es lógico que el autopromotor deba contratar un seguro de daños causados por el mismo, y para protegerse a sí mismo. De esta forma, el legislador, correctamente, eliminó o excepcionó del requisito de constituir un seguro decenal en las construcciones de edificios de esta clase.

Si bien, se trata de una excepción, y como tal debe interpretarse, pues la regla general sigue siendo la necesidad de seguro decenal para las edificaciones destinadas a vivienda. Por eso, la DGRN ha establecido los requisitos que deben darse para que se pueda aplicar esta excepción, que deberán cumplirse exactamente, pues, como hemos dicho, la no exigencia del seguro decenal es excepcional.

Los requisitos para poder aplicar la excepción son, básicamente dos, que como dice la DGRN en la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003, son: *a)* el requisito subjetivo: debe tratarse de un autopromotor, y *b)* el requisito objetivo: una única vivienda individual e independiente.

No obstante, y como veremos, estos requisitos han generado muchas dudas en su aplicación, lo que ha ocasionado jurisprudencia variada aplicada al caso concreto.

### 3.1. Requisito subjetivo: Autopromotor individual

En primer lugar, hay que decir que para que se pueda aplicar la excepción el constructor debe ser un autopromotor individual. Si bien, y como ha afirmado la DGRN, este concepto «no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia», tal y como afirman las RRDGRN de 9 de julio de 2003 y 5 de abril de 2005. En estas resoluciones, el Centro Directivo afirma que puede ser autopromotor tanto una persona física como jurídica, pues en este último caso debe entenderse como una sola entidad promotora, o sea contrapone el concepto de autopromotor individual al promotor colectivo que contempla la Ley.

En varias resoluciones se ha abordado el supuesto de que el promotor sea una comunidad integrada por varias personas.

La Dirección General ha aceptado que existe autopromotor individual cuando se trata de la denominada «comunidad valenciana», es decir, cuando varias personas constituyen una comunidad que promueve varias viviendas independientes, desde el inicio, para uso propio de cada una de ellas. En estos casos, se permite que cada una de las viviendas construidas, esté exenta del seguro decenal, pues cada uno de los promotores lo era individual respecto de cada vivienda, que además es independiente de las otras, arquitectónicamente hablando. En este sentido la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003, lo explica de la siguiente forma, admitiendo la excepción en la promoción por una comunidad valenciana, «si bien únicamente 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 constituido en comunidad. Para ello, debe tenerse presente que en esta especie de comunidad no rigen las normas de propiedad horizontal, sino que se constituyen diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, siendo dueños cada uno de ellos de su propia vivienda con carácter independiente; de tal manera que los vicios o defectos de que adolezca cada vivienda unifamiliar únicamente fueren imputables a sus propios elementos estructurales y no a los derivados de la estructura de los elementos comunes del total conjunto, generalmente sitos en parcela independiente».

Sin embargo, no puede considerarse como autopromotor individual a una comunidad de bienes normal, constituida por dos matrimonios copropietarios de un solar sobre el que se declara una obra nueva de una vivienda y posteriormente otra sin atribución de uso exclusivo de las mismas (RDGRN de 22 de julio de 2010), entre otros motivos la resolución dice que no puede aplicarse esta excepción porque «no hay autopromotor individual sino una pluralidad de titulares en comunidad ordinaria», y añade que «la construcción no puede predicarse individual, sino que por su propia naturaleza es un acto colectivo (art. 398 CC)». De igual forma la RDGRN de 23 de julio de 2010, ante el supuesto de hecho de dos copropietarios de un terreno que construyen un edificio de cuatro plantas, que posteriormente dividen en propiedad horizontal, y disuelven el condominio, adjudicándose cada uno de ellos una vivienda y un local, entiende que no nos encontramos ante un autopromotor individual, pues no puede considerarse una

comunidad valenciana (que exige construcción de viviendas independientes *ab initio),* sino que «tanto la obra nueva declarada como la ampliación posterior, se realizan en régimen de comunidad ordinaria por los propietarios del inmueble».

### 3.2. Requisito objetivo: Vivienda unifamiliar para uso propio

El segundo de los requisitos para exonerar de la obligación del seguro decenal al autopromotor es que la edificación sea una vivienda unifamiliar, una sola, y que se destine a su uso propio y particular, tal y como estableció la reforma introducida por la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social.

#### a) *Una única vivienda*

La Dirección General ha señalado que solo procederá la exención cuando se trate de una única vivienda, de carácter unifamiliar, lo que supone que sea absolutamente independiente respecto de otras y solo una (RRDGRN de 11 de febrero, 9 de julio de 2003, Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003).

De esta forma, por ejemplo, la RDGRN de 22 de julio de 2010, ya citada, rechaza la excepción de seguro decenal por tratarse de dos viviendas y no de una sola, ya que primero se declara una obra nueva, y tiempo después una segunda. Igualmente la SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2009, insistió en esta idea de que solo puede ser «una vivienda». De igual modo, la RDGRN de 23 de julio de 2010 entiende que debe contratarse seguro decenal, puesto que no se trata de una sola vivienda (se trataba de un edificio de cuatro plantas en propiedad horizontal, del que se atribuye a cada propietario una vivienda, un local, plazas de garaje y trastero), sino de una edificación plurifamiliar, «ya que no estamos en presencia de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar, sino de un edificio plurifamiliar integrado, aparte de otros elementos, por dos viviendas». E igualmente se predica de la RDGRN de 26 de julio de 2010, que rechaza que en el supuesto de hecho se trate de una única vivienda, sino que es un edificio plurifamiliar, igual que en la resolución anterior. De nuevo se trataba de un edificio en propiedad horizontal, a nombre de varios propietarios.

#### b) *Vivienda unifamiliar*

Este requisito impone que la vivienda sea de carácter unifamiliar, es decir, arquitectónicamente independiente, sin que pueda compartir estructuras o elementos estructurales con otras, pues eso le privaría del carácter independiente y unifamiliar que se requiere para la excepción.

Este requisito encuentra su fundamento en el hecho de que solo la independencia estructural o arquitectónica, garantiza que los defectos de construcción afecten solo al autopromotor, y no puedan perjudicar a otras viviendas o partes del edificio en el que se inserte la vivienda, en cuyo caso, el promotor debería responder por los daños de edificación.

No es vivienda unifamiliar la que se inserta en una propiedad horizontal, porque comparte los elementos comunes con otras viviendas, y por tanto, aunque la vivienda del autopromotor sea una (un piso), y viva en ella, tendrá obligación de contratar el seguro por los posibles daños de la construcción en las otras vi-

viendas o locales. En este sentido, rechazan la excepción del seguro decenal en viviendas en propiedad horizontal las RRDGRN de 23 de julio de 2010 y 26 de julio de 2010 ya citadas, pues son viviendas superpuestas que comparten estructura.

Por eso, solo se admite como supuesto de autopromotor individual las construcciones realizadas en comunidad valenciana que, como ya dijimos, exigen la independencia total de las viviendas, también con respecto a sus elementos estructurales (RDGRN de 9 de diciembre de 2003 y Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003).

c) *Vivienda de uso propio*

Este último requisito supone que esa única vivienda unifamilar debe destinarse a vivienda propia del autopromotor, a su uso propio, sin que quepa la utilización bien para otro fin distinto de la vivienda, o bien para vivienda de una tercera persona.

Como recoge RIERA ÁLVAREZ (6), recogiendo las palabras de la RDGRN de 22 de julio de 2010, el requisito de uso propio del autopromotor se concreta en los tres aspectos siguientes: «1) Que la use personalmente el autopromotor, es decir, que el uso no puede atribuirse a un tercero. 2) Por tanto, que inicialmente no esté destinada a una posterior enajenación, entrega o cesión a terceros por cualquier título. 3) El concepto de uso propio debe ser excluyente de otras titularidades de disfrute sobre el mismo bien coetáneas a las del autopromotor».

Debido a ello, y como sigue afirmando la RDGRN de 22 de julio de 2010, el autopromotor deberá acreditar ese uso propio, y «aún cuando este uso propio, por lo general, será un hecho futuro con relación al momento de declaración de la obra nueva, puede entenderse cumplido el requisito de su acreditación con la manifestación del promotor en tal sentido, siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental (como en el caso citado en la RDGRN de 9 de mayo de 2007 de aportarse una licencia municipal de obras que no lo sea para vivienda unifamiliar), resulta necesario evitar la aplicación de la excepción más allá del estricto ámbito para el que la ha habilitado la Ley, pues su aplicación a otros supuestos supone desnaturalizar la garantía fijada por la Ley en beneficio de usuarios y terceros, a través del control notarial y registral, al sustituirla por una mera manifestación del declarante de la obra nueva».

Y, desarrollando qué debe entenderse por uso propio, hay que decir que es indiferente que se trate de vivienda habitual o segunda vivienda, pues ambas cumplen la función dicha, aunque sea de forma temporal en el segundo de los supuestos.

Por otra parte, y como ha dicho la RDGRN de 9 de julio de 2003, si se trata de personas jurídicas, la edificación ha de destinarse a uso propio aunque no necesariamente sea el domicilio social de la misma.

Pero, no cabe aplicar esta excepción cuando la vivienda no tenga un uso exclusivo del autopromotor, sino que sea un uso común o compartido, como ocurría en la RDGRN de 22 de julio de 2010, donde no se había definido *a priori* el uso exclusivo de cada una de las viviendas construidas. Es lógica esta excepción porque un uso compartido, con otra persona, haría necesario que el autopromotor respondiera ante aquella por los defectos de construcción, como ya hemos dicho.

(6) RIERA ÁLVAREZ, J. A., *Informe para Notarías y Registros. Octubre de 2010,* disponible en www.notariosyregistradores.com.

### 3.3. Consecuencias de la aplicación de la excepción de autopromotor

En primer lugar, y tal y como se desprende de la Ley, y *sensu contrario*, gozar de la excepción de contratación del seguro decenal al autopromotor exige la no enajenación de la finca por parte del autopromotor (dueño de la vivienda), durante el periodo que establece la Ley, que es de diez años.

En este sentido, la Disposición Adicional segunda ya mencionada, establece que «no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo previsto en el párrafo *a)* del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años».

Por eso, y solo de forma indirecta, la excepción del seguro decenal, supone que el propietario no enajene, porque si lo hace antes de los diez años, se verá obligado a contratar dicha garantía por el periodo que quede para cumplir los diez años necesarios. Es lógica esta consecuencia, pues al cambiar de propietario, y no ser ya el autopromotor, nos encontramos con el supuesto general que contempla la Ley de Ordenación de la Edificación, en el artículo 19, relativo a que siempre el promotor o constructor de la vivienda debe constituir el seguro decenal por los daños que puedan derivarse de la construcción del edificio.

De este modo, continúa la Ley: «no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma».

La venta o transmisión de la vivienda elimina la excepción analizada, y exige, en consecuencia, constituir el seguro decenal, salvo que las partes dispongan lo contrario; es decir, que el adquirente exonere al autopromotor de tal facultad.

Nos planteamos, entonces, si la no constitución del seguro decenal puede excluirse voluntariamente solo en este caso, o si por el contrario, también podría el adquirente de una vivienda renunciar o exonerar de la constitución del seguro decenal cuando adquiera la vivienda directamente sin que antes hubiera sido utilizada por el autopromotor como residencia.

La ley solo permite el pacto o renuncia en el caso de transmisión *inter vivos* de la vivienda del autopromotor excluida con anterioridad del seguro decenal, y nada dice en los otros supuestos; luego, habrá de interpretarse como una excepción, y no podrá generalizarse el pacto en contrario, por vulnerar, el carácter imperativo del artículo 19 LOE, que establece como obligación dicha contratación.

Por otra parte, esta excepción, y su interpretación jurisprudencial, ha levantado ciertas voces en su contra, pues se afirma que no se dan verdaderas soluciones a supuestos reales que existen en la práctica y que la doctrina establecida por la DGRN no es suficiente, y debe instarse un cambio del sistema legal. De esta forma, Ripoll Soler (7) afirma que no le parece adecuada la doctrina de la DGRN y que no da respuesta, por ejemplo, a las siguientes cuestiones: *a)* ¿Qué pasa cuando no se acredita el uso de la vivienda? ¿Qué pasa cuando el uso se frustra?, por

(7) Ripoll Soller, A., *Comentarios a vuela pluma sobre el seguro decenal: El supuesto de la DGRN de 9 de mayo de 2007. Concepto de Comunidad valenciana no asegurable,* disponible en www.notariosyregistradores.com.

ejemplo, una pareja que se rompe antes de haber empezado a disfrutar la vivienda y vende. ¿Cómo se acredita el uso? ¿Cuánto tiempo se ha de usar la vivienda? Todos estos interrogantes, sin respuesta clara en la ley o en la interpretación del Alto Centro Directivo hacen, a juicio de este autor, necesario un cambio legal que clarifique estos aspectos y ofrezca luz definitiva sobre los mismos.

## IV. CONCLUSIONES

— El seguro decenal es el seguro de daños materiales o de caución para garantizar durante un periodo de diez años, el resarcimiento de los daños causados en edificios por los vicios o defectos que tuvieran desde su origen. Obligatorio según artículo 19 LOE.
— Debe constituirse cuando se cumplan los siguientes requisitos: *a)* Solicitud de la licencia de obras con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación; *b)* se trate de un edificio destinado a vivienda; *c)* la constitución del seguro decenal se exigirá en la declaración de obra nueva terminada o cuando conste la finalización de la obra en construcción.
— Debe quedar constancia registral de la constitución de la garantía, y en caso contrario no se practicará la inscripción correspondiente.
— Se excepcionan de la constitución de esta garantía: *a)* las rehabilitaciones de edificios, y *b)* el supuesto de una única vivienda unifamiliar para uso propio del autopromotor individual.
— Esta excepción implica un requisito subjetivo: que el constructor sea un autopromotor individual. Si bien, y como ha afirmado la DGRN, este concepto «no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia», tal y como afirman las RRDGRN de 9 de julio de 2003 y 5 de abril de 2005. En estas resoluciones, el Centro Directivo afirma que puede ser autopromotor tanto una persona física como jurídica. También la Dirección General ha aceptado que existe autopromotor individual cuando se trata de la denominada «comunidad valenciana», pero no es válido cuando se trate de una comunidad de bienes ordinaria, o en propiedad horizontal.
— La excepción contemplada supone, a su vez, la existencia de un requisito objetivo: Vivienda unifamiliar para uso propio. Y eso implica: que se trate de una única vivienda, sin que pueda aplicarse a viviendas plurifamiliares; que sea unifamiliar, lo que supone que arquitectónicamente sea independiente, sin que sea posible aplicarlo en viviendas superpuestas o con elementos comunes; y por último que sea para uso propio del autopromotor, excluyendo, por tanto, el uso de terceros, o con otro fin distinto de la vivienda de aquel.
— Se acabará con la excepción de constitución de seguro decenal de la vivienda de autopromotor, cuando esta se enajene o transmita a otra persona, pues entonces pierde su sentido, que no es otro que el propio promotor no necesita responder ante sí mismo.
— No obstante, la doctrina de la DGRN en torno a este asunto no es del todo clara, y no da respuesta a todos los interrogantes que se plantean en la realidad, por lo que no sería inconveniente una reforma legal que clarificara esos extremos.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003.
RDGRN de 11 de febrero de 2003.
6 de mayo de 2003.
9 de julio de 2003.
9 de diciembre de 2003.
5 de abril de 2005.
18 de mayo de 2005.
19 de septiembre de 2005.
9 de mayo de 2007.
22 de junio de 2009.
22 de julio de 2010.
23 de julio de 2010.
26 de julio de 2010.

*RESUMEN*

*SEGURO DECENAL*
*OBRA NUEVA*

*El seguro decenal, de obligada constitución cuando se lleva a cabo una nueva edificación destinada a vivienda, tiene sin embargo una importante excepción, cuando la misma se lleva a cabo por un autopromotor, que construye una única vivienda unifamiliar para uso propio. Analizamos en este estudio cada uno de los requisitos que se exigen por el ordenamiento y que ha matizado la jurisprudencia registral, a la hora de exonerar a estas nuevas construcciones de la obligación de constituir el seguro decenal del artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.*

*ABSTRACT*

*TEN-YEAR INSURANCE POLICY*
*NEW CONSTRUCTION*

*It is compulsory for a ten-year insurance policy to be taken to cover any new building intended for residential use. There is, however, one important exception, which is when the building is one single-family home built for the developer's own use. This study takes a close look at each of the requirements set by legislation and the nuances added by registry jurisprudence concerning the exoneration of new buildings of this sort from the obligation to provide a ten-year insurance policy pursuant to section 19 of the Building Planning Act.*

## 1.4. Sucesiones

### *REVISIÓN CRÍTICA DE LA RESERVA VIDUAL EN EL DERECHO CIVIL FORAL: ANÁLISIS PARTICULAR DE LA RESERVA BINUPCIAL EN EL DERECHO Y JURISPRUDENCIA CATALANA HASTA SU DEFINTIVA DEROGACIÓN LEGISLATIVA*

por

ARACELI DONADO VARA
*Profesora Contratada Doctora*
*del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

*SUMARIO:* I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA RESERVA VIDUAL.—II. RESERVAS HEREDITARIAS Y SUCESIVAS REDACCIONES LEGALES: LA DEFINITIVA DEROGACIÓN DE LA FIGURA EN EL NUEVO DERECHO CIVIL CATALÁN.—III. RESERVABILIDAD DE LA MITAD INDIVISA DE BIEN INMUEBLE GANANCIAL: LA STSJ DE CATALUÑA, DE 31 DE MAYO DE 2010.—IV. ASPECTOS DE LA RESERVA VIDUAL: LA TRANSMISIÓN A TÍTULO GRATUITO Y POSIBLE COLISIÓN DE RESERVAS HEREDITARIAS (SSTS DE 5 DE JUNIO DE 2008, 4 DE ENERO DE 1911 Y 21 DE ENERO DE 1922).—V. LA RESERVA EN LA ACTUALIDAD: LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA RESERVA VIDUAL A LAS PAREJAS DE HECHO: EN CONCRETO, LA SAP DE BARCELONA, DE 22 DE MARZO DE 2010 Y LA SAP DE CASTELLÓN, DE 2 DE MARZO DE 2010.—VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA VIDUAL EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA.—VII. REFLEXIONES FINALES: LA RESERVA VIDUAL COMO POSIBLE LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD MATRIMONIAL Y FÓRMULAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LOS HIJOS O HIJAS DEL PRIMER MATRIMONIO.—BIBLIOGRAFÍA.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA RESERVA VIDUAL

La reserva vidual tiene la finalidad de que ciertos bienes provenientes de una familia no acaben en manos de otra distinta, con ocasión de un nuevo matrimonio, por haber tenido un hijo no matrimonial o haber adoptado el viudo a otra persona. Se trata de una presunción legal, y por este motivo, es el legislador el que considera que este sería el deseo del cónyuge causante de la reserva, caso de haber sabido que su consorte sobreviviente contraería un nuevo matrimonio.

En definitiva, el legislador pretende, a través de esta figura sucesoria, velar por los intereses económicos de los hijos del primer matrimonio ante un supuesto de hecho muy concreto, como puede ser el segundo matrimonio de su progenitor viudo, que pueda desviar del cauce sucesorio «ordinario», o más bien «deseado», los bienes provenientes de una rama familiar que no tienen ningún parentesco con la procedencia de los bienes reservables.

Los requisitos de la reserva vidual son, básicamente, que existan unos hijos o descendientes del primer matrimonio, que haya un viudo sobreviviente y que este contraiga un nuevo matrimonio. Siempre, claro está, que haya bienes que deban

reservarse por provenir del cónyuge difunto, de los hijos del anterior matrimonio o de los parientes del esposo difunto (1).

La reserva consistiría en la obligación legal que tiene el viudo, desde que contrae el nuevo matrimonio de guardar o reservar una serie de bienes en beneficio de los hijos matrimoniales que tuviera con el cónyuge premuerto, para que si finalmente estos le sobreviven los adquieran y no se mezclen con la herencia del cónyuge sobreviviente (2). Al cónyuge viudo le está permitido enajenar ciertos bienes, aunque con ciertas limitaciones, distinguiendo entre las posibles transmisiones *mortis causa* (3) o *inter vivos*, de bienes muebles o inmuebles, y también ya se realicen antes o después de contraer el segundo matrimonio (4).

El Código Civil concede a los hijos y descendientes, una pluralidad de medidas cautelares o de precaución (5) para asegurar que su legítimo derecho a los bienes reservables no se vea menoscabado. En la reserva viudal los sujetos intervinientes son, por un lado, el reservista o cónyuge viudo que contrae un nuevo matrimonio, que tiene un hijo no matrimonial o que adopta a alguien que no sea un reservatario, y por otro lado, los reservatarios o los hijos y descendientes que viven cuando fallece el cónyuge premuerto, su progenitor, y que tienen derecho a los bienes reservables, siempre y cuando sobrevivan al reservista y tengan derecho a los bienes (esto es, que no hayan renunciado y que no hayan sido desheredados).

---

(1) Para un estudio completo de esta figura, vid. DONADO VARA, Araceli, *La reserva vidual*, Reus, 2009. Por lo que se refiere al estudio de esta tradicional figura sucesoria, puede consultarse nuestro trabajo, «Los antecedentes históricos de la reserva vidual», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 16, 2009, págs. 111-202. Igualmente, puede consultarse la parte sobre esta figura en la obra de mi maestro, el profesor LASARTE, *Principios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 2011, 7.ª ed.

(2) Los supuestos de hecho de la reserva vidual los establecen los artículos 968, 969 y 980 del Código Civil.

(3) Así, en cuanto a las posibles enajenaciones *mortis causa*, el reservista podrá mejorar o desheredar a los hijos del primer matrimonio, según establecen los artículos 972 y 973 del Código Civil.

(4) Distingue el Código Civil entre las enajenaciones realizadas antes y después de contraer matrimonio, así como, si se trata de bienes muebles o de bienes inmuebles, y así, las enajenaciones de bienes muebles serán siempre válidas, siendo, eso sí, obligado el reservista a indemnizar. Mientras que si se trata de bienes inmuebles, habrá que distinguir el momento en el que se realizó la transmisión: si fue antes del segundo matrimonio, serán válidas, debiendo asegurar el valor de los bienes inmuebles a los reservatarios desde que contrae el segundo matrimonio; por el contrario, si la enajenación se realizó después del segundo matrimonio, únicamente subsistirá si al fallecer el reservista no existieran reservatarios vivos o con derecho a la reserva, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (vid. arts. 974, 975 y 976 CC).

(5) En concreto, se trata del inventario de todos los bienes reservables; anotación en el Registro de la Propiedad de la calidad de reservable de los inmuebles (según lo dispuesto en la Ley Hipotecaria) y la tasación de los muebles. Igualmente, deberá el reservista desde que contrae el nuevo matrimonio asegurar con hipoteca, la restitución de los bienes muebles no enajenados; el abono de los deterioros ocasionados por su culpa o negligencia; la devolución del precio recibido por los bienes muebles enajenados o su valor cuando se enajenaron a título gratuito, y finalmente, el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados. Las obligaciones del reservista vienen recogidas en los artículos 977 y 978 del Código Civil, así como en los artículos 168.2.º, y 184 a 189 de la Ley Hipotecaria y 259 a 265 del Reglamento Hipotecario.

## II. RESERVAS HEREDITARIAS Y SUCESIVAS REDACCIONES LEGALES: LA DEFINITIVA DEROGACIÓN DE LA FIGURA EN EL NUEVO DERECHO CIVIL CATALÁN

La regulación de las reservas hereditarias, tanto la lineal o troncal del artículo 811 del Código Civil, cuanto la viudal o binupcial del artículo 968 del Código Civil han tenido una aceptación y simpatía distintas dependiendo de las regiones forales. Desigual fortuna han tenido ambas figuras en el Derecho Foral catalán, y así lo vamos a estudiar con ocasión de este fallo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya Sala Civil y Penal, en sentencia de 31 de mayo de 2010 recordó la derogación de la reserva viudal en Cataluña, pero su aplicación al supuesto de autos, debido al momento temporal en el que tuvieron lugar los acontecimientos y la no aplicación retroactiva de la norma para estos casos.

En Cataluña, su Compilación del año 1960 recogía en su artículo 253 ciertas reminiscencias de la norma romana conocida como *Lex Haec Edictali,* redacción que finalmente sería derogada con la Compilación de 1984, por lo que desapareció su aplicación en Cataluña. En el Código Civil nunca se recogió una regulación parecida, regulación que también existió en Baleares (6) y existe todavía en Navarra (7).

Por su parte, la regulación de la reserva lineal (8) o troncal se mantuvo en Cataluña desde su Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (CDCC) de 1960 hasta la reforma introducida en el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1984, por la Ley 11/1987, de 25 de mayo, sobre Reforma de las Reservas Legales, que deja sin aplicación para Cataluña la reserva contenida en el artículo 811 del Código Civil. Esta norma recoge ciertas modificaciones en esta materia adaptándola y ajustándola más a la sociedad catalana del momento en el que se promulgó la reforma.

Por lo que se refiere a la reserva vidual o binupcial, que ahora nos preocupa y que tenemos ocasión de tratar a raíz del fallo que comentamos, debemos des-

---

(6) En concreto, se recogía en su artículo 53 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares, hasta su eliminación por la Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho Civil de Baleares. Se eliminan estas limitaciones por ser «una norma carente de sentido y justificación en la actualidad, y por su dudosa constitucional», como señala MARTÍNEZ PIÑEIRO, Eduardo, «Las legítimas en Mallorca en el Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (Universidad de les Illes Balears), 12, Palma de Mallorca, 1985, pág. 98. Sobre la regulación de esta figura en Mallorca, vid. MUNAR BERNAT, Pedro, *La reserva vidual*, Cuadernos de Derecho Registral, 2009.

(7) Vid. Leyes 272 y 273 de la Compilación de Navarra, en su redacción actual dada por la Ley Foral 5/1987, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. Capítulo Tres: «De los derechos de los hijos de anterior matrimonio», del Título X: «De las limitaciones a la libertad de disponer». En relación con la reserva vidual, en Navarra se recoge esta institución en sus Leyes 274 a 279 (Capítulo Cuarto: «De la reserva del bínubo»), también en su redacción actual dada por la misma norma que ha modificado y actualizado la Compilación de 1973. Sobre la Ley 272, vid. los trabajos de HUALDE MANSO, M.ª Teresa, «Hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el Derecho Sucesorio navarro», en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio de 2010, núm. 49, págs. 47 a 84, y POU AMPUERO, Felipe, «Interpretación de la Ley 272 del Fuero Nuevo», en *Revista Jurídica de Navarra,* enero-junio de 2004, núm. 37, págs. 239 a 249.

(8) Sobre la reserva lineal puede consultarse de PÉREZ GIMÉNEZ, M.ª Teresa, *La reserva lineal del artículo 811 del Código Civil*, Universidad de Jaén, 2005.

tacar que en Cataluña, en concreto, en su Compilación de 1960, ya la regulaban los artículos 269 a 272 (9).

Con posterioridad, como acabamos de mencionar, tanto en la Compilación de 1984 como en el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (10), se mantiene la institución de la reserva binupcial, la conocida como reserva viudal o vidual, pero que dado que en Cataluña únicamente se regula el supuesto de hecho de las segundas nupcias como originador de la institución, sería mejor calificarla de «binupcial».

La preocupación del legislador catalán por esta materia irá en aumento hasta el punto de llegar a promulgar una norma que reformará la figura (11). La norma a la que nos referimos es la Ley 11/1987, de 25 de mayo, sobre Reforma de las Reservas Legales. La preocupación del legislador catalán por la vigencia de las reservas en Cataluña se hizo patente con la promulgación de esta Ley. El legislador se decantó finalmente por modificar los cuatro preceptos que desarrollaban la figura hereditaria (reserva binupcial), además se añadió un artículo nuevo, el 271 bis, y también se declaró inaplicable en Cataluña la reserva lineal. Se permite la eliminación de la reserva por disposición del cónyuge premuerto en su testamento al igual que admite la disponibilidad de los bienes afectados, con decadencia de la reserva, si existe consentimiento de los reservatarios vivos; y para concluir se asimilan algunos efectos de la reserva a los de los fideicomisos, se permite una especie de subrogación real de la parte reservable cuando determinados bienes son en parte reservables y en parte no.

El legislador catalán toma conciencia de la problemática que plantea la aplicación de la figura y con esta norma deja clara la preocupación que le plantea el mantenimiento de las reservas hereditarias en Cataluña hasta el punto de llegar a derogar la lineal (así como de cualquier otra reserva o reversión legal). Será el paso previo e inicial, y hasta podemos decir ahora, a la vista de los acontecimientos que tendrían lugar en los siguientes años, sin retorno, hacia la derogación de la reserva binupcial en el Código de Sucesiones de Cataluña.

La reserva binupcial, por lo tanto, en Cataluña desde el año 1987 pasó a ser disponible por parte del cónyuge premuerto, que podía impedir su aplicación en testamento. Esta nota de disponibilidad por las partes no se da en el Código Civil común, y es una diferencia remarcable entre ambas regulaciones. La reserva vidual en la regulación del Código Civil se aplica, a pesar de que el cónyuge premuerto no quiera. Únicamente podrán los reservatarios renunciar a su derecho a la reserva, pero ni el cónyuge premuerto ni el reservista, mucho menos, podrán disponer de ella y declararla inaplicable. Es un derecho de los reservatarios el renunciar a su aplicación y a solicitar las medidas precautorias al reservista. La opción de la aplicación de la reserva nos parece acertada y oportuna, pudiendo el cónyuge causante establecerla si así lo considera conveniente, situación legal que se aplica en Aragón (12).

---

(9) Vid. Libro II «De las Sucesiones», Título V «De las disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada», Capítulo V «De las Reservas» (arts. 269-272).

(10) Vid. Libro II «De las Sucesiones», Título V, capítulo V «De las reservas» (arts. 269 a 272).

(11) Esta Ley modifica los cuatro preceptos que desarrollaban la institución e introducirá un nuevo precepto en el Texto Refundido de 1984, en concreto, el artículo 271 bis.

(12) En Aragón podemos observar que en su Compilación del Derecho Civil de Aragón del año 1967, ya se recogía la institución de la reserva vidual pero de un modo opcional por

El legislador catalán en su Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña del año 1991 (CS) (13), mantiene la reserva binupcial en el Título V: «Otras atribuciones sucesorias determinadas por la Ley», en concreto, el Capítulo III «La Reserva», en los artículos 387 a 390. Este Código ha estado en vigor hasta el 1 de enero de 2009, fecha de entrada en vigor del actual Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las Sucesiones (14). En este Código se suprimen las reservas del Derecho Catalán, y así lo dispone la Disposición Transitoria séptima y el artículo 411-8, que lleva por título «Inexistencia de reservas y reversiones legales». Y así desde el 1 de enero de 2009 en el Derecho Civil catalán ya no se aplica la institución de la reserva binupcial.

## III. RESERVABILIDAD DE LA MITAD INDIVISA DE BIEN INMUEBLE GANANCIAL: LA STSJ DE CATALUÑA, DE 31 DE MAYO DE 2010

El caso de autos nos ha parecido relevante por varios motivos, porque no deja de ser una sentencia sobre una figura aparentemente intrascendente e inaplicable en el panorama sucesorio español, y decimos aparentemente, debido a que durante este último decenio, sin ir más lejos, ha habido diversas sentencias de Audiencias Provinciales, así como del Tribunal Supremo, que lógicamente dan una idea de que la figura sigue suscitando cierta polémica en su aplicación; y también debido a la inaplicación y derogación de la institución de la reserva vidual en Cataluña desde la vigencia de su Libro Cuarto, relativo a las Sucesiones, concretamente desde el año 2009.

---

parte del causante, y así en su artículo 139 se establecía la opción, así como el reenvío al Código Civil para su regulación: «La reserva de bienes solo tendrá lugar si fuere impuesta por un cónyuge al otro y dentro de los límites legales, en testamento u otro documento público, rigiéndose en tal caso por el Código Civil». Posteriormente, el Libro II, relativo a las Sucesiones, será derogado por su Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones, por causa de muerte, pasando a mencionarse en los artículos 149.3, que «solo tendrá lugar cuando aparece así determinada en testamento abierto u otro documento público», así como en su artículo 66 en sede de «pactos sucesorios», manteniéndose la disposición de la figura por las partes. Esta norma ha estado en vigor hasta la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, en el artículo 464, apartado 3, en sede de «sucesión voluntaria», expresamente dice: «La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública». Del mismo modo, en su artículo 381, apartado primero en sede de «pactos sucesorios» recoge esta posibilidad: «Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan».

(13) Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña del año 1991.

(14) Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones. Libro Cuarto «Sucesiones», Título I «Disposiciones Generales», capítulo 1 «La sucesión hereditaria», en concreto se refiere a la reserva el artículo 411-8, «Inexistencia de reservas y reversiones legales». Igualmente sobre esta derogación se manifiestan la Disposición Transitoria séptima: SE SUPRIMEN DEL DERECHO CATALÁN y en el Preámbulo, II. Disposiciones Generales, sin mayor explicación ni mayor extensión en la justificación y motivación de la abrogación.

Volviendo al asunto del fallo, tiene por objeto declarar o no la reservabilidad de la mitad indivisa bien inmueble ganancial que el cónyuge supérstite heredó de su difunto esposo. El demandante, Lázaro, interpone una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de la Bisbal de'Empordà, en Girona, contra María Cristina como heredera testamentaria de Victorio (su esposo y padre del demandante), y contra la herencia yacente de este, en la que solicita que se declaren reservables ciertos bienes así como la legítima y la nulidad parcial del testamento de su padre. La demandada ya había aceptado la herencia del causante, y se opone a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 10 de marzo de 2008, estima parcialmente la demanda y declara la calidad de reservable a favor del demandante de algunos bienes, por haberlos adquirido su padre de la herencia de su primera esposa premuerta (madre del demandante). También declara que el padre, cónyuge supérstite, vendió algunos bienes reservables sin consentimiento del demandante, tras haber contraído un segundo matrimonio con la demandada. Igualmente declara que el demandante debe percibir de la demandada sus derechos legitimarios en la herencia de su madre, y también deberá recibir de la demandada el importe correspondiente a sus derechos legitimarios en la herencia de su padre, debiendo la demandada estar a estas declaraciones. Los bienes legados en su día por su padre en concepto de legítima estricta superan el importe de la legítima, por lo que el actor podrá optar entre aceptar los legados o bien reclamar el importe de la legítima. El resto de pretensiones serán desestimadas.

El demandado interpone un recurso de apelación contra esta sentencia, a la que se opone la demandada, siendo resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Girona, en sentencia de 21 de febrero de 2009. En esta se estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca la sentencia de Primera Instancia, en el único sentido de establecer reservable la mitad indivisa de los bienes gananciales que Lázaro recibiera por herencia de su primera esposa, y en consecuencia además de los bienes establecidos en la sentencia de Instancia al demandante le correspondería como bien reservable también la titularidad de la mitad indivisa de una vivienda sita en Palamós.

El procurador de la demandada presentó una solicitud de aclaración de esta sentencia o en su caso de subsanación, debido a que consideraba se había producido una contradicción entre ambas. En concreto, porque no había sido objeto del recurso de apelación la opción recogida en el fallo de la Primera Instancia en el que se establecía el derecho del actor a optar entre aceptar los legados o bien el importe de la legítima, y en la sentencia de la apelación se establecía que el actor ya había recibido por vía de legado una finca de un valor superior al que la sentencia le reconocía por legítima, por lo que pedía que no fuera contrario este fundamento de la Audiencia Provincial al Fallo de la Primera Instancia en lo que no ha sido objeto de recurso por parte del apelante, debiendo referirse, entiende la demandada, a la opción del actor de aceptar el legado según se estableció en el testamento.

A esta solicitud se opuso la representación del demandante al considerar que ya había optado por la vivienda de Sant Andreu de Llavanares, al haber reclamado la propiedad de esa casa en la demanda inicial, y también la mitad indivisa del piso de Palamós, y que opta en lo sucesivo por la casa de Llavanares, así como la mitad del piso y que se le devuelva el resto del patrimonio reservable que todavía no había reclamado. La Audiencia Provincial, por su parte, en Auto de 11 de febrero de 2009, aclara la sentencia de Apelación estableciendo que no se modifica ese apartado de la sentencia de Instancia, sin perjuicio de dejar constancia que por las manifestaciones de la parte actora, y que confirma con el escrito de oposición, la parte ya eligió por lo que se refiere al pago de la legítima que le corresponde.

Contra esta sentencia se presentó un recurso de casación por parte de la demandada, así como un recurso por infracción procesal que finalmente fue desestimado. El que nos interesa es el primero, por entender infringidos los artículos 968 del Código Civil, relativo a la reserva vidual, así como los artículos 296 CDCC y 387 CS.

Lázaro es hijo adoptivo de Victorio e Inmaculada. Ambos contrajeron matrimonio en 1950 bajo el régimen de gananciales hasta que falleció la esposa en 1987. Inmaculada otorgó en 1956 testamento válido, instituyendo heredero único a su esposo. Al fallecer Inmaculada ella era titular de diversos bienes privativos, entre otros, de la plena propiedad de la casa de Sant Andreu de Llavanares, así como de ciertos bienes gananciales como, por ejemplo, de la mitad indivisa del piso de Palamós. Victorio contrae segundas nupcias en 1987 con María Cristina, y posteriormente acepta la herencia de su primera esposa, sin liquidar la sociedad de gananciales, al considerar que había «una confusión de titularidades en el otorgante, como viudo y como heredero».

En 2005 fallece Victorio. Se abre su herencia bajo un último testamento en el que nombra heredera universal a su segunda esposa, quien acepta la herencia en 2006. Victorio en el testamento reconoce que no había abonado la legítima materna a su hijo (el hoy demandante), pero que sí le ha legado en pago de la misma y de la que pudiera corresponderle en su propia herencia la finca de Sant Andreu de Llavanares, bien privativo de su primera mujer, incluyendo una cláusula de que como el valor de la finca era superior a su legítima (paterna y materna) si en el plazo de seis meses desde su muerte no había habido carta de pago por todos los conceptos legitimarios, perdería ese legado de Llavanares; si se produjera tal supuesto, le legaría cinco millones de pesetas en pago de su legítima paterna.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece sobre el motivo de la recurrente de que su causante adquirió la mitad indivisa de los bienes gananciales pertenecientes a su primera esposa «de forma directa, por la propia extinción de la sociedad de gananciales» al fallecer, so pretexto de confundirse en su persona la condición de heredero testamentario y copropietario, que carece de fundamento porque de lo contrario no se explica la aceptación del testamento. Así pues, si el causante de la demandada adquirió *mortis causa* la mitad de los bienes gananciales correspondientes a su primera esposa, no hay ninguna razón para su exclusión de la reserva del artículo 269 CDCC. A diferencia de la mitad de los gananciales perteneciente al bínubo, excluida de la reserva según dispone el artículo 968 del Código Civil. En conclusión, señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que:

> «en la reserva ordinaria o clásica resulta indiferente la procedencia de los bienes que el causante del reservista transmite a este, bastando para que nazca el derecho a la reserva binupcial —una vez que se hayan contraído las segundas nupcias— el hecho de que se produzca la transmisión a título lucrativo, que opera bajo la presunción legal de que el transmitente no habría querido que tales bienes pasaran de ningún modo a la nueva línea creada por un posterior matrimonio».

También sostiene el Tribunal, en cuando a la posible no aplicación de la reserva a este caso lo siguiente que pasamos a recoger:

> «Cuanto hasta aquí se lleva dicho de la reserva binupcial —que tras la CDCC pervivió en el CS (art. 387)— no puede hacer contemplación de la nueva situación legal producida por la aprobación del Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, del que ha desaparecido por mo-

> tivos de política legislativa, que, por evidentes razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no pueden ser aplicadas retroactivamente a situaciones jurídicas surgidas con notable anterioridad a su entrada en vigor (art. 2.3 CC), ni siquiera bajo el argumento del elemento hermenéutico sociológico (art. 3.1 CC), máxime cuando se trata —se trataba— de una institución perfectamente disponible por el testador y a cuya voluntad presunta busca —buscaba— atender, razón por la cual tampoco podría ser objeto de interpretación restrictiva».

Motivos por los cuales se desestima el recurso de casación (al igual que el recurso por infracción procesal) interpuestos por la representación de María Cristina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona.

En Cataluña, como hemos señalado anteriormente, desde la Ley de Reservas de 1987, el causante o primer cónyuge podía disponer de la reserva, debido a que podía (si así lo consideraba) según el artículo 269 CS disponer otra cosa, esto es, la inaplicación de la reserva binupcial en unos determinados o de la totalidad de los bienes que transmitía a su cónyuge supérstite. En este caso, sin embargo, la primera esposa otorgó testamento y falleció antes de la entrada en vigor de esta norma, por lo que tampoco habría sido aplicable al supuesto de autos. La reserva vidual, en el caso de autos, se originaba desde las segundas nupcias del cónyuge supérstite, unos meses después de la entrada en vigor de la norma de 1987 relativa a las reservas.

## IV. ASPECTOS DE LA RESERVA VIDUAL: LA TRANSMISIÓN A TÍTULO GRATUITO Y POSIBLE COLISIÓN DE RESERVAS HEREDITARIAS (SSTS DE 5 DE JUNIO DE 2008, 4 DE ENERO DE 1911 Y 21 DE ENERO DE 1922)

En la reserva viudal o binupcial lo esencial es que la transmisión de los bienes del causante al reservista haya sido realizada a título gratuito, esto es lo esencial y determinante de la reservabilidad de los bienes. Siempre y cuando, claro está, que los bienes procedan o sean transmitidos por el cónyuge premuerto, por los hijos del primer matrimonio o por los familiares del cónyuge premuerto. Así lo pone de manifiesto esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que ahora tenemos ocasión de comentar, y así también lo ha resaltado nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión al considerar que la procedencia de los bienes es indiferente o intrascendente para que nazca la reserva vidual o viudal del artículo 968 del Código Civil, dado que lo trascendental es que se haya producido una transmisión a título lucrativo de los bienes del causante premuerto al reservista, o cónyuge sobreviviente que contrae un segundo matrimonio, sin olvidar también que la transmisión de bienes puede haberla realizado el cónyuge premuerto, sus familiares o los hijos del primer matrimonio. Y así lo estableció, por ejemplo, en sentencia de 5 de junio de 2008 (15), en concreto así lo dispuso en su Fundamento de Derecho número 8:

> «Cuando nos situamos en el ámbito de la reserva ordinaria resulta indiferente la procedencia de los bienes que el causante del reservista

(15) Puede consultarse nuestro comentario crítico de esta sentencia en «La reserva vidual y la posible reserva de una bodega legada: análisis crítico de su concepto, naturaleza y utilidad», en *RDUNED (Revista de Derecho UNED),* (7), 2010, págs. 231-246.

> transmite a este, bastando para que nazca el derecho a reserva el hecho de que se produzca la transmisión por título lucrativo, lo que opera a partir de la presunción de que el transmitente no habría querido que tales bienes pasaran en ningún caso a la nueva línea creada por un posterior matrimonio».

En este caso, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección Primera) de fecha 11 de diciembre de 2000, que casa y anula, y que, por tanto, confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de 10 de febrero de 2000.

En esta sentencia también se aplica la reiterada jurisprudencia de esta Sala, para un supuesto en el que sea posible la aplicación y por tanto, exista una colisión de reservas, la del 811 o lineal, y la de los artículos 968 y siguientes o viudal, porque puede ser posible que en un asunto exista un mismo reservista, unos mismos bienes aunque distintos reservatarios. En este supuesto de colisión se ordena la preferencia de la reserva ordinaria, tradicional o viudal, como ya estableció el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de enero de 1911 y de 21 de enero de 1922, en base a dos principios: de proximidad de grado de los hijos o descendientes del ascendiente reservista que serían los herederos de los bienes con preferencia a los otros posibles parientes dentro del tercer grado (beneficiarios de la reserva lineal) así como por un criterio histórico de vigencia en nuestro Derecho positivo, donde la reserva lineal, no lo olvidemos, fue creada e incorporada al Código Civil en el momento de su promulgación, mientras que la reserva vidual es tradicional en nuestro Derecho histórico (16).

## V. LA RESERVA EN LA ACTUALIDAD: LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA RESERVA VIDUAL A LAS PAREJAS DE HECHO: EN CONCRETO LA SAP DE BARCELONA DE 22 DE MARZO DE 2010 Y LA SAP DE CASTELLÓN DE 2 DE MARZO DE 2010

Después de consultar algunas de las sentencias o fallos dictados en este último decenio, en concreto, por nuestros Juzgados de Primera Instancia, los recursos en apelación a las Audiencias Provinciales, los resueltos por Tribunales Superiores de Justicia, y finalmente, por nuestro Tribunal Supremo, constatamos que la reserva vidual a pesar de ser aparentemente una figura «en letargo» y de

(16) Concretamente, en su Fundamento Jurídico 3.º señala sobre la colisión de ambas reservas en la persona de un mismo reservista y respecto de unos mismos bienes pero con distintos reservatarios: «como ya reconocieron las antiguas sentencias de esta Sala, de 4 de enero de 1911, y 21 de febrero de 1922, según las cuales, si quedan hijos o descendientes del primer matrimonio del ascendiente reservista, se desvanece o queda inoperante la otra reserva que pudieran pretender los parientes del tercer grado. Ello no solo porque la reserva ordinaria se establece a favor de parientes que se sitúan en la misma línea y en el grado más próximo de los posibles —hijos del matrimonio anterior—, sino también porque dicha reserva ordinaria es tradicional en nuestro derecho histórico, mientras que la lineal se incorporó por primera vez al Código Civil, siendo así que la expresión que encabeza el artículo 968 en el sentido de que «además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda…» no ha de entenderse en el sentido de marcar una relación de subsidiariedad de la reserva ordinaria respecto de la lineal o troncal, sino que responde únicamente al hecho de que, sistemáticamente, la regulación de la lineal precede en el Código a las normas propias de la ordinaria».

escaso uso práctico, las sentencias nos muestran que tal vez esa apariencia no se corresponda con la realidad. Cierto es que no se trata de una materia con abundante jurisprudencia, pero no es menos cierto que la controversia y la problemática existe y nuestros Tribunales dan fe de ella.

Una cuestión controvertida y que ya empieza a plantearse ante nuestros Tribunales de Justicia tiene que ver con la posible aplicación analógica de la institución de la reserva vidual a supuestos de hecho a los que en principio no se les aplica la reserva vidual pero que tienen unos requisitos parecidos a los exigidos por nuestro Código Civil en sede de reserva vidual. En concreto, nos estamos refiriendo al supuesto de las parejas de hecho en varias situaciones que pueden ocurrir en la práctica.

En particular, nos preguntamos qué sucede con una pareja de hecho que tiene un hijo, uno de los compañeros fallece, y el compañero supérstite posteriormente decide crear otra pareja de hecho. O también en el caso de una pareja de hecho que tiene un hijo, fallece uno de los componentes de la misma, y el sobreviviente contrae matrimonio, teniendo descendencia de esta unión matrimonial. En este caso segundo, por ejemplo, esta persona que recibió bienes de su compañero premuerto y después contrajo matrimonio, ¿deberá o no reservar los bienes procedentes de su pareja de hecho para la prole habida en la misma?

En definitiva, lo que se cuestiona o deberíamos plantearnos es si la descendencia habida en la pareja de hecho, no matrimonial, debería equipararse a la matrimonial, que sí es protegida por la literalidad de la norma, es más, esta figura sucesoria como ya hemos dicho en este trabajo está pensada y formulada para proteger los intereses patrimoniales de los hijos y descendientes del primer matrimonio, ante un segundo matrimonio del cónyuge sobreviviente. Pero también podemos plantearnos otro supuesto de hecho: que el viudo no contraiga un matrimonio sino simplemente constituya una pareja de hecho o conviva *de facto* con alguien. ¿En este caso también se aplicaría la reserva vidual? ¿Estarán «desamparados» los intereses y derechos de los hijos del primer matrimonio? Una interpretación literal de nuestro Código Civil no dejaría dudas y sería clara, al referirse a «hijos del primer matrimonio», «segundo matrimonio», «viudo». Sin embargo, si únicamente se protegen con esta institución los derechos de los hijos del primer matrimonio, hijos matrimoniales, pero no los intereses de los nacidos en una unión *de facto* o pareja de hecho, hijos no matrimoniales, podría entenderse que se estaría vulnerando en definitiva el artículo 14 de nuestra Constitución, por diverso trato concedido en función de la filiación. Consideramos que en este caso podemos otorgar el mismo efecto a dos situaciones no análogas pero sí parecidas, la protección en definitiva de la prole, tanto la matrimonial cuanto la no matrimonial siempre y cuando se mantenga que el fundamento y finalidad de la reserva vidual es la protección de la prole nacida en el primer matrimonio.

Afortunadamente algunos de nuestros tribunales han podido ir resolviendo estas dudas referidas concretamente a esta institución sucesoria y ya tenemos algún pronunciamiento judicial. En concreto, la SAP de Barcelona, de 22 de marzo de 2010, que conoce de un caso de posible reserva aplicable a una pareja de hecho. En esta ocasión las demandantes son dos hijas nacidas en un matrimonio. Su padre enviuda y posteriormente forma pareja de hecho con la demandada, a quien lega ciertos bienes objeto de la *litis* y que las demandantes solicitan sean declarados reservables por haber sido heredados por su padre de su madre premuerta. La demandada se opuso considerando que no formó pareja estable con el padre de las actoras, y que en la institución de la reserva vidual no se contempla la figura de la pareja de hecho (a pesar de estar derogada en Cataluña).

En definitiva de lo que se trata es de saber si formar una pareja de hecho podría incluirse entre los supuestos de hecho que dan lugar a la reserva vidual. El Juez de Primera Instancia considera no extensible a la convivencia de hecho la regulación de la institución de la reserva vidual, y del mismo modo, la Audiencia Provincial ratifica lo allí resuelto. En particular mantiene «que nos hallamos ante una norma restrictiva de derechos (el de testar libremente, pues no olvidemos que, en este caso, el padre de las actoras adquirió la plena propiedad de las mitades indivisas, surgiendo la obligación de reservar solo en el caso de que se dé alguno de los supuestos que contempla el transcrito art. 387 Codi Successions). La limitación impuesta por la reserva nace solo cuando se da uno de esos supuestos, y entre ellos no aparece la convivencia *more uxorio*. Las normas limitativas de derechos deben interpretarse restrictivamente». La Audiencia de Barcelona considera que se trata de dos instituciones distintas y diferenciadas, las parejas de hecho (reguladas por la Lley 10/98) y el matrimonio, y cuando el legislador ha querido integrar un supuesto nuevo en una institución vigente así lo ha realizado. Igualmente descarta la aplicación analógica del artículo 387 del Codi a otros casos, en concreto, a las parejas de hecho, por entender que son dos «instituciones jurídicas diferenciadas y autónomas, con sus perfiles propios». De todas formas, confirma la sentencia de Instancia de no aplicar la reserva a las parejas de hecho aunque es sabedora de que está resolviendo una cuestión novedosa de ahí que finalmente señale y deje para una posible solución futura por parte de nuestro Alto Tribunal «al resolverse en este proceso una cuestión totalmente novedosa y susceptible de diversas interpretaciones, que solo la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Superior podrá perfilar en su momento» (17).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 2 de marzo de 2010, consideró y tuvo que pronunciarse acerca de si un legado con cláusula testamentaria relativa a su posible resolución en caso de un segundo matrimonio por parte de su esposa, se podía extender al supuesto de las parejas de hecho, para lo que tuvo que interpretar el testamento.

La Audiencia consideró que en base al artículo 793 del Código Civil y la condición absoluta de no contraer matrimonio impuesta al cónyuge sobreviviente, primaban las motivaciones afectivas relativas al deber de fidelidad y la memoria del difunto, aunque también podrían verse cuestiones económicas de que no se alejasen

---

(17) Se establece en su Fundamento Jurídico número 3, entre otras cuestiones: «En Cataluña se procede a regular las uniones estables de parejas mediante Llei 10/98, y se hace enfrentándose a una institución distinta y diferenciada del matrimonio, concretándose una serie de derechos y obligaciones específicas, distintas o coincidentes con las de la institución matrimonial, pero, en todo caso autónomas, de manera que puede hablarse de un estatus jurídicamente delimitado (el de la pareja estable) diferente del matrimonio. Cuando el legislador ha querido establecer una equiparación (o, mejor, una integración de unos nuevos supuestos en una institución ya existente lo ha hecho: matrimonio entre personas homosexuales). En el caso que nos ocupa, no ofrece duda razonable que convivencia *more uxorio* y matrimonio son instituciones diferenciadas y distintas. Si partimos de esta base, hemos de coincidir en que el artículo 387 de la Llei 40/91 es aplicable a los casos que contempla, y que para extenderlo a otros será mediante la aplicación de las técnicas de interpretación de la norma jurídica. Desde luego, la analogía debemos descartarla desde el momento en que, como decimos, nos encontramos ante instituciones jurídicas diferenciadas y autónomas, con sus perfiles propios. Llevar a cabo una interpretación extensiva de la expresión matrimonio del artículo 387 citado, entendemos que tampoco puede prosperar porque, como señala la STS antes citada, deben ser interpretadas restrictivamente las limitaciones a la facultad de testar».

del patrimonio del causante ciertos bienes; sin embargo, sostuvo esta Audiencia que debían primar las motivaciones emocionales del testador, porque ya existía una institución, la reserva vidual, que tiene por finalidad el impedir la desviación del patrimonio del causante hacia una familia distinta de la de su origen, habida cuenta de que el legislador pretende proteger los intereses de los hijos del primer matrimonio en base a la voluntad presunta del cónyuge premuerto. Finalmente la interpretación de la totalidad del testamento, de la época de su redacción y demás criterios interpretativos, llevaron a la Audiencia a extender la aplicación de la cláusula al supuesto de la pareja estable. Se demuestra que existe convivencia estable entre la esposa sobreviviente y un compañero, a pesar de ser una pareja *de facto*, en el sentido literal de la expresión, y se declara la ineficacia de la disposición *mortis causa* por haberse cumplido la condición resolutoria a la que se sujetaba, debiéndose por lo tanto rectificar la partición de la herencia pero únicamente limitada a la distribución entre los herederos instituidos por el causante (su padre y cónyuge premuerto) de los bienes objeto del legado que en su día realizó a su esposa supérstite, y que en la época del pleito convivía *more uxorio* con un señor.

## VI. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA VIDUAL EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

En la reserva vidual un aspecto de suma importancia y a la vez no exento de polémica lo constituye el determinar o establecer la naturaleza jurídica de la institución. Y así, al tratarse de un tema ciertamente «espinoso» donde las diferentes opiniones doctrinales son variadas y diversas, también lo es la jurisprudencia dictada sobre esta cuestión. Los fallos de nuestros tribunales han ido oscilando y decantándose por diversas soluciones dependiendo del momento temporal en el que se dictaban los pronunciamientos judiciales.

Aunque básicamente dos han sido las posturas mayoritarias, e incluso a día de hoy parece aún no resuelta la controversia. Eso sí, la cuestión no es baladí ya que, dependiendo de la respuesta dada en un sentido u otro, así serán los derechos y deberes de las personas intervinientes en esta figura sucesoria. En un primer momento, se consideró que en la reserva existe una desmembración del dominio desde las segundas nupcias, en un usufructo ostentado por el cónyuge bínubo y en la nuda propiedad atribuida a los hijos del primer matrimonio. Sin embargo, afortunadamente esta sería la teoría mantenida con anterioridad a la publicación del Código Civil, y que poco después fue descartada en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1916.

La teoría tenía varios puntos débiles que consistían básicamente en que el cónyuge viudo ostenta más facultades que las de un mero usufructuario, y puede realizar ciertas disposiciones, así las enajenaciones *inter vivos* de bienes reservables, en concreto, y por lo que se refiere a los bienes muebles, siempre serán válidas, salvo la obligación de indemnizar, y si se trata de bienes inmuebles, serán válidas si no sobreviven reservatarios o si no contrae un nuevo matrimonio. En cuanto a las disposiciones *mortis causa* será posible la mejora dentro del grupo de los reservatarios (18).

---

(18) Ejemplos jurisprudenciales de este criterio los encontramos en las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1861; 16 de junio de 1862; 26 de enero de 1974; 18 de junio de 1880; 22 de junio de 1895 y 4 de julio de 1896.

Otra teoría considera que la reserva es una «institución *sui generis* con un fin determinado» (19), o que también ha establecido que se trata de «una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*» (20), o también ha llegado a sostener nuestro Tribunal Supremo que tiene «características singulares» que impiden confundirla con otras instituciones (21).

El Tribunal Supremo ha variado de postura, y como vemos no ha seguido un único criterio. Con posterioridad a estas sentencias se ha centrado en las posiciones jurídicas del reservista y de los reservatarios, y así por ejemplo diversos han sido los pronunciamientos que consideran que los reservatarios tienen una expectativa de derecho protegida a través de las medidas precautorias de los artículos 977 y 978 del Código Civil (22). Otras mantienen que los reservatarios tienen un derecho eventual e incierto, resaltando el juego de la doble condición que podría existir en la reserva: el reservatario tendría un derecho sometido a condición suspensiva mientras que el reservista tendría un derecho sometido a condición resolutoria, dependiendo de si al consumarse la reserva, al fallecer el reservista, existen o no reservatarios con derecho a los bienes reservables (23). Otras sentencias sostienen que la reserva constituye una limitación en las facultades dispositivas del reservista (24).

---

(19) Así lo establecieron, por ejemplo, las sentencias de 27 de noviembre de 1929 y la de 7 de julio de 1978.

(20) Como recogió la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1967.

(21) Vid. STS de 5 de diciembre de 1978.

(22) Entre otras, también así lo ha recogido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de marzo de 2011. En la que se menciona que «la naturaleza jurídica del derecho del reservatario como una expectativa supeditada a que al fallecimiento del reservista vivan reservatarios». Igualmente señala que las enajenaciones realizadas por el reservista no serán nulas sino ineficaces si a su muerte existen reservatarios. En el mismo sentido se pronunciaron los siguientes fallos del Tribunal Supremo para supuestos de reserva viudal: sentencias de 3 de noviembre de 1931; 19 de enero de 1935; 30 de mayo de 1956; 2 de marzo de 1959; 26 de marzo de 1960; 17 de junio de 1967. Igualmente diversas Audiencias Provinciales han resuelto en este sentido, y así, por ejemplo, la sentencia de Baleares, de 22 de abril de 1933; o la de Cuenca, de 26 de junio de 1997; o Valencia, de 13 de enero de 2001; o Toledo, de 14 de febrero de 2001; o Pontevedra, de 28 de abril de 2003; y también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 29 de junio de 1997. Diversos han sido los fallos que consideran que los reservatarios tienen una expectativa garantizada para el caso de la reserva del artículo 811 del Código Civil, o lineal, y así a modo de ejemplo, citamos las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1911, 21 de marzo de 1912; 7 de noviembre de 1912; 8 de octubre de 1930 y 31 de octubre de 1964.

(23) A modo de ejemplo citamos las SSTS de 6 de julio; 1 de abril de 1914; 8 de junio de 1954; 17 de abril de 1956, 2 de enero de 1929; 21 de diciembre de 1989. Asimismo, podemos mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 28 de abril de 2003. En otras simplemente se destaca que el reservista tiene un derecho sujeto a condición resolutoria como las SSTS de 2 de julio de 1963 y 27 de febrero de 1971.

(24) En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1959; 21 de octubre de 1991; 22 de junio de 1995; 28 de octubre de 2001. Así también lo recogió la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 29 de mayo de 1997; o a la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 11 de diciembre de 2000. El Tribunal Supremo también aplicó este criterio para la reserva lineal, y así lo mencionó en sentencias de 16 de enero de 1901; 8 de noviembre de 1906; 4 de enero de 1911; 7 de noviembre de 1912; 6 de julio de 1916; 7 de noviembre de 1927; 25 de marzo de 1933; 26 de noviembre de 1943; 24 de mayo de 1945 y 4 de junio de 1987. Del mismo modo, diversas Audiencias Provinciales así lo han considerado para supuestos de reserva lineal, a modo de ejemplo, la

Repetimos que la cuestión no es baladí y para nada intranscendente, sino más bien lo contrario. De la naturaleza jurídica que se le dé a la institución dependerán también las posiciones jurídicas de reservistas y reservatarios y de sus facultades y derechos durante la vigencia de la reserva. En concreto, y a modo de ejemplo, si el reservista puede mejorar y desheredar y en qué cuantía (25). Sobre esta cuestión se han escrito ríos de tinta, y la doctrina tampoco se pone de acuerdo en este asunto.

En este sentido, las posiciones doctrinales son variadas, como lo eran los fallos jurisprudenciales. A modo de ejemplo, algunos autores como NAVARRO AMANDI (26) y BRAVO (27), consideraban que la reserva era una desmembración del dominio en nuda propiedad y en usufructo, tesis que como hemos visto está superada desde la publicación del Código Civil. Para MARÍN MONROY (28) el reservatario tenía una «legítima reforzada». Otros han apoyado la tesis de la doble condición en la reserva: en el reservista una condición resolutoria y en el reservatario suspensiva, por ejemplo, VALVERDE (29), MORELL (30), OSSORIO MORALES (31); PUIG BRUTAU, (32), BONET RAMÓN (33), DE BUEN (34), CALLEJAS (35), GÓMEZ MORÁN (36), MANRESA (37), DE DIEGO (38), BORRELL (39), entre otros. Otros autores como ROCA

---

de Cuenca, de 26 de junio de 1997; la de Asturias, de 23 de febrero de 2000; la de Cáceres, de 18 de mayo de 2000, y la de Valencia, de 13 de enero de 2001.

(25) Para profundizar algo más en el tema de las transmisiones *mortis causa* en la reserva, en concreto, la facultad de mejora y desheredación, reenviamos al lector a DONADO VARA, *La reserva vidual,* Reus, 2009, págs. 435 y sigs.

(26) Vid. *Código Civil de España, compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras Leyes Civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios* (Prólogo del Excmo. Señor don Eugenio MONTERO RÍOS), tomo II, Madrid, 1880, pág. 581.

(27) Vid. *Compilación del Derecho Civil vigente en España,* t. II, Madrid, 1885, pág. 200.

(28) Vid. «Algo sobre la reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución», en *RCDI*, año 7, núm. 73, enero de 1931, pág. 9.

(29) Vid. *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo V, *Parte Especial, Derecho de Sucesión* «Mortis causa», Valladolid, 1921, 2.ª ed., págs. 453 y sigs.

(30) Vid. «Bienes reservables», en *RGLJ*, tomo 81, 1892, págs. 519 y sigs.

(31) Vid. «Sucesiones. Reservas. Posición jurídica de los reservatarios: el derecho de estos es transmisible *inter vivos* antes de consumarse la reserva y no constituye contrato sobre herencia futura (sentencia de 18 de abril de 1942)», en *RGLJ,* año LXXXVII, 1942, pág. 677.

(32) Vid. *Compendio de Derecho Civil*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991, pág. 523.

(33) Vid. «Reserva del artículo 811 del Código Civil: efectos jurídicos. Derechos de los reservistas: ¿constituye contrato sobre herencia futura la enajenación que realice de su derecho antes de consumarse la reserva?», en *RDP*, 1942, pág. 502.

(34) Vid. *Derecho Civil Español Común,* vol. II, Reus, Madrid, 1931, 2.ª ed., pág. 416, así como en sus *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil,* de COLIN y CAPITANT, traducción de la segunda edición, Tomo VIII, Reus, Madrid, reimpresión de la 3.ª edición, 1988, pág. 583.

(35) Vid. «Notas para un estudio sobre reserva tradicional», en *RGLJ*, año LXXXIX, julio-agosto de 1944, pág. 148.

(36) Vid. *Las reservas en el Derecho español y en el Comparado (su naturaleza, efectos y problemas relacionados con ellas)*, Imprenta «La Cruz», Oviedo, 1949, pág. 56.

(37) Vid. *Comentarios al Código Civil Español*, t. II, 7.ª ed., revisada por BONET RAMÓN, Reus, Madrid, 1987, pág. 293.

(38) Vid. *Instituciones de Derecho Civil Español*. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Tomo III, *Derecho de Sucesiones*, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, págs. 399 y 400.

(39) Vid. *Derecho Civil Español*, Tomo V, *Sucesiones por causa de muerte*, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 315.

SASTRE (40) y LACRUZ (41) ven ciertas similitudes entre la reserva y el fideicomiso condicional. Para otros, al no poder aproximarla a ninguna de las figuras existentes, consideran que se trata de una institución *sui generis* como O'CALLAGHAN (42) y SÁNCHEZ ROMÁN (43), entre otros. Para otros, la reserva consistiría en una limitación del poder dispositivo del reservista, como lo consideran, a modo de ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO (44), GONZÁLEZ PORRAS (45), VALLTERA FERNÁNDEZ (46), JORDANO BAREA (47); LOZANO SICILIA (48) y CAPÓ BONNAFOUS (49). Y finalmente, existen otros autores que consideran que los reservatarios tienen una expectativa o derecho expectante, así como un derecho actual a exigir las medidas precautorias establecidas en su favor en el Código Civil, como lo sostienen por ejemplo, RUIZ ARTACHO (50); TORRES MURCIANO (51), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (52), ARECHEDERRA ARANZADI (53) y PÉREZ GIMÉNEZ (54). Para nosotros los reservistas tienen una limitación en su facultad dispositiva desde que se origina la reserva; mientras que los reservatarios tendrán una expectativa que se hará efectivo derecho si sobreviven al reservista. Igualmente tendrán estos derecho a unas medidas de conservación de los bienes reservables, para que al consumarse la reserva su derecho no se vea truncado ni desvirtuado.

En este asunto traemos a colación el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 29 de mayo de 1997, que a su vez recogió la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente de la sentencia

---

(40) Vid. *Estudios de Derecho Privado*, vol. 2, *Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 311, así como en «Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios», en *RDN*, año I, núms. 1 y 2, julio-diciembre de 1953, págs. 287 y sigs.

(41) Vid. *Elementos de Derecho Civil*, tomo 5.º, *Sucesiones*, nueva edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 466.

(42) Vid. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Edersa, Madrid, 1990, 3 .ª ed, pág. 61.

(43) Vid. *Estudios de Derecho Civil*, *Derecho de Sucesión*, Tomo 6, vol. 3, editorial Rivadeneyra, Madrid, 1910, 2.ª ed., págs. 1850, 1857 y sigs.

(44) Vid. «Comentario de la Sección segunda. De los bienes sujetos a reserva: artículos 968 a 980 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 2295.

(45) Vid. *Las hipotecas legales por bienes reservables y por los bienes de los hijos no emancipados*, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 2003, pág. 30.

(46) Vid. «Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas», en *IJ*, núm. 125, octubre de 1953, pág. 863.

(47) Vid. «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», en *ADC*, t. III, fasc. III, julio-septiembre de 1950, pág. 701.

(48) Vid. *Institución de las reservas*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1914, págs. 81 y 82.

(49) Vid. «Sobre la reserva de los artículos 968 al 980», en *RCDI*, 1928, pág. 451.

(50) Vid. «Algo más sobre las reservas», en *RCDI*, año XXVII, núm. 277, junio de 1951, pág. 432.

(51) Vid. «La desheredación por el reservista. Notas sobre el artículo 973, párrafo 2.º del Código Civil», en *RGLJ*, año LXXXVIII, Tomo 5.º, 1943, pág. 277.

(52) Vid. Sistema de Derecho Civil, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2001, 8.ª ed., pág. 452.

(53) Vid. «Divorcio y reserva de bienes», en *ADC*, Tomo LII, fasc. IV, octubre-diciembre de 1999, pág. 1433.

(54) Vid. *La reserva lineal del artículo 811 del Código Civil,* Universidad de Jaén, Jaén, 2005, pág. 215.

de 19 de enero de 1935, y que repitió en sentencia de 17 de junio de 1967, en la que estableció que los reservatarios durante la reserva no tienen un derecho real, sino una «expectativa jurídicamente protegida» (55). La misma doctrina ha seguido la Audiencia Provincial de Barcelona, que se pronunció sobre este particular aspecto no exento de polémica y así en la sentencia de 6 de septiembre de 2004, estableció que los reservatarios tienen durante la reserva una expectativa protegida, mientras que los reservistas tienen un derecho pero no definitivo (56).

Como vemos esta ha sido la evolución seguida en Cataluña hasta el momento actual en el que la figura sucesoria de la reserva vidual no se recoge en su legislación. Nos ha parecido oportuno estudiar y analizar este fallo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y así aprovechar la ocasión para volver a poner de manifiesto ciertos aspectos que nos parecen algo controvertidos relativos a la aplicación y mantenimiento de la reserva vidual en nuestro Código Civil, como hemos puesto de manifiesto en diversas ocasiones, donde hemos analizado la evolución sufrida por esta institución hereditaria en países de nuestro entorno, tales como Italia (57) o Francia (58), donde en la actualidad tampoco existe esta institución a pesar de su larga tradición en aquellos países. Comparábamos la situación en aquellos países e intentábamos poner de manifiesto que lo allí ocurrido con la figura sucesoria debido a ciertas cuestiones que suscitaba su conservación y mantenimiento y que podían contribuir a un posible estancamiento del tráfico jurídico de los bienes reservables, o incluso a problemas de ineficacia de las transmisiones producidas durante la vigencia de la reserva una vez consumada la misma, nos hacían cuestionarnos, y tal vez, dudar, de la necesidad real del mantenimiento de esta institución en nuestro Código Civil.

Efectivamente, con ella se protegen los intereses patrimoniales de unos hijos y descendientes de un primer matrimonio cuando su progenitor viudo contrae un segundo enlace matrimonial, pero no es menos cierto que su cuota legitimaria en nuestro Código Civil es lo bastante amplia como para sostener que sus intereses patrimoniales ya están verdaderamente protegidos.

En nuestra humilde opinión, y analizando la sociedad actual vemos que, aparte de las cuestiones patrimoniales y posibles conflictos que pueden ocasionarse al consumarse la reserva vidual, otras situaciones a las que podría aplicarse

---

(55) «Com resulta de la sentència del Tribunal Suprem de 19-1-1935, el fet que uns béns tinguin el caràcter de reservables no implica que els reservataris tinguin un dret actual pur i exclusiu sobre aquests béns, sinó únicament la circumstancial i condicionada constatació que actualment els béns tenen la condició de reservables; o com precisa la sentència posterior del mateix Tribunal de 17 de juny de 1967, en la fase de pendència de la reserva els drets dels reservataris es redueixen a una expectativa jurídicament protegida».

(56) «A la fase anterior a la mort del reservista, els reservataris únicament tenen una expectativa jurídicament protegida sobre els béns objecte de la reserva, pero no tenen cap dret real actual sobre aquest béns, sino únicament la facultat de demanar determinades mesures precautòries, per tal d'evitar que el reservista pugui frustrar de forma arbitrària aquesta expectativa», mientras que sobre el derecho de los reservistas señala que «és propietari actual dels béns reservables, encara que el seu dret de propietat sobre els béns esmentats no es pugui qualificar de definitiu».

(57) Vid. «La reserva vidual en Italia: Perspectivas de futuro», en *Libro-Homenaje al Profesor Doctor don Manuel Cuadrado Iglesias*. GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), vol. II, Civitas, Thomson, Madrid, 2008, págs. 1547-1562.

(58) Vid. «La reserva vidual en Francia», en *E-Legal History Review,* 7, 2009.

la misma, como vimos anteriormente en el caso de las parejas de hecho y de la prole no matrimonial que nace en estas uniones.

Efectivamente, parecería que pudieran estar «desamparadas» por la protección y finalidad de la reserva vidual, situación esta que nos parece algo chocante y que tal vez no debiera ser así. Siendo la finalidad de la figura la protección de los hijos, no debería distinguirse entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial a efectos de aplicación de la reserva vidual. Y finalmente, la duda que mantenemos desde que estudiamos esta figura es si en realidad además de la protección de la filiación matrimonial ante un nuevo matrimonio, si en el fondo no se estará limitando la libertad matrimonial del cónyuge viudo, debido a que la figura comienza (entre otros supuestos de hecho) desde que contrae un nuevo enlace matrimonial, cuestión esta que también nos preocupa.

Nos ha parecido valiente la decisión del legislador catalán de no recoger en su Código de Sucesiones esta figura, debido a que seguramente consideraron que su mantenimiento creaba y ocasionaba, en definitiva, mayores problemas o conflictos que las posibles ventajas que proporcionara el mantenerla en vigor. En este sentido, no olvidemos que el resto del Derecho de Sucesiones es de por sí amplio y completo, y recoge diversos mecanismos de protección de las personas interesadas en la reserva, y que en definitiva colmaría la posible ausencia de la reserva binupcial en Cataluña.

## VII. REFLEXIONES FINALES: LA RESERVA VIDUAL COMO POSIBLE LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD MATRIMONIAL Y FÓRMULAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LOS HIJOS O HIJAS DEL PRIMER MATRIMONIO

En el Derecho Catalán la figura de la reserva vidual ha desaparecido de su Código Civil, ya que el legislador catalán consideraba que era innecesaria en su sociedad actual. Queremos recoger aquí que nos parece muy acertada la opción catalana, aunque claro está, será el tiempo el que así lo corroborará, porque la vigencia de esta norma jurídica es algo reciente. Sostenemos que se trata de un acierto y de un paso valiente el del legislador catalán, debido a que si se trata de proteger los intereses patrimoniales de los hijos del primer matrimonio, ante un nuevo matrimonio de su progenitor viudo, así como de que los bienes de una familia no se desvíen a otras personas ajenas a la línea de origen o procedencia de los bienes (finalidad esta que en principio nos parece loable y positiva) no es menos cierto que existen en nuestro Código Civil otras instituciones que ya cumplen esa finalidad, como podría ser su cuota legitimaria, sin ir más lejos. Sin embargo, ahondando algo más en la fundamentación de esta figura nos parece que, en definitiva, lo que podría ocasionarse a través de esta institución sucesoria y la limitación dispositiva en relación con los bienes reservables que «sufre» el cónyuge bínubo es que se limite su libertad matrimonial o *ius connubii* recogido en el artículo 32 de nuestra Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA


ARECHEDERRA ARANZADI: «Divorcio y reserva de bienes», en *ADC,* Tomo LII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1999, págs. 1395-1434.

BONET RAMÓN: «Reserva del artículo 811 del Código Civil: efectos jurídicos. Derechos de los reservistas: ¿constituye contrato sobre herencia futura la enajenación que realice de su derecho antes de consumarse la reserva?», en *RDP,* 1942, págs. 501-502.

BORRELL: *Derecho Civil Español,* Tomo V, *Sucesiones por causa de muerte,* Bosch, Barcelona, 1954.

BRAVO: *Compilación del Derecho Civil vigente en España,* t. II, Madrid, 1885.

CALLEJAS: «Notas para un estudio sobre reserva tradicional», en *RGLJ,* año LXXXIX, julio-agosto de 1944, págs. 146-151.

CAPÓ BONNAFOUS: «Sobre la reserva de los artículos 968 al 980», en *RCDI,* 1928, págs. 445-455.

DE BUEN: *Derecho Civil Español Común,* vol. II, Reus, Madrid, 1931, 2.ª ed., pág. 416, así como en sus *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant,* traducción de la segunda edición, Tomo VIII, Reus, Madrid, reimpresión de la 3.ª edición, 1988.

DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil Español,* nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Tomo III, *Derecho de Sucesiones,* Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Tecnos, Madrid, 2001, 8.ª ed.

DONADO VARA: *La reserva vidual,* Reus, 2009.

— «La reserva vidual y la posible reserva de una bodega legada: análisis crítico de su concepto, naturaleza y utilidad», en *RDUNED (Revista de Derecho UNED),* (7), 2010, págs. 231-246.

— «Los antecedentes históricos de la reserva vidual», en *Cuadernos de Historia del Derecho,* núm. 16, 2009, págs. 111-202.

— «La reserva vidual en Francia», en *E-Legal History Review,* 7, 2009.

— «La reserva vidual en Italia: Perspectivas de futuro», en *Libro-Homenaje al Profesor Doctor don Manuel Cuadrado Iglesias,* GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), vol. II, Civitas, Thomson, Madrid, 2008, págs. 1547-1562.

GÓMEZ MORÁN: *Las reservas en el Derecho español y en el comparado (su naturaleza, efectos y problemas relacionados con ellas),* Imprenta «La Cruz», Oviedo, 1949.

GONZÁLEZ PORRAS: *Las hipotecas legales por bienes reservables y por los bienes de los hijos no emancipados,* Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, Córdoba, 2003.

HUALDE MANSO: «Hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el Derecho Sucesorio navarro», en *Revista Jurídica de Navarra,* enero-junio de 2010, núm. 49, págs. 47 a 84.

JORDANO BAREA: «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», en *ADC,* t. III, fascículo III, julio-septiembre de 1950, págs. 668-717.

LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil,* tomo 5.º, *Sucesiones,* nueva edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2001.

LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones,* Marcial Pons, 2011, 7.ª ed.

LOZANO SICILIA: *Institución de las reservas,* Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1914.

MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español,* t. II, 7.ª edición revisada por BONET RAMÓN, Reus, Madrid, 1987.

MARÍN MONROY: «Algo sobre la reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución», en *RCDI,* año 7, núm. 73, enero de 1931, págs. 1-13.
MARTÍNEZ PIÑEIRO: «Las legítimas en Mallorca en el Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho* (Universidad de les Illes Balears), 12, Palma de Mallorca, 1985.
MORELL: «Bienes reservables», en *RGLJ,* tomo 81, 1892, págs. 515-530.
MUNAR BERNAT: «La reserva vidual», en *Cuadernos de Derecho Registral,* 2009.
NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España, compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras Leyes Civiles vigentes con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios* (Prólogo del Excmo. Señor don Eugenio MONTERO RÍOS), tomo II, Madrid, 1880.
O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho Civil,* Tomo V, *Derecho de Sucesiones,* Edersa, Madrid, 1990, 3.ª ed.
OSSORIO MORALES: «Sucesiones. Reservas. Posición jurídica de los reservatarios: el derecho de estos es transmisible *inter vivos* antes de consumarse la reserva y no constituye contrato sobre herencia futura (sentencia de 18 de abril de 1942)», en *RGLJ,* año LXXXVII, 1942, págs. 671-677.
PÉREZ GIMÉNEZ: *La reserva lineal del artículo 811 del Código Civil,* Universidad de Jaén, Jaén, 2005.
POU AMPUERO: «Interpretación de la Ley 272 del Fuero Nuevo», en *Revista Jurídica de Navarra,* enero-junio de 2004, núm. 37, págs. 239 a 249.
PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil,* vol. IV, Bosch, Barcelona, 1991.
ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado,* vol. 2, *Sucesiones,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
— «Dictamen acerca del negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios», en *RDN,* año I, núms. 1 y 2, julio-diciembre de 1953, págs. 287-295.
RUIZ ARTACHO: «Algo más sobre las reservas», en *RCDI,* año XXVII, núm 277, junio de 1951, págs. 417-442.
SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil, Derecho de Sucesión,* Tomo 6, vol. 3, editorial Rivadeneyra, Madrid, 1910, 2.ª ed.
TORRES MURCIANO: «La desheredación por el reservista. Notas sobre el artículo 973, párrafo 2.º del Código Civil», en *RGLJ,* año LXXXVIII, Tomo 5.º, 1943, págs. 265-286.
VALLET DE GOYTISOLO: «Comentario de la Sección segunda. De los bienes sujetos a reserva: artículos 968 a 980 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil,* Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
VALLTERRA FERNÁNDEZ: «Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas», en *IJ,* núm. 125, octubre de 1953, págs. 841-870.
VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil Español,* Tomo V, *Parte Especial, Derecho de Sucesión* mortis causa, Valladolid, 1921, 2.ª ed.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

A) TRIBUNAL SUPREMO

21 de mayo de 1861 (Sala de lo Civil).
16 de junio de 1862 (Sala de lo Civil).
18 de junio de 1880 (Sala de lo Civil).

22 de junio de 1895 (Sala de lo Civil).
4 de julio de 1896 (Sala de lo Civil).
16 de enero de 1901(Sala de lo Civil).
8 de noviembre de 1906 (Sala de lo Civil).
4 de enero de 1911 (Sala de lo Civil).
21 de marzo de 1912 (Sala de lo Civil).
7 de noviembre de 1912 (Sala de lo Civil).
1 de abril de 1914 (Sala de lo Civil).
6 de julio de 1916 (Sala de lo Civil).
21 de enero de 1922 (Sala de lo Civil).
7 de noviembre de 1927 (Sala de lo Civil).
2 de enero de 1929 (Sala de lo Civil).
27 de noviembre de 1929 (Sala de lo Civil).
8 de octubre de 1930 (Sala de lo Civil).
3 de noviembre de 1931 (Sala de lo Civil).
19 de enero de 1935 (Sala de lo Civil).
25 de marzo de 1933 (Sala de lo Civil).
18 de abril de 1942 (Sala de lo Civil).
26 de noviembre de 1943 (Sala de lo Civil).
24 de mayo de 1945 (Sala de lo Civil).
8 de junio de 1954 (Sala de lo Civil).
17 de abril de 1956 (Sala de lo Civil).
30 de mayo de 1956 (Sala de lo Civil).
2 de marzo de 1959 (Sala de lo Civil).
26 de marzo de 1960 (Sala de lo Civil).
2 de julio de 1963 (Sala de lo Civil).
31 de octubre de 1964 (Sala de lo Civil).
17 de junio de 1967 (Sala de lo Civil).
27 de febrero de 1971 (Sala de lo Civil).
26 de enero de 1974 (Sala de lo Civil).
7 de julio de 1978 (Sala de lo Civil).
5 de diciembre de 1978 (Sala de lo Civil).
4 de junio de 1987 (Sala de lo Civil).
21 de diciembre de 1989 (Sala de lo Civil).
21 de octubre de 1991 (Sala de lo Civil).
22 de junio de 1995 (Sala de lo Civil).
28 de octubre de 2001 (Sala de lo Civil).
5 de junio de 2008 (Sala de lo Civil).

B) Tribunales Superiores de Justicia

29 de junio de 1997 (Cataluña).
31 de mayo de 2010 (Cataluña).

C) Audiencias Provinciales

22 de abril de 1933 (Baleares).
26 de junio de 1997 (Cuenca).
11 de diciembre de 2000 (Toledo).

23 de febrero de 2000 (Asturias).
18 de mayo de 2000 (Cáceres).
13 de enero de 2001 (Valencia).
14 de febrero de 2001 (Toledo).
28 de abril de 2003 (Pontevedra).
6 de septiembre de 2004 (Barcelona).
21 de febrero de 2009 (Girona).
Auto de 11 de febrero de 2009 (Girona).
2 de marzo de 2010 (Castellón).
22 de marzo de 2010 (Barcelona).
28 de marzo de 2011 (Valencia).

*RESUMEN*

*RESERVA VIDUAL*
*RESERVA BINUPCIAL*

*La reserva vidual o viudal es una institución con una larga tradición histórica en nuestro Derecho Civil Común y Foral. En particular, el Código Civil regula la figura en los artículos 968 a 980, constituyendo un régimen jurídico restrictivo de la libertad de disposición de ciertos bienes que el viudo o viuda ha de reservar, en previsión de un segundo matrimonio para que esos bienes no salgan de la línea familiar de procedencia, al considerar el legislador que esa sería la presunta voluntad del causante del reservista. En el caso catalán, después de un amplio debate parlamentario, el legislador derogó definitivamente la institución de las reservas de esta naturaleza y, por lo tanto, ha desaparecido cualquier mención a ellas en el Libro Cuarto de las Sucesiones. Entre los elementos que han contribuido a poner en tela de juicio la necesidad de reservar ciertos bienes, destacan además de las aportaciones doctrinales, el valor de las contadas ocasiones en las que el Tribunal Superior de Justicia se ha pronunciado, así como la jurisprudencia menor, que también es objeto de estudio en este artículo.*

*ABSTRACT*

*RESTRAINT ON ALIENATION IN FAVOUR OF CHILDREN BORN OF A PREVIOUS MARRIAGE*
*RESTRAINT ON ALIENATION VIS-À-VIS REMARRIAGE*

*Common and special regional civil law have a long historical tradition of restraining the alienation of property inherited by a widow or widower so as not to undermine the rights of children born of the widow or widower and the deceased. In particular, the Civil Code regulates such restraints in articles 968 to 980, creating a system of rules that restricts the freedom to dispose of certain property; legislators presumed that it would be the wishes of the deceased for certain property to remain with its bloodline of provenance in the event the widow or widower remarries. In the case of Catalonia, after lengthy parliamentary debate, legislators definitively repealed such restraints, and therefore all mention of them has been removed from the Fourth Book on Successions. Foremost among the elements that have helped throw doubt on the need to restrain the alienation of certain assets are the contributions of legal doctrine, the few but valuable times the High Court of Justice has given its pronouncements and minor case law, which is also discussed in this article.*

## 1.5. Obligaciones y Contratos

# *LA CONTRATACIÓN POR INTERNET EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
*Abogada*
*Doctorando en Derecho*

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO.—II. RIESGOS VINCULADOS A LA CONTRATACIÓN EN INTERNET.—III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: 1. Concepto. 2. Normativa jurídica. 3. La capacidad de las partes contratantes.—IV. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO: 1. Ideas preliminares. 2. Momento de perfección del contrato: A) *La oferta en Internet*. B) *La aceptación en Internet*. C) *Reglas de perfección del contrato*. 3. Lugar de celebración.—V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y PRUEBA.—VI. LA SEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA FIRMA ELECTRÓNICA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO

El reciente proceso de globalización ha favorecido la aparición de una nueva concepción de contratación a distancia que se desenvuelven ahora en entornos virtuales abiertos de proyección mundial gracias a Internet y demás tecnologías asociadas.

Asistimos en la sociedad actual a una auténtica revolución tecnológica que encontramos normalmente asociada al ámbito de las telecomunicaciones y de la informática. Las posibilidades abiertas por estas nuevas tecnologías son potencialmente ilimitadas y para describir la transformación producida se ha acuñado una nueva expresión gestada en la Unión Europea y acogida por un texto con rango formal de Ley, *la sociedad de la información* (1).

Ahora podemos contratar la adquisición de bienes y la prestación de servicios desde nuestro ordenador, sin tener que personarnos en ningún establecimiento,

(1) Guisado Moreno, A., «Con la expresión sociedad de la información se alude a un nuevo modelo socioeconómico y cultural en el que las redes de comunicación de todo tipo —y en concreto Internet— permiten tanto el acceso generalizado a un enorme flujo de información como el intercambio de esta, afectando a todos los ámbitos y facetas de la actividad humana (social, económica, educacional…). Estaríamos, en suma, ante una sociedad capaz de producir, suministrar y consumir grandes cantidades de información, pasando a convertirse la propia información en objeto de tráfico. De ahí que pueda afirmarse que un aspecto social de este nuevo modelo social es que su principal factor productivo pasa a ser la información misma o, lo que es igual el conocimiento, frente a los factores tangibles tradicionales. Se correspondería, por otra parte, con un modelo social con vocación universal, directamente conectado con el fenómeno Internet y el creciente proceso de globalización» en «Formación y perfección del contrato en Internet», Marcial Pons, 2004, págs. 46 y 47.

basta con pulsar una tecla, en esto consiste básicamente la contratación electrónica. Para designar este nuevo tráfico jurídico y económico que surge a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación se utiliza la expresión *comercio electrónico*. Al menos desde un punto de vista coloquial se tiende a asociar comercio electrónico con Internet, si bien desde un punto de vista técnico dicha asimilación no es del todo exacta (2).

El comercio electrónico se caracteriza por ser un comercio con vocación internacional y, teniendo en cuenta la configuración de Internet como red abierta que sirve de soporte a un mercado global, las soluciones a nivel normativo han de perseguir ese mismo carácter global y, este es el gran reto que tienen que afrontar los distintos operadores jurídicos y económicos. Ello ha sido resaltado tanto por parte de la doctrina como por parte de diversas instancias tanto nacionales como supranacionales, entre las que destaca la labor llevada a cabo por la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (3) y en el contexto de la Unión Europea el denominado «Informe Bangemann» de 1994 el cual hace referencia expresa a esta revolución de carácter mundial generada por las tecnologías de la información y las comunicaciones (4).

En la actualidad y, sin desconocer la relevancia del comercio electrónico en otras redes, Internet se configura como la más paradigmática manifestación del comercio electrónico principalmente a través de sus aplicaciones web y correo electrónico. Su configuración como contexto virtual interactivo permite a las partes comunicarse en tiempo real cualquiera que sea su ubicación geográfica abriendo la posibilidad de abordar todo el iter contractual dentro del entorno electrónico interactivo.

La contratación por Internet presenta ventajas entre las que podemos citar la reducción del coste de los productos y servicios y de su precio de adquisición, debido a su carácter global se aumenta el número de productos y servicios lo que genera a favor del adquirente la posibilidad de comparar la calidad y el precio del producto que desea adquirir, la rapidez en el acceso a la información a lo largo de todo el iter contractual y, además permite la celebración de contratos entre partes que no están físicamente presentes (5).

---

(2) DÍEZ BALLESTEROS, J. A., «Históricamente la primera fase de la expansión y consolidación del comercio electrónico se produjo al margen de Internet a través de redes cerradas, como sucede con el conocido EDI *(electronic data exchange)* o intercambio electrónico de datos. No obstante, no es incorrecto pensar que al menos en lo que afecta a la contratación realizada por consumidores y usuarios, el comercio electrónico se realiza mayoritariamente a través de Internet y de correo electrónico», en *Estudios sobre Consumo,* núm. 85, 2008, pág. 78.

(3) Resolución 51/1962 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1996, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

(4) «Europa y la sociedad global de la información: recomendaciones al Consejo Europeo», Bruselas, 26 de mayo de 1994 (Informe Bangemann). En su reunión de diciembre de 1993, celebrada en Bruselas, el Consejo Europeo solicitó que un grupo de personalidades elaborase un informe para su reunión de junio de 1994 sobre las medidas especiales que debían estudiar la Comunidad y los Estados Miembros para el establecimiento de infraestructuras en el ámbito de la información.

(5) Con ello se logra una auténtica «globalización contractual» que no había sido alcanzada mediante el empleo de otros medios de comunicación a distancia. Como señala parte de la doctrina, gracias al uso de Internet se supera el factor «espacio» en la contratación,

Se asienta en un entorno por esencia inmaterial, pese a que el servicio final ofrecido tenga naturaleza material, esta ventaja tiene su razón de ser en la «economicidad de las infraestructuras» necesarias para el ejercicio del comercio electrónico, lo que posibilita que las pequeñas y medianas empresas puedan actuar en condiciones similares a las grandes (6).

## II. RIESGOS VINCULADOS A LA CONTRATACIÓN EN INTERNET

Existen una serie de obstáculos jurídicos que debemos superar para que el comercio electrónico se consolide, entre ellos destaca la desconfianza en los medios de pago, la incertidumbre respecto al tratamiento de los datos personales así como los diferentes aspectos relacionados con la seguridad.

Un problema fundamental en este tipo de contratación a distancia es la seguridad que debe existir en la identificación de las partes contratantes, ya que de ello dependen cuestiones tan importantes como la capacidad contractual, la seriedad en la contratación o la profesionalidad acreditada de las partes que intervienen, siendo necesario distinguir entre partes contratantes en sentido estricto y los que intervienen simplemente como intermediarios.

El segundo riesgo es el inherente a la protección de datos de carácter personal ya que Internet en cuanto red abierta hace posible que todos los datos vertidos sobre ella puedan ser accesibles. Esto afecta a dos aspectos fundamentales de la contratación: el pago mediante tarjeta bancaria a través de la red y la utilización no consentida de los datos personales de los contratantes. En esta materia destaca en el ámbito comunitario, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que intenta coordinar el derecho a la privacidad de los datos personales y la seguridad en la contratación en Internet.

En la contratación electrónica, sobre todo a través de redes abiertas como Internet, es frecuente la utilización masiva de contratos tipo o contratos estandarizados que incluyen condiciones generales. Como sabemos, estas condiciones generales no se establecen de común acuerdo entre las partes, sino que son predispuestas de forma unilateral por una de ellas, limitándose la otra parte a adherirse a las mismas si quiere contratar el bien o servicio ofertado. En nuestro Derecho las condiciones generales están reguladas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 que las define en su artículo 1.1 como «las cláusulas contractuales predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». La mencionada LCGC se ha completado por el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, aprobado por Real Decreto

---

entendido en un sentido estrictamente físico, no en un sentido jurídico que se encuentra vinculado a la territorialidad del derecho.

(6) Este ha sido uno de los temas debatidos en el ámbito de la OCDE con el título: «Internet y los rendimientos en las empresas», celebrado en Bélgica el 25 de septiembre de 2001. En esta reunión se pusieron de relieve los beneficios que reporta Internet a las empresas, permitiéndoles intercambiar y comunicar sus informaciones e ideas con la finalidad de hacerlas más eficientes.

1828/1999, de 3 de diciembre, y por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

De modo semejante a lo que ocurre en la contratación entre presentes, cuando en la contratación electrónica se utilicen condiciones generales, dichas condiciones han de entenderse incluidas en la oferta de contratación, debiendo ser aceptadas por el cliente (7). Si bien es verdad que, aun cuando las condiciones generales han de entenderse incluidas en la oferta de contratación, dicha inclusión no siempre se hace de una manera directa, ya que la práctica habitual de Internet es que la oferta aparezca en una concreta página web en la que la empresa oferente hace una mención relativa a la existencia de dichas condiciones generales, remitiendo al cliente a través de enlaces a otra página donde aquellas se encuentran insertadas.

Conforme al artículo 5.4 LCGC, en lo que respecta a la incorporación de las condiciones generales al contrato, en caso de contratación telefónica o electrónica, «será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional» exigiéndose que se envíe inmediatamente al consumidor «justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». Es decir, la LCGC se limita a exigir que conste la aceptación por el adherente de todas y cada una de las condiciones generales y que el predisponente le haga entrega, después de la celebración del contrato de un documento en el que se recojan los términos y condiciones de este y, remite al ulterior desarrollo reglamentario la determinación del modo en que habrá de constar dicha aceptación y habrá de ser remitido ese documento.

Cuando una de las partes contratantes tiene la condición de consumidor, la protección es especialmente reforzada ya que existen una serie de normas tuitivas basadas en el principio *pro consumatore ex* artículo 51 de la CE, y en la contratación por Internet la propia red brinda posibilidades para defraudar los derechos de los consumidores y usuarios durante todo el fenómeno contractual. En ocasiones, algunas cuestiones vinculadas a la libre circulación y libre competencia en el sector de las telecomunicaciones pueden chocar con la correcta tutela de los consumidores, estos problemas tratan de ser resueltos por la Directiva 2000/31/CE en materia de comercio electrónico, la cual intenta adaptar y modificar las normas preexistentes en materia de tutela del consumidor en la contratación privada con la finalidad de mejorar su eficacia ante la aplicación de estas nuevas tecnologías.

## III. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

### 1. Concepto

La Ley de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico, de 11 de julio de 2002, regula en su Título IV, la «Contratación por vía

(7) El establecimiento de condiciones generales está amparado, con carácter general, por el principio de libertad contractual tipificado en el artículo 1255 del Código Civil, y de manera más directa y específica por la LCGC de 1998 desarrollada por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre contratación telefónica y electrónica mediante condiciones generales, que en algunos de sus puntos ha de considerarse derogado por normas promulgadas con posterioridad, como han señalado cualificados sectores de nuestra doctrina.

electrónica», en concreto en los artículos 23 a 29. Esta Ley, según su Exposición de Motivos, tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Se entiende por «contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico» todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a una red de telecomunicaciones (apartado *h)* del Anexo a la Ley. Por lo tanto, lo esencial de esta nueva forma de contratación es el conducto o cauce electrónico a través del cual se emiten las declaraciones de voluntad, incluso deja de tener sentido el empleo de vocablos como verbal o escrito, reemplazados ahora por nuevas formas de expresión de la voluntad electrónicas (8).

La Ley de 11 de julio de 2002 ha sido modificada por la Ley de 28 de diciembre de 2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, cuya finalidad ha sido impulsar la factura electrónica y también el uso de medios electrónicos en todas las fases del proceso de contratación y garantizar una interlocución electrónica de los usuarios y consumidores con los empresarios que prestan servicios de especial importancia económica.

Con la finalidad de completar el deficiente concepto de comercio electrónico tipificado en la LSSICE, la doctrina define la contratación electrónica como aquella modalidad de contratación de bienes y servicios realizada a distancia entre sujetos que pueden o no intervenir con carácter profesional en el tráfico a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, particularmente Internet como instrumento representativo de la actual revolución tecnológica (9).

Es precisamente lo novedoso de los cauces a través de los cuales se emiten y se trasmiten las declaraciones de voluntad negociales, lo que ha suscitado cierta perplejidad en parte de la doctrina. No ha faltado quién ha subrayado la inadecuación de las viejas categorías dogmáticas y conceptuales del Derecho a esta nueva forma de contratación, viendo en ella el principal obstáculo jurídico para el desarrollo del comercio electrónico y reclamando, por lo tanto, una disciplina jurídica especial para esta nueva realidad negocial. Otros han puesto de manifiesto que en un ordenamiento como el nuestro en el que rige con carácter general el principio de libertad de forma, la contratación electrónica no puede considerarse un fenómeno jurídicamente novedoso, sin perjuicio de sus peculiaridades tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista jurídico. En definitiva, como ha señalado Bolás (10), la novedad que supone la contratación

---

(8) Así lo ha entendido el TS en sentencia de 3 de noviembre de 1997: «Estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica no puede ya identificarse en exclusiva con el papel como soporte ni con la escritura como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen, hoy en día, una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y en especial de los documentos mercantiles».

(9) Guisado Moreno, A., *Formación y perfección del contrato en Internet,* Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 116.

(10) Bolás Alfonso, V., «Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial», en AA.VV., *Notariado y contratación electrónica,* Madrid, 2000.

electrónica no implica alteración de las normas generales de la contratación sino que constituye simplemente un nuevo medio de contratación entre distantes.

## 2. Normativa jurídica

Con carácter general ya hemos visto que de la contratación electrónica se ocupa la Ley 34/1992, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico. El artículo 23.1, párrafo 2.º dice: «Los contratos electrónicos se rigen por lo dispuesto en este Título IV, por los Código Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial».

Como normas específicas se regulan una serie de obligaciones de información previas al inicio del procedimiento de contratación que están directamente relacionadas con el medio de contratación y se refieren a informaciones relativas a los trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, entre las que destacan si el prestador va a archivar el documento electrónico en el que se formalice el contrato y si este va a ser accesible, los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Las obligaciones de información posteriores están relacionadas con la confirmación de la aceptación del contrato, estableciendo los medios electrónicos a través de los cuales debe hacerse y entendiéndose que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. De unas y otras obligaciones puede ser dispensado el prestador de los servicios si así lo acuerdan previamente las partes contratantes siempre que ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor.

De manera sectorial, también se ocupa de la contratación electrónica la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, mediante la que se incorpora a nuestro Derecho interno la Directiva comunitaria del mismo nombre.

También interesa destacar que en la medida en que la contratación electrónica representa un caso concreto dentro de la contratación a distancia también queda sometida aunque con ciertos matices a la disciplina jurídica aplicable a esta. El régimen jurídico aplicable a la contratación a distancia también ha experimentado importantes modificaciones que son debidas a la promulgación del Real Decreto-ley 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.

Hay determinados contratos que quedan excluidos de la contratación por vía electrónica, son los relativos al Derecho de familia y sucesiones. Además los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica *ex* artículo 23.4 de la Ley 34/2002.

### 3. La capacidad de las partes contratantes

Es importante analizar si se mantienen los presupuestos relativos a la capacidad para contratar cuando las partes operan en un contexto electrónico, en el que por definición no existen los documentos escritos y las comunicaciones entre las partes se producen dentro de la misma red mediante el envío y recepción de declaraciones electrónicas de contenido negocial.

*A priori* podemos decir que quién pretende contratar *on line* dirige su mensaje al posible destinatario (11) con varias declaraciones de voluntad negociales encaminadas a la perfección del contrato. A lo largo de todo este iter contractual encontramos una serie de problemas relativos a la correcta identificación de cada uno de los sujetos intervinientes, las circunstancias relativas a la capacidad para contratar y la representación, la concurrencia de impedimentos o limitaciones o la suplantación de personalidad y firmas. Considero que las soluciones que demandan los problemas suscitados en relación con la capacidad de las partes contratantes en el entorno electrónico son similares a las que se aplican en la contratación tradicional, rigiendo las normas generales en materia de capacidad para manifestar el consentimiento contractual de los artículos 1263 y siguientes del Código Civil y, teniendo en cuenta ciertas peculiaridades derivadas del hecho de que los entornos virtuales entrañan mayores dificultades en orden a determinar la efectiva capacidad de las partes así como la posible concurrencia de vicios que pueden invalidar el consentimiento.

A través de la firma electrónica se pueden resolver ciertas dudas en relación con la capacidad de las partes, sobre todo mediante la firma electrónica reconocida, en la medida en que dicho prestador pueda tener acceso al dato de la capacidad de obrar del futuro signatario, podría incluir tal dato en el certificado que expida. Solución que resulta admisible conforme al artículo 11 de la Ley de Firma Electrónica de 2003, donde se prevé la inclusión, además del nombre, apellidos o seudónimo del titular de la firma electrónica, de «cualquier otra circunstancia o atributo específico del firmante en caso de que sea significativo en función del fin del propio certificado y siempre que aquel lo solicite» (12).

## IV. LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

### 1. Ideas preliminares

Partiendo de la idea de que la contratación electrónica es una contratación entre ausentes, interesa determinar en qué instante se entiende perfeccionado el contrato y cuál es el lugar en el que se considera concluido a los efectos oportunos.

La importancia de determinar el momento exacto de nacimiento de todo contrato está relacionada con los siguientes aspectos:

---

(11) Las expresiones «iniciador» y «destinatario» están plenamente consagradas en buena parte de la normativa sobre comercio electrónico como, por ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL y, se emplean en una acepción amplia para designar a las partes que operan en un entorno electrónico, más allá de que intervengan o no con finalidad negocial.

(12) Illescas Ortiz, R., «Conviene tener en cuenta que el firmante es libre de facilitar al PSC los datos relativos a su capacidad, datos que en todo caso solo habrán de ser comprobados por dicho prestador en el caso de certificados reconocidos», en *Derecho de la Contratación Electrónica,* Madrid, 2009, págs. 273 y sigs.

1. El principal de todos es el hecho de representar el inicio de una relación contractual que une a las partes durante un periodo determinado y que genera obligaciones directamente exigibles por las partes.
2. La ineficacia de los asientos extemporáneos de revocación y retirada de la oferta o de la aceptación por parte de sus autores.
3. La ineficacia de determinadas causas de extinción de las declaraciones contractuales.
4. La transmisión de los riesgos de la cosa al adquirente en aquellos casos en que el contrato que se perfeccione conlleve la transmisión de la propiedad u otro derecho real.
5. La determinación exacta de la ley o norma aplicable en el tiempo en que la relación contractual nace, es decir, la problemática asociada a la aplicación temporal de las normas jurídicas.
6. El momento determinante del inicio del cómputo de determinados plazos para el correcto ejercicio de algunos derechos o acciones, como por ejemplo el derecho del consumidor al desistimiento o a la resolución del contrato a distancia.

De la misma manera resulta importante determinar el lugar exacto en que se entiende concluido el contrato, ya que con ello se determina la ley o norma aplicable espacialmente a la relación contractual originada, así como los usos interpretativos relevantes para subsanar las ambigüedades de los contratos, en definitiva, toda la problemática relativa a la vigencia espacial de las normas jurídicas, el fuero jurisdiccional competente para la resolución de hipotéticas futuras controversias derivadas de la ejecución del contrato perfeccionado así como el lugar en el que deben llevarse a término las prescripciones recogidas en el negocio.

Expuestas estas ideas previas pasamos a analizar el momento y lugar de perfección del contrato.

## 2. Momento de perfección del contrato

Como sabemos la perfección del contrato determina la existencia jurídica del mismo y, por lo tanto, el nacimiento de derechos y obligaciones que desde ese momento son exigibles para las partes contratantes.

Tanto la oferta como la aceptación presentan particularidades en el entorno virtual, aunque mantienen sus características así como los requisitos necesarios para su validez, que siguen siendo los establecidos en sede de contratación privada. Vamos a examinar cada una de ellas.

### A) *La oferta en Internet*

La oferta contractual es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato. La propuesta contractual se ha de emitir con la intención de obligarse, debe realizarse a conciencia de que obliga contractualmente al oferente, con conocimiento de que va a celebrar el contrato que pretende. Este elemento subjetivo se exige de la misma manera en la contratación por Internet, el oferente ofrece sus productos o servicios a través de la red, la diferencia es que aquí

el elemento de la despersonalización está más acusado que en la contratación presencial (13).

En relación con Internet podemos precisar que no toda oferta comercial de un proveedor hecha en este entorno virtual constituye en rigor una declaración de voluntad negocial, ni siquiera en la modalidad de declaración de voluntad no recepticia, es decir, no dirigida a personas determinadas. En estos supuestos, no cabe deducir en principio ninguna consecuencia jurídica para el oferente, sin perjuicio de que tras los oportunos contactos entre las partes, el contrato llegue a materializarse.

Para que verdaderamente nos encontremos ante una oferta vinculante se requiere que esta contenga determinados datos que se consideran fundamentales, como el precio de los productos, el plazo de duración de la oferta y los demás elementos esenciales del contrato (14). De la misma manera que en los demás medios de contratación, en el caso de contratos electrónicos a través de Internet, la oferta ha de ser completa, precisa y definitiva y, debe revelar inequívocamente el propósito del oferente de vincularse contractualmente.

En los contextos electrónicos y, sobre todo en las redes abiertas como Internet, la oferta contractual puede proceder de cualquiera de las partes, tratándose de contratación electrónica interempresarial, la oferta puede provenir tanto de la empresa prestadora de los bienes y servicios como de la empresa cliente y, ello con independencia de que las partes operen en el entorno web o a través del correo electrónico. Si bien, cuando se trata de páginas web es cuando la oferta plantea especiales problemas, ya que en estos casos la oferta de los productos o servicios no suele ir dirigida a unos destinatarios determinados, a diferencia de lo que ocurre cuando la oferta tiene lugar a través de correo electrónico ya que en estos casos el destinatario está perfectamente identificado.

Si la oferta realizada a través de la página web no contiene el dispositivo técnico de aceptación o la misma es incompleta, no nos encontramos ante una verdadera oferta sino ante una mera invitación a contratar (15).

---

(13) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE habla del elemento de la despersonalización de los consentimientos contractuales en su obra: «Las nuevas coordenadas del Derecho de la Contratación», en *Actualidad Civil,* 14/4, 10 de abril de 1994.

(14) Con relación al plazo de duración, el artículo 27.3 de la LSSICE dice: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio». Por otro lado, el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, dice en su artículo 14.1 que: «la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos».

(15) Véase CLEMENTE MEORO, M. E. en «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», en *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 4, 2000, págs. 78 y 79. Es de la misma opinión: ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., en *El comercio electrónico entre empresarios,* Madrid, Edisofer, Libros Jurídicos, 2001, pág. 103, que dice: «Las simples listas de precios, anuncios de productos o servicios o la posesión de una página web, como reclamo publicitario, no significan que exista una oferta en tanto no se especifiquen cuestiones como forma de pago, condiciones de entrega, categorías y clases del producto, plazos de entrega, etc., que permitan una suscripción o aceptación pura o simple de la propuesta, o mientras no se

Por lo que, como señala la doctrina (16), en el caso de páginas web es necesario distinguir entre activas y pasivas. En las primeras la empresa proveedora no se limita a exhibir y publicitar sus productos, sino que promueve la comercialización de los mismos, mientras que las segundas son un espacio o portal de la Red en el que se ubica una oferta genérica que aunque puede llegar a generar ofertas de contratación por parte de la potencial clientela, no constituye en rigor una auténtica oferta ni podemos encuadrarla dentro del concepto legal de publicidad.

Las consecuencias jurídicas que de ello se derivan son distintas en uno y otro caso, ya que mientras en las webs activas la oferta puede producir los efectos jurídicos propios de las declaraciones de voluntad recepticias y, dado su carácter vinculante obligar al oferente a contratar en las condiciones preestablecidas mientras no la revoque, en las de carácter pasivo, la llamada «oferta genérica» implica más que una oferta real una *invitatio ad offerendum*, es decir, invitaciones a los destinatarios a que hagan ofertas que la empresa oferente de los productos podrá aceptar o no. Por lo tanto, tales anuncios no vincularían al oferente por sí solos, sin perjuicio de la posible responsabilidad de este por vulneración de las normas sobre publicidad y competencia desleal.

Por lo tanto, como regla general podemos decir que la existencia de una oferta comercial genérica en una página web, incluyendo el catálogo de productos de una empresa, es una simple actividad de «presencia pública», que no siempre implica una oferta de contrato ni genera ninguna consecuencia jurídica para la empresa en cuestión. No obstante, si el cliente potencial de esta oferta *sui generis* hace el correspondiente pedido electrónico puede generar el proceso de contratación electrónica, dando como resultado si concurre la conformidad de la empresa la efectiva celebración del contrato.

Con relación a las ofertas publicitarias en Internet, hay que dejar claro que la publicidad relativa a un producto o servicio puede ser o no equivalente a una oferta de contrato. Lo será cuando el contenido informativo que aparece en la publicidad haga referencia a todos los elementos esenciales del contrato proyectado, en cuyo caso estamos ante la llamada oferta publicitaria; en otras ocasiones, la publicidad tiene principalmente una función de reclamo y la información que contiene se limita a resaltar las características del producto que inciten al público a contratar, en estos casos la publicidad no puede ser equiparada a la oferta (17).

B) *La aceptación en Internet*

La aceptación de la oferta podemos definirla como una simple manifestación de voluntad por la que el destinatario se muestra conforme con ella. La aceptación en Internet sigue las reglas generales sin perjuicio de ciertas peculiaridades motivadas por la existencia de este entorno virtual. Los requisitos que ha de cumplir la aceptación son los siguientes:

---

articulen mecanismos en la propia web para completar la información que falta mediante links o acceso a las condiciones generales».

(16) Vid. GUISADO MORENO, A., *Formación y perfección del contrato en Internet,* Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 179 y sigs.

(17) Véase SANTOS MORÓN, «Información precontractual. Forma y prueba del contrato», en BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ (coords.), *Curso sobre protección pública de los consumidores,* Madrid, Mc Graw-Hill, 1999, págs. 139 y 140.

1. La exacta correspondencia entre la oferta y la aceptación, de manera que no queden dudas relativas a la intención de contratar y de hacerlo además en los términos establecidos por el oferente.
2. Ha de ser definitiva, pura y simple, excluyéndose la aceptación condicional y la efectuada con reservas.
3. Ha de consistir en una manifestación recepticia, es decir, dirigida al oferente mediante el procedimiento electrónico establecido. Como consecuencia de las particularidades propias del entorno virtual de Internet, en ocasiones la aceptación se remite al oferente por correo electrónico, en otras basta con hacer «click» en la palabra «Aceptar» o similar visualizada en el ordenador.
4. La aceptación ha de efectuarse dentro del plazo establecido en la oferta, ya que el oferente no queda vinculado una vez que se ha producido la caducidad de esta.
5. La aceptación ha de exteriorizarse, bien mediante declaraciones expresas por correo electrónico, mediante los llamados *Clip-wrap agreements* (manifestaciones de voluntad positiva que se evidencia pulsando un determinado enlace, icono o botón en el sistema de información del aceptante), o mediante la descarga explícita (*download*) de un programa. La falta de respuesta no equivale a la aceptación, sin perjuicio del significado y eficacia que la ley confiere al silencio. También cabe la aceptación mediante el consentimiento tácito expresado a través de actos concluyentes *(facta concludentia)* (18), que de la misma manera que en la contratación ordinaria también caben en la contratación electrónica a través de Internet.

También es posible que la aceptación se produzca mediante actos de ejecución del contrato ofertado, normalmente mediante el pago del bien o servicio de acuerdo con lo establecido en la Convención de Viena de 1980 (19). El pago por el aceptante equivale a la aceptación, lo cual es válido tanto en el ámbito de la contratación física como en la contratación electrónica y particularmente en los contratos concluidos mediante redes abiertas como Internet.

C) *Reglas de perfección del contrato*

La determinación del momento en que se produce el consentimiento de las partes y nace el contrato no plantea problemas en la contratación entre presentes o entre ausentes que, pese a la distancia geográfica, puedan comunicarse simultáneamente, como ocurre en la contratación vía telefónica, ya que en tales

(18) La jurisprudencia del TS ha señalado reiteradamente que cabe el consentimiento tácito mediante actos concluyentes cuando el comportamiento de las partes permita inducir objetivamente la existencia del consentimiento. Entre otras, SSTS de 14 de marzo de 1989, 22 de diciembre de 1992, 18 de marzo de 1994, 28 de junio de 1993, 19 de diciembre de 1990, 11 de julio de 1994 y 10 de junio de 2005.

(19) Conforme a lo establecido en el artículo 18.3 de la Convención de Viena: «si en virtud de la oferta de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto…».

supuestos la aceptación oral de la oferta llega inmediatamente al conocimiento del oferente (20).

Por el contrario, la determinación de este momento plantea más dificultades en la contratación por escrito entre personas ausentes ya que en estos casos media un cierto tiempo entre la oferta y la aceptación y el conocimiento de la aceptación por el oferente.

Considero que debemos partir de la idea de que la contratación electrónica es una contratación entre ausentes, ya que los sistemas tecnológicos que se emplean en Internet no proporcionan a los contratantes el mismo grado de inmediatez que se produce en la contratación oral (21).

El artículo 23.1, párrafo 1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, dice: «Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez».

No nos indica la Ley cuándo ha de entenderse prestado el consentimiento, por lo tanto hay que acudir a los artículos 1252 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, que dicen: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido al aceptante no puede ignorarla sin faltar a la buena fe». Por lo tanto, desde que la aceptación llega al equipo electrónico del oferente, hay que entender perfeccionado el contrato, salvo que el oferente acreditase la concurrencia de causas justificativas, que sin faltar a la buena fe, pudiesen acreditar la falta de recepción de la aceptación (22).

En cualquier caso, hasta que el acuerdo de voluntades no se produzca y se manifieste mediante el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato no habrá contrato. Habrá un iter negocial, una preparación del contrato mediante discusiones previas que irán fijando las respectivas posturas de las partes. En Internet este proceso de formación suele ser breve en términos cronológicos, lo que no impide que pueda presentar una cierta complejidad, dependiendo del número de ofertas y contraofertas que hayan de intercambiar las partes hasta culminar en ese acuerdo de voluntades que

---

(20) La STS, de 3 de enero de 1948, dice que la aceptación hecha por teléfono se entiende hecha entre presentes, ya que la distancia entre las partes contratantes es física, pero no temporal. Con esta sentencia se produce la primera quiebra de la dicotomía contratos entre presentes versus contratos entre ausentes, al reconocer que los contratos celebrados por teléfono ponen en contacto inmediato a los contratantes y por lo tanto, no se ajustan bien a la categoría de los contratos entre ausentes. Siguen el mismo criterio las SSTS de 30 de julio de 1996 y de 28 de enero de 2000.

(21) Este es el criterio que sigue nuestra jurisprudencia, la cual establece que los contratos concertados a través del telégrafo, télex, telefax y medios electrónicos, se presume la falta de continuidad de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, entre otras, STS de 31 de mayo de 1993.

(22) La Ley 34/2002 en su Disposición Adicional cuarta modifica los artículos 1262.2 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, acabando con las divergencias que en este ámbito se habían producido entre ambos cuerpos legales y reforzando la seguridad jurídica al seguir alternativamente dos teorías: la del conocimiento, pues hay consentimiento «desde que el oferente conoce la aceptación» y la de la recepción, es decir, hay contrato cuando la aceptación llega al círculo de intereses del oferente, aunque este no tenga aún un conocimiento efectivo pero por las reglas de la buena fe, debería haber conocido la aceptación al afirmar que «desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe».

determina la perfección del contrato. En definitiva, lo habitual será una serie de declaraciones de voluntad electrónicas de contenido negocial que configuran la llamada fase precontractual o tratos preliminares que las partes irán intercambiando hasta concretar definitivamente los términos del contrato sobre los que han de manifestar su consentimiento.

Por su parte, el artículo 54.2 del Código de Comercio (con una redacción similar a la del art. 1262.3 del Código Civil) establece que: «en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

### 3. Lugar de celebración

Como hemos visto, con la entrada en vigor de la LSSICE, se unifica el criterio dispar contenido hasta entonces en los Códigos Civil y de Comercio. El artículo 29 de la mencionada Ley regula esta materia diciendo: «Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que este tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios».

En definitiva, cuando la relación contractual tenga lugar entre una empresa y el consumidor (el llamado negocio Business to Consumer o B2C) el lugar de celebración del contrato será el lugar de residencia del consumidor.

Por otro lado, cuando la relación contractual tenga lugar entre dos empresas (el llamado negocio Business to Business o B2B), el lugar de celebración del contrato será el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la información oferente.

La presunción de la celebración del contrato en la residencia habitual del consumidor es una medida encaminada a proteger más eficazmente ambos derechos.

## V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y PRUEBA

El derecho de desistimiento del cliente en el caso de la contratación electrónica no está regulado expresamente por la LSSICE. No obstante, dado que la contratación electrónica no representa más que un supuesto de contratación a distancia, el cliente contará con el derecho de arrepentimiento que regulan en sus respectivos ámbitos de aplicación, el TRLCU y la LOCM respecto a los contratos a distancia. Por lo tanto, su existencia es debida a la conveniencia de tutelar la libertad de decisión negocial del cliente, permitiéndole reconsiderar su decisión aun después de haber celebrado el contrato y una vez sustraído al especial contexto en que dicho contrato fue celebrado.

Atendiendo a su naturaleza jurídica, considero que nos encontramos ante un verdadero derecho de desistimiento, no se trata de rescisión del contrato ni de resolución de este.

En principio y con carácter general, el cliente dispone de siete días laborables para ejercitar este derecho, dicho plazo se amplía hasta tres meses en caso de que el empresario incumpla las exigencias de información previa, si bien se volverá al plazo general de siete días si en el ínterin el empresario facilita al cliente dicha información. Estos plazos se computan a partir del día de recepción del bien, en

caso de que sea un bien el objeto del contrato o a partir del día de celebración del contrato en caso de que este tenga por objeto la prestación de servicios. Nos encontramos ante plazos de caducidad y no de prescripción de manera que no tienen lugar interrupciones de su transcurso y posteriores reanudaciones.

El ejercicio de este derecho no está sujeto a forma alguna, de manera que en principio podría tener lugar a través de una simple llamada telefónica o de un SMS. Pero considero que la forma más sencilla de hacerlo será la remisión del documento de desistimiento que el empresario ha de facilitar al cliente y que nada impide que circule en soporte electrónico. También cabe el ejercicio de este derecho mediante hechos concluyentes como por ejemplo la devolución del bien objeto del contrato.

Si el consumidor ejercita este derecho, queda desligado del contrato celebrado y su principal consecuencia es la recíproca restitución de las prestaciones realizadas por los contratantes, el cliente ha de devolver el bien y el empresario ha de restituir el precio satisfecho por aquel.

Si el contrato, respecto del que se ejercita el derecho de desistimiento, hubiera sido financiado mediante un crédito concedido al comprador por parte del vendedor o por parte de un tercero, previo acuerdo con el vendedor, el desistimiento por parte del cliente implicará al mismo tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el comprador.

En cuanto a la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, el artículo 24 de la Ley 34/2002 dice: «La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental». Considero que aún cuando la Ley 34/2002 otorga a estos contratos el mismo valor que a los celebrados por cualquier otro medio, es indudable que la constatación del contenido del contrato y la identidad de las partes contratantes reviste una mayor complejidad técnica en el entorno electrónico que en el tráfico presencial.

## VI. LA SEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA FIRMA ELECTRÓNICA

En el ámbito de la contratación electrónica, uno de los principales problemas que se plantean desde el punto de vista jurídico es el de contar con el equivalente a la firma autógrafa en el ámbito de la contratación escrita y justamente ese es el cometido que resulta encomendado a la firma electrónica, la cual es un instrumento seguro de atribución de la emisión de un mensaje por una persona determinada: el titular de la firma. La firma electrónica fue regulada inicialmente por el Real Decreto Legislativo de 17 de septiembre de 1999, y ha sido objeto de nueva regulación por la Ley 50/2003, de 19 de diciembre, que ha sido a su vez modificada por la Ley de 28 de diciembre de 2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Como señala la LEF en su artículo 3.1: «La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados a ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante». Por tanto, con esta expresión designamos el conjunto de datos electrónicos que permiten identificar al autor de una declaración o de un documento realizado por me-

dios electrónicos, del mismo modo que la firma autógrafa permite identificar al firmante y ampara las declaraciones que este efectúe, de la misma manera que esta garantiza la autenticidad, integridad y autoría de un documento electrónico.

La LEF dedica especial atención a la denominada firma electrónica reconocida, la cual, según el artículo 3.4, «tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel».

Para que una firma electrónica reciba la consideración de reconocida debe reunir dos requisitos:

1. En primer lugar, ha de tratarse de una firma electrónica avanzada que es aquella que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control *ex* artículo 3.2 LFE. De manera que estamos ante una firma avanzada cuando los medios para su utilización los mantiene exclusivamente bajo su control el signatario que resulta identificado por medio de la firma.
2. En segundo lugar, ha de tratarse además de una firma reconocida. Recibe tal consideración la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Este certificado reconocido es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad.

En definitiva, se trata de crear una situación de apariencia basada en un sistema de garantías formales y de obligaciones que permite establecer una presunción *iuris tantum* de que un mensaje electrónico ha sido enviado por una persona determinada con las consecuencias que de ello se derivan en orden a su imputación y responsabilidad.

El problema básico consiste en dotar de seguridad a la firma electrónica. En la actualidad, el instrumento técnico adecuado para cumplir con las necesidades de seguridad precisas es el conocido como «firma digital» basado en la utilización de sistemas criptográficos de clave asimétrica.

Debemos indicar también que la prestación de servicios de certificación no está sometida a autorización previa y se realiza en régimen de libre competencia aunque se vincula a un sistema de control y a un régimen de sanciones administrativas. Los prestadores de servicios deben cumplir una serie de obligaciones impuestas en la Ley y están sometidos a determinadas normas especiales de responsabilidad, imponiéndoseles la habilitación de un sistema de garantías mínimas para atender a dicha responsabilidad.

Como novedad de la Ley, destaca la eliminación del Registro de prestadores de servicios de certificación, que ha dado paso al establecimiento de un mero servicio de difusión de información sobre los prestadores que operan en el mercado, las certificaciones de calidad y las características de los productos y servicios con que cuentan para el desarrollo de su actividad.

La DGRN, en Resolución de 8 de octubre de 2005, admite la inscribibilidad de un negocio de compraventa celebrado a distancia mediante remisión telemática de la oferta al Notario autorizante de la escritura de aceptación y traslado por este a soporte a papel. Se presenta en el Registro, en soporte papel copia de escritura de compraventa elaborada de la siguiente forma: un notario autoriza

una escritura de oferta de venta que remite telemáticamente con su certificado de firma electrónica al notario de otro distrito distinto, ante quien se encuentran los aceptantes. Este segundo notario traslada la oferta a soporte papel y la inserta en la escritura de aceptación que él autoriza. Inicialmente la DGRN entiende que más que ante una sola escritura estamos ante dos escrituras, una de oferta de venta y otra de aceptación, comunicada aquella por vía telemática y que unidas perfeccionan un negocio jurídico de compraventa. Este negocio al haberse celebrado automáticamente encaja en el artículo 1262 del Código Civil. La DGRN también considera carentes de apoyo los demás defectos alegados por la Registradora consistentes en que no se haya acreditado que el Notario destinatario de la oferta haya comprobado determinados extremos del certificado de firma electrónica con el que viene signada la escritura de oferta, o en que si el formato electrónico de la copia autorizada electrónica es en soporte *pdf* o *doc* y ello porque lo presentado a calificación es un documento en soporte papel. En cualquier caso y como ya afirmaron las RDGRN, de 13 de septiembre de 2004 y de 11 de noviembre de 2004, a quien compete la apreciación de tales extremos es al Notario destinatario de la copia autorizada electrónica: es él quien asume bajo su responsabilidad las consecuencias inherentes a cualquier error, negligencia o fallo producido en esa comprobación y, por lo tanto, si el notario acreditados tales extremos, entiende que la copia autorizada electrónica que se le ha remitido cumple los requisitos legalmente previstos, deberá proceder a su soporte papel y posterior incorporación a su protocolo (23).

## VII. BIBLIOGRAFÍA


CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M., y MATEU DE ROS, R. (coords.): *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital,* ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 687, 2005.

DÍAZ FRAILE, J. M.: «La documentación electrónica: sus implicaciones jurídicas en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 657, 2000.

DÍEZ BALLESTEROS, J. A.: «Obligaciones precontractuales de información en la contratación electrónica y protección de los consumidores», en *Estudios sobre consumo,* núm. 85, 2008.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 660, 2000.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet,* ed. Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.: «Aspectos fundamentales de la contratación electrónica», en *Comercio Electrónico en Internet* (dirigido por el profesor GÓMEZ SEGADE), ed. Pons, Madrid, 2001.

GALINDO, F.: «La normativa sobre Internet en España», en *Diario La Ley,* núm. 5235, 2001.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.: «Las condiciones generales en la contratación electrónica», en *Diario La Ley,* núm. 5227, 2001.


(23) Doctrina reiterada en RDGRN de 18 de enero de 2006.

García Más, F. J.: «La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 652, 1999.
— «Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 661, 2000.
— «Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro», en *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 55, 2005.
Guisado Moreno, A.: *Formación y perfección del contrato en Internet*» Marcial Pons, Madrid, 2004.
Illescas Ortiz, R.: *Derecho de la contratación electrónica,* Civitas, Madrid, 2009.
Madrid Parra, A.: *Derecho patrimonial y tecnología,* Marcial Pons, Madrid, 2007.
Menéndez Mato, J. C.: *El contrato vía Internet,* J. M. Bosch editor, Barcelona, 2005.
Yáñez Vivero, F.: «Algunas reflexiones acerca de la oferta contractual y la publicidad realizada a través del correo electrónico», en *Libro Homenaje al profesor Amorós Guardiola,* Tomo I, ed. Colegio de Registradores, 2006.

## VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 3 de enero de 1948.
STS de 30 de noviembre de 1981.
STS de 19 de diciembre de 1990.
STS de 30 de noviembre de 1992.
STS de 22 de diciembre de 1992.
STS de 31 de mayo de 1993.
STS de 28 de junio de 1993.
STS de 18 de marzo de 1994.
STS de 11 de julio de 1994.
STS de 30 de julio de 1996.
STS de 3 de noviembre de 1997.
STS de 28 de enero de 2000.
STS de 10 de julio de 2003.
STS de 10 de junio de 2005.
STS de 12 de mayo de 2009.
STS de 15 de julio de 2010.
SAP de Sevilla, de 17 de septiembre de 2010.
RDGRN de 13 de septiembre de 2004.
RDGRN de 11 de noviembre de 2004.
RDGRN de 8 de octubre de 2005.
RDGRN de 18 de enero de 2006.

*RESUMEN*

*CONTRATACIÓN POR INTERNET SOCIEDAD GLOBALIZADA*

*El reciente proceso de globalización ha favorecido la aparición de una nueva*

*ABSTRACT*

*INTERNET CONTRACTS GLOBALIZED SOCIETY*

*The recent globalization process has favoured the appearance of a new*

*concepción de contratación a distancia que se desenvuelve en entornos virtuales abiertos gracias a Internet y demás tecnologías asociadas. En este trabajo estudiamos las particularidades que presenta la contratación por Internet con respecto a la contratación tradicional, examinamos los riesgos inherentes a dicha contratación analizando su concepto, su normativa jurídica y la capacidad de las partes contratantes.*

*Partiendo de la idea de que la contratación electrónica es una contratación entre ausentes interesa determinar en qué momento se entiende perfeccionado el contrato y cuál es el lugar en que se considera concluido, analizamos la ejecución del contrato y su prueba, así como la firma electrónica cuyo problema básico consiste en dotar de seguridad a la firma.*

*concept of distance contracts that take place in virtual environments opened thanks to the Internet and other associated technologies. In this paper we study the special features of contracts made over the Internet in comparison to traditional contracts, we examine the risks inherent in such contracts and we look at the concept of the Internet contract, legislation concerning Internet contracts and the capacity of the parties to the contract.*

*Starting with the idea that e-contracts are contracts concluded between absent parties, it is a point of interest to ascertain at what point in time and space the contract is understood to be concluded. We look at contract performance and proof thereof, and we discuss electronic signatures, whose basic problem is signature security.*

## 1.6. Responsabilidad Civil

### *NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ENTES LOCALES SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PRUEBA INDIVIDUALIZADA DEL RUIDO, ADOPCIÓN DE MEDIDAS SUFICIENTES POR EL AYUNTAMIENTO Y DOCTRINA DEL TEDH SOBRE INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR EN EL ÁMBITO DOMICILIARIO*

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
*Profesora Contratada Doctora*
*del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

*SUMARIO:* I. LA CONTROVERTIDA STC 150/2011: DOS VOTOS PARTICULARES, UNO CONCURRENTE AL FALLO PERO NO A SU ARGUMENTACIÓN, Y OTRO DISCREPANTE TANTO AL FUNDAMENTO COMO AL FALLO, AL QUE SE ADHIEREN DOS MAGISTRADOS MÁS.—II. LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA PERSONALIDAD: EXAMEN DE SU CONTENIDO A LA LUZ DE LAS INMISIONES ACÚSTICAS: 1. El fundamento constitucional de la protección contra el ruido, principios y derechos implicados y la naturaleza mixta del recurso de amparo resuelto por la STC 150/2011, de 29 de septiembre: de la contaminación acústica procedente de la vía pública a las inmisiones ocurridas en el estricto ámbito privado. 2. La intimidad personal y familiar y el Convenio europeo para la

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. 3. LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA POR LOS DAÑOS DIMANANTES DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: REQUISITOS Y PRESUPUESTOS. 4. PRINCIPIOS RECTORES, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA PERSONALIDAD Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA E INMISIONES SONORAS EN EL DOMICILIO PARTICULAR. 5. LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EL TEDH. 6. STC 150/2011 Y LA NEGACIÓN DEL DENOMINADO «DERECHO AL SILENCIO», SEGÚN EL VOTO PARTICULAR DE ARAGÓN REYES: NO EXISTE LA POSIBILIDAD DE AMPLIAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VÍA ARTÍCULO 10.1—III. LA INCIDENCIA DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: POLÍTICAS MEDIOAMBIENTALES Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA—IV. TC Y PRUEBA INDIVIDUALIZADA DEL RUIDO; TRIBUNAL SUPREMO Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN AUNQUE LA ACTIVIDAD DAÑOSA CUENTE CON AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CONDENAS AL ESTADO ESPAÑOL: 1. SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA A JUICIO DEL TC Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS MORENO GÓMEZ Y LÓPEZ OSTRA Y LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN EL TRIBUNAL SUPREMO. 2. DE LAS COMPETENCIAS PROPIAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES AUTÓNOMAS Y DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DAÑOSA, PROBADA E IMPUTABLE AL AYUNTAMIENTO POR LA AUTORRECONOCIDA INCAPACIDAD PARA CONTROLARLO: ARGUMENTOS DE LAS STS DE 19 DE FEBRERO DE 2010 Y LA STC 150/2011, DE 29 DE SEPTIEMBRE—V. CONSIDERACIONES FINALES: INMISIONES ACÚSTICAS, ACCIÓN NEGATORIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

## I. LA CONTROVERTIDA STC 150/2011: DOS VOTOS PARTICULARES, UNO CONCURRENTE AL FALLO PERO NO A SU ARGUMENTACIÓN, Y OTRO DISCREPANTE TANTO AL FUNDAMENTO COMO AL FALLO, AL QUE SE ADHIEREN DOS MAGISTRADOS MÁS

El objeto de estas líneas se centra en la revisión crítica, a la luz de la doctrina y jurisprudencia del TEDH y de la dictada por los Juzgados y Tribunales españoles, del contenido y fundamentación de la sentencia del Tribunal Constitucional número 150/2011, de 29 de septiembre de 2011, resolución que se adivina controvertida tanto por el sentido desestimatorio del fallo como de sus argumentos jurídicos. Dictada en el recurso de amparo 5125/2003, este fue promovido por don Miguel Cuenca Zarzoso respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó su demanda de indemnización contra el Ayuntamiento de Valencia por contaminación acústica de su vivienda en el barrio de San José. En particular, se alegaba una supuesta vulneración de los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio; finalmente, se deniega el amparo por la falta de prueba de los ruidos sufridos por el demandante en su salud y en su domicilio.

Con carácter previo al análisis de la sentencia del pleno, pronunciada siendo Ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS, destaca la presencia de dos votos particulares. El primero de ellos, suscrito por ARAGÓN REYES, niega de forma rotunda el denominado coloquialmente «derecho al silencio» e insta la necesaria rectificación de la doctrina constitucional fijada en la STC 119/2001, de 24 de mayo, en cuanto en esta última se recogía la formulación propiciada por el TEDH sobre la protección de la intimidad personal y familiar ante la presencia de ruido y vibraciones, pese a la denegación del amparo solicitado.

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC, formula el Voto concurrente al discrepar, parcialmente, de la fundamentación jurídica de la sentencia, aunque no del sentido desestimatorio del fallo. Declarando ARAGÓN REYES en su voto particular que, «en suma, en el presente recurso de amparo avocado al Pleno el Tribunal Constitucional, pese a dictar una sentencia desestimatoria, ha desaprovechado la oportunidad de corregir la doctrina, a mi juicio errónea —por las razones que antes he señalado—, sentada por la STC 119/2001 (y reiterada por la STC 16/2004), pues la desestimación del recurso de amparo no debió fundarse en la apreciación de que el recurrente no ha acreditado que haya sufrido una lesión efectiva de los derechos garantizados por los artículos 15 y 18.1 y 2 CE como consecuencia de la saturación acústica en torno a su domicilio, ni que esa pretendida lesión proviniese de la entidad local a la que dirige su reclamación indemnizatoria, sino directamente, y con expresa revisión de nuestra anterior doctrina, por alegarse en el recurso la lesión de un derecho no susceptible de amparo constitucional».

El otro Voto particular que formula ORTEGA ÁLVAREZ, al que se adhieren GAY MONTALVO y PÉREZ VERA, en ejercicio asimismo, de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC discrepa de la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia que deniega el amparo solicitado. En este sentido, alega que «la interpretación realizada, por tanto, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Gómez Moreno del derecho fundamental a la intimidad individual y familiar en el domicilio, implica que, si existen pruebas objetivas proporcionadas por las autoridades públicas de la superación legal de los niveles de contaminación acústica en la zona urbana en la que se sitúa el domicilio de la víctima, esta no está obligada a aportar una prueba individualizada de tal nivel de ruido en el interior de su vivienda. Esta doctrina ha sido posteriormente ratificada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 9 de noviembre de 2010, caso Dees contra Hungría, donde el Tribunal condenó a Hungría por el incumplimiento del artículo 8 del Convenio debido a que el ruido en la calle en la que vivía el solicitante superaba el nivel legal permitido, y aunque el mismo no fue, según un informe de expertos de la Universidad Técnica de Budapest, suficientemente importante para causar los daños denunciados en la casa del recurrente, la situación creó una carga desproporcionada al recurrente, y la condena se debió a que el Estado no cumplió con sus obligaciones derivadas de la ratificación del Convenio a pesar de los esfuerzos por reducir la velocidad y reorganizar el tráfico en el barrio, que sufrió un incremento notable como consecuencia de la introducción de peajes en la autopista cercana (…). Mi discrepancia con la sentencia aprobada por la mayoría del Pleno se fundamenta, por tanto, en que, a pesar de que se recoge el canon de constitucionalidad de la extensión de la protección del derecho a la intimidad individual y familiar a los supuestos de contaminación acústica que afecten a la vida en el interior del domicilio (Fundamento Jurídico 6), la aplicación del mismo resulta contraria al artículo 18 en conexión con el artículo 10.2, ambos de la Constitución y al artículo 8 del Convenio, porque no se realiza de forma completa una interpretación compatible con el artículo 8 del Convenio al no respetarse el estándar mínimo de protección que aquel impone, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exonera de una prueba individualizada en el interior de la vivienda cuando existe una comprobación realizada por las autoridades públicas del exceso de ruido en la zona urbana o calle donde se sitúa la vivienda de la víctima».

## II. LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y DE LA PERSONALIDAD: EXAMEN DE SU CONTENIDO A LA LUZ DE LAS INMISIONES ACÚSTICAS

### 1. El fundamento constitucional de la protección contra el ruido, principios y derechos implicados y la naturaleza mixta del recurso de amparo resuelto por la STC 150/2011, de 29 de septiembre: de la contaminación acústica procedente de la vía pública a las inmisiones ocurridas en el estricto ámbito privado

La presencia de inmisiones acústicas excesivas, involucra a distintos principios rectores constitucionales como pueda ser el derecho a la protección de la salud, en su artículo 43 (1); o la protección del medio ambiente y la obligación de reparar el daño causado, por cuanto «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», de conformidad a las prescripciones del artículo 45. A mayor abundamiento, la contaminación acústica afecta de forma directa al libre desarrollo de la personalidad del artículo décimo párrafo primero.

---

(1) Téngase presente la recientemente aprobada Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ya que contiene varias prescripciones en materia de protección medioambiental. Así en su artículo 12, declara: «1. La vigilancia en salud pública es el conjunto de actividades destinadas a recoger, analizar, interpretar y difundir información relacionada con el estado de la salud de la población y los factores que la condicionan, con el objeto de fundamentar las actuaciones de salud pública. 2. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras autoridades, la vigilancia de salud pública tomará en cuenta, al menos, los siguientes factores: 1.º Los condicionantes sociales y las desigualdades que incidan en la salud con mediciones en el nivel individual y en el poblacional. 2.º *Los riesgos ambientales y sus efectos en la salud, incluida la presencia de los agentes contaminantes en el medio ambiente* y en las personas, así como *el impacto potencial en la salud de la exposición a emisiones electromagnéticas*. (…) 4. Las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades locales asegurarán en el ámbito de sus competencias que los respectivos sistemas de vigilancia en salud pública cumplen en todo momento con las previsiones de esta ley (…)». También el artículo 30 que dice: 1. La sanidad ambiental tiene como funciones la identificación, la evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos para la salud que puedan derivarse de los *condicionantes ambientales; la vigilancia de los factores ambientales de carácter físico, químico o biológico y de las situaciones ambientales que afectan o pueden afectar a la salud; así como la identificación de las políticas de cualquier sector que reducen los riesgos ambientales para la salud.* Adicionalmente, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, modifica el apartado 2 del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que queda redactado de la siguiente manera: «2. La *prestación de salud pública comprende las siguientes actuaciones: a)* La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública. *b)* La defensa de los fines y objetivos de la salud pública que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados. *c)* La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales. *d)* La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones. *e) La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas. f)* La protección y promoción de la sanidad ambiental. *g)* La protección y promoción de la seguridad alimentaria. *h)* La protección y promoción de la salud laboral. *i)* La evaluación de impacto en salud (…)».

Con todo, y a los efectos que se quiere destacar en estas líneas, las molestias sonoras atacan al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, previsto en el artículo 18.1 de nuestra Constitución cuando dice que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (2).

En su virtud, no resulta un exceso afirmar, con la línea jurisprudencial consolidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que este derecho ha cobrado una dimensión acústica (3), de nuevo ratificada por el Tribunal Constitucional español, si bien los rigores probatorios exigidos en el asunto ventilado por la STC 150/2011, ciertamente entorpecen su plena materialización.

En particular, la mencionada STC 150/2011, de 29 de septiembre, circunscribe el ámbito y objeto del recurso en los siguientes términos: «El presente proceso constitucional, a pesar de articularse únicamente por el cauce del artículo 44.1

---

(2) Dice el artículo 9 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, en su redacción dada por la disposición final 2.3 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: Artículo noveno. Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: *a)* El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. *b)* Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. *c)* La indemnización de los daños y perjuicios causados. *d)* La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad. Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado. En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, este podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella. Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

(3) Vid. Talma Charles, «El ruido como daño», en *Derecho de daños, una perspectiva contemporánea,* Perú, 2011, págs. 365 y sigs.; Lozano Cutanda, *Derecho ambiental administrativo,* Madrid, 2005, 5.ª ed., y en particular, *La protección del medio ambiente como bien jurídico,* págs. 25 a 93; Pulido Quecedo, «La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional», en *AJA,* 671, 2005; Cavas Martínez, «Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador», en *AS,* 19, 2004; Alonso García, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica,* Madrid, 1995; Martín-Retortillo, «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, 125, 1991, págs. 319 y sigs.; Martín-Retortillo, «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP,* 115, 1988.

de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tiene como objeto, por un lado, la desestimación por silencio administrativo, luego por resolución expresa, de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente ante el Ayuntamiento de Valencia por los gastos efectuados en su vivienda para impedir la transmisión de ruidos desde el exterior a la misma, fundándose la reclamación en que dicho Ayuntamiento toleraba que los ruidos nocturnos en dicha zona superasen con exceso el número de decibelios permitido en la ordenanza municipal, lo que le produce insomnio y correlativo deterioro de su salud y le priva del pacífico disfrute de su domicilio, por todo lo cual entiende vulnerados sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a lo que denomina intimidad domiciliaria que conecta, a la luz del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) tal como lo interpreta el Tribunal de dicha Convención, con los derechos reconocidos por los artículos 18.1 y 2 CE».

Al tratarse de un recurso de amparo de naturaleza mixta «no solo afecta a la responsabilidad patrimonial dirigida por el vecino contra el Ayuntamiento que se limitó, por cierto, a dejar transcurrir el plazo sin resolver de forma expresa, aplicándose el silencio negativo», sino que también, «tiene por objeto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 20 de junio de 2003, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra los actos administrativos referidos por faltar prueba individualizada del concreto nivel de ruidos percibido en el interior de su vivienda. Achaca a esa sentencia que no habría reparado la lesión causada originariamente por la inactividad administrativa y que habría violado inmediata y directamente sus derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva en diversas vertientes (art. 24 1 y 2 CE) en los términos descritos en los antecedentes».

Sobre la naturaleza del recurso de amparo, la resolución, con excelente técnica, declara que con carácter previo a la sustanciación del fondo del asunto ha de precisarse su objeto, por lo que «esta tarea resulta obligada desde el mismo momento en que el Letrado del Ayuntamiento de Valencia sostiene que, tratándose de un recurso promovido por la vía del artículo 44 LOTC, dirigido por tanto contra actos u omisiones de un órgano judicial, su objeto debe ceñirse a la sentencia impugnada, dejando de lado por tanto la inactividad del Ayuntamiento de Valencia que es la causante originaria de la lesión de los artículos 15 y 18.1 y 2 CE».

Frente a esta argumentación, el Ministerio Fiscal alega que el recurso de amparo «aunque formalmente dirigido contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia valenciano, también se extiende, en su trasfondo, a la impugnación de la resolución administrativa que denegó la reclamación por responsabilidad patrimonial que había formulado el actor contra el Ayuntamiento de Valencia». De dicha argumentación, «se sigue que es un recurso de amparo de los denominados mixtos, pues su objeto comprende igualmente la pasividad de la Administración local en la preservación de los derechos fundamentales protegidos por los artículos 15 y 18.1 y 2 CE».

Finalmente y vistas las alegaciones de la representación del Ayuntamiento y Fiscalía, resuelve la STC aseverando que «esta misma cuestión se planteó en la STC 119/2001, de 24 de mayo, y se resolvió diciendo que «debemos afirmar que nos hallamos ante un recurso de amparo mixto, esto es, planteado tanto frente al Ayuntamiento de Valencia como frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad

Valenciana». Tratándose de asuntos idénticos en lo que aquí interesa, procede acordar lo mismo en este supuesto, de suerte que estamos ante un recurso de amparo dirigido, por un lado, contra la actuación del Ayuntamiento de Valencia, que es el origen inmediato de la pretendida lesión de los artículos 15 y 18.1 y 2 CE y, por otro, contra la sentencia recurrida, de la que derivan directa e inmediatamente las supuestas violaciones del principio de legalidad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (4).

En cuanto al fundamento jurídico cuarto recoge que «concretamente, el demandante denuncia la continua desatención por la Administración municipal de las obligaciones dimanantes de la declaración del área en la que reside como «zona acústicamente saturada», al punto que, siempre según el alegato de la recurrente, la permisividad del Ayuntamiento de Valencia frente al reiterado incumplimiento por los locales de ocio radicados en dicha zona de los ruidos máximos autorizados y de los horarios de cierre representa una auténtica inaplicación del mencionado acuerdo municipal, lo que provoca una degradación del medio ambiente circundante. En este contexto el actor se queja, además de violación de su derecho a la salud (art. 43.1 CE), a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y a una vivienda digna (art. 47 CE), de que la exposición a ese intenso ruido nocturno le produce insomnio, del que se siguen ciertas disfunciones en su salud, y le priva del pacífico disfrute de su domicilio, resultando así lesionados sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (18.1 y 2 CE) conectados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE), en apoyo de todo lo cual alude en su demanda a una serie de elementos de prueba expuestos en los antecedentes».

Por su parte, «el Letrado del Ayuntamiento, sin embargo, entiende que no se ha producido lesión real y efectiva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE). A su juicio, si bien ha quedado acreditado que el nivel sonoro externo en la zona excedía los límites máximos fijados por la ordenanza, el recurrente no ha probado la situación individualizada de su vivienda, que es la que determina los ruidos concretos a los que ha estado expuesto en detrimento de la calidad de su descanso nocturno y del disfrute pacífico de su domicilio. Además, independientemente de lo anterior, la saturación acústica exterior en el barrio de San José no es achacable a la pasividad del Ayuntamiento de Valencia, pues este ha tramitado entre 1997 y 1999 más de cuatrocientos expedientes sancionadores por infracciones relativas a la Ordenanza municipal de ruidos y vibraciones, habiéndose impuesto sanciones de multa por más de treinta y un millones de pesetas y cincuenta sanciones de suspensión de licencia».

Y en cuanto a la Fiscalía, es interesado «el otorgamiento del amparo exclusivamente por vulneración de los artículos 18.1 y 2 CE. Recuerda que la sentencia

(4) Prosigue aseverando que «en primer término las eventuales vulneraciones que serían imputables a la actuación administrativa para efectuar con posterioridad, en su caso, el enjuiciamiento de las lesiones constitucionales imputadas a la resolución judicial (STC 195/2005, de 18 de julio, FJ 2). Esta doctrina, según la cual en los amparos mixtos ha de anteponerse el examen de las quejas deducidas por el cauce del artículo 43 LOTC, es constante en este Tribunal y ha sido confirmada por las SSTC 307/2006, 308/2006, ambas de 23 de octubre, y 338/2006 y 346/2006, ambas de 11 de diciembre. En aplicación de este criterio, y como ya hicimos en el asunto resuelto por la STC 119/2001, hemos de comenzar nuestro estudio por las infracciones constitucionales imputadas al Ayuntamiento, en este caso la vulneración de los artículos 15 y 18.1 y. 2 CE».

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 16 de noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez, después de reiterar su doctrina de que los individuos tienen derecho al respeto de su domicilio (art. 8 CEDH) incluso frente a intromisiones inmateriales como los ruidos, las emisiones o los olores y que el concepto de injerencia no comprende solamente actuaciones positivas de los poderes públicos sino también la ausencia de actividad de la Administración para hacer cesar la violación causada por terceras personas (§§ 53 a 57), afirmó, dando un paso más, que, sin necesidad de acreditar un nivel elevado de ruido en el interior de la vivienda, la excesiva intensidad de la contaminación acústica en la zona, que era reconocida por la declaración municipal de protección, permitía llegar a la conclusión de que se había producido tal intromisión ilegítima. Y que dicha sentencia asimismo apreció que el Ayuntamiento de Valencia incurrió en responsabilidad por omisión, ya que, si bien aprobó una normativa en la que se incluían medidas adecuadas para la resolución de este problema, "toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido". En fin, el Fiscal, considerando en los términos que han quedado indicados en los antecedentes que hay identidad sustancial entre el asunto resuelto por la STEDH, de 16 de noviembre de 2004, y el planteado por este recurso de amparo, opina que la aplicación de aquella doctrina conduce a la concesión del amparo solicitado».

Y es cierto que la STC 150/2011 recoge el contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral según la doctrina constante que protege «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 15 de diciembre, FJ 2). Por su lado, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5) y que se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2 y las resoluciones allí citadas). Por último, este Tribunal ha identificado como «domicilio inviolable» (art. 18.2 CE) el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima (por todas, STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9) y, en consecuencia, el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5)» (5).

En materia probatoria y argumentativa, conviene tener presente las apreciaciones de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 7 de diciembre de 2010, que si bien es cierto que reduce la indemnización por los ruidos ocasio-

(5) Otra sentencia interesante es la dictada por el Juzgado número tres de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza, en la que se condena al Ayuntamiento por dejación de funciones en materia de ruidos provocados por establecimientos abiertos al público sin licencia en una zona declarada acústicamente saturada, de lo que se deduce el reconocimiento de la existencia de un nivel de ruidos de necesaria protección: «el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas oportunas para garantizar a los vecinos el pacífico disfrute de sus domicilios, no desplegando la actividad exigible para evitar situaciones que los vecinos no tiene obligación de soportar, por lo que debe indemnizar a los recurrentes en concepto de responsabilidad patrimonial».

nados por el saxofón del hijo del vecino de 12.000 a 6.000 euros, reconoce tanto el fundamento constitucional y la preceptiva carga probatoria en el supuesto de autos como la doctrina del Tribunal Supremo en lo que a la tolerabilidad de ciertas molestias acústicas procedentes, en principio, de actividades lícitas.

La particularidad que tienen los hechos probados, frente a la sentencia del TC, es que persigue que los ruidos ocasionados por el aprendizaje de un instrumento de viento no tengan que ser soportados por el vecino contiguo a dicha vivienda. Apréciese que, a diferencia de los ruidos denunciados por el vecino de Valencia, las molestias e inmisiones proceden de una única vivienda y afectan a otra; no son generalizados, ni públicos, ni ocurren en la vía pública, ni afectan a una pluralidad de viviendas de forma pública y notoria.

El ponente de la antecitada sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, afirma lo siguiente: «ha quedado perfectamente acreditado, a través de la documentación aportada por el actor que al menos en ocho ocasiones, entre el 3 de marzo de 20056 *(sic)* y el 10 de marzo de 2008, las mediciones de sonido superaron los 40 decibelios establecidos en la Ordenanza Municipal para las horas del día, reflejando las mediciones unas máximas de 44,1; 44,4; 47,2; 47,2; 40; 49,2; 45,6 y 41,7 decibelios, y eso sin contar con las penalizaciones que establece la ordenanza, de entre 1 y 5 decibelios, para los componente tonales y tipo de ruido, debiendo señalarse a estos efectos que los informes emitidos por la Policía Municipal reflejan, además de los datos de denunciante y denunciado las características técnicas del sonómetro utilizado, su homologación, la calibración diaria del equipo empleado, la medición de los niveles sonoros, con descripción del foco, el tiempo de cada medición, ajustándose en todos los casos al tiempo de 10 segundos que exige la normativa, e incluso superándolo en algunos casos, el lugar donde se realiza la medición, si concurrían en cada medición componentes tonales o componentes impulsivas, el tipo de ruido, si continuo, fluctuante o esporádico, así como los datos identificativos de los agentes que verificaron las mediciones, y algunos de los cuales, concretamente los agentes números 769 y 905, declararon en el Juicio en calidad de testigos y corroboraron la veracidad de sus hallazgos ruidosos, como provenientes del domicilio de los demandados, y también se han aportado por el demandante las comunicaciones recibidas del Departamento de Medio Ambiente-Inspección, a raíz de las mediciones efectuadas en las que se califican las conductas denunciadas como generadoras de graves molestias, debiendo destacarse a estos efectos que los testigos que depusieron a instancia de los demandados reconocieron no haber estado en el domicilio del demandante».

Por tanto, a la vista de este resultado probatorio, «debe reputarse suficientemente demostrado que las inmisiones acústicas, derivadas de la utilización de un saxofón en el domicilio de los demandados, por su hijo de corta edad, unos diez años de edad, generaron graves o importantes molestias al demandante, estando demostrado que al menos en ocho ocasiones se superaron con creces los límites de tolerancia al sonido contenidos en la Ordenanza municipal, y esta actividad llevada a cabo en la vivienda de los demandados, a la vista de lo expuesto, carece de cobertura en el Ordenamiento jurídico, pues como ya dijo el Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de abril de 2003 y 28 de enero de 2004, «los ruidos desaforados y persistentes, aunque procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas, dejan de ser admisibles cuando se traspasan determinados límites», siendo estas inmisiones «gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, y comportan atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad perturbado por estas inmisiones». Y es que, aunque la Policía municipal acudió al domicilio en numerosas ocasiones y no en todas se

superaron los límites permitidos en la Ordenanza municipal, al menos en ocho ocasiones estas se superaron con creces, no teniendo obligación el demandante de soportar tales inmisiones y en tal sentido la pretensión principal articulada en la demanda se estima razonable, pues como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 23 de diciembre de 2008, el objeto principal de este tipo de acciones ha de ser, desde luego, «la eliminación de las perturbaciones que rebase el límite de la obligada tolerancia, referido a la propia inmisión, a fin de suprimirla o reconducirla a los límites que han de reputarse como tolerables», siendo criterio predominante entender que debe darse al demandado la opción de elegir el medio que reduzca la inmisión, siempre y cuando evidentemente, consiga tal objetivo» (6).

De lo dicho se sigue que se pueda concluir, que a la intimidad personal se suma también el derecho a la vida y a la integridad física (7) y moral consagrada en el artículo 15 de la Constitución Española, así como el punto segundo del artículo 18 por cuanto declara que «el domicilio es inviolable». Y que, aun cuando en ciertos casos no se ponga en peligro directo la salud de las personas, no cabe duda de que la contaminación acústica afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y, en suma, atenta al derecho a disfrutar de su propio domicilio (8). Y que, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vulneración puede ser no solo material sino también inmaterial (9).

Por tanto, el ruido lesiona la esfera reservada de la persona y atenta contra el derecho constitucional a la intimidad considerado este como derecho de la personalidad (10). De modo que, existiendo un daño de carácter moral y siendo acreditable por alguna de las vías probatorias existentes en Derecho, habrá de ser resarcido, rectificado y compensado por el agente causante.

## 2. La intimidad personal y familiar y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Tradicionalmente, la intimidad personal y familiar ha sido concebida como uno de los derechos de la personalidad cuya naturaleza, además, ha sido reforzada por el constitucionalismo moderno al considerarla integrada entre los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, no solo las Constituciones han

---

(6) También en vía civil, la sentencia de 26 de septiembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Toledo, condena al cese de la actividad de la cría de perros en un núcleo urbano, a la retirada de los galgos en cuestión, así como a una indemnización por el daño producido en la intimidad personal y familiar; la de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 26 de mayo de 2008, también estimatoria parcial de la demanda interpuesta, en cuya virtud declara la existencia de una inmisión acústica ilegítima en la vivienda y condena a la asociación deportiva la realización de las medidas correctoras tendentes a reponer al actor en su derecho.

(7) Téngase presente que el derecho a la salud se encuentra comprendido en la integridad física (STC 35/1996).

(8) Y así lo ha ratificado las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra *vs* España) y de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra *vs* Italia), entre otras.

(9) Caso Moreno contra España.

(10) Vid., Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona,* Madrid, 2011, 17.ª ed., págs. 190 y sigs.

previsto la defensa de este derecho sino que, adicionalmente, ha sido objeto recurrente de contemplación por parte de los textos internacionales (11).

El Convenio Europeo de 1950 recoge en su artículo octavo la protección de este derecho, en los siguientes términos: «8.1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Consecuentemente, los Estados firmantes deben respetar el ámbito privado autorizándose su injerencia activa para hacer cesar cualquier violación causada por terceras personas (12). Precisamente, esta obligación asumida por el Estado español al ratificar el Convenio (13), añadida a la presencia constitucional del artículo décimo que en su párrafo segundo determina que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», exige tener en cuenta el sistema de garantías y control de la aplicación del contenido del Convenio por parte de los Estados firmantes.

En este sentido y a diferencia de otros Tratados y Convenios cuyos mecanismos de control son más laxos y recurren, en su caso, al sistema de informes estatales (14), el Convenio Europeo instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (15). Sus resoluciones han enmendado y condenado a ciertos Estados,

---

(11) Vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica», en *La Ley*, 5.437, 11-12-2001; EVANGELIO LLORCA, «El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona», en *RJN,* julio-septiembre de 2000, págs. 57 y sigs.; MACÍAS, «Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH, en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio», en *AC,* 39, 25 al 31 de octubre de 1999.

(12) Así se pronuncia el TEDH, en la sentencia de la Sección tercera dictada el 16 de noviembre de 2004 en el caso Moreno *versus* España, cuando declara que en «el presente asunto no se trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto del domicilio, sino sobre la inactividad de estas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante (...) En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Estado demandado no cumplió su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, ignorando el artículo 8 del Convenio».

(13) El Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

(14) Es el caso, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 44 determina que «los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario general de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que se hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos».

(15) Dice su artículo 19: «Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen: *a)* una Comisión Europea de Derechos Humanos, denominada, en adelante, "la Comisión"; *b)* un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denominado en adelante "el Tribunal"». En este sentido, si un particular entiende que uno de los Estados miembros que haya ratificado los Protocolos NE 1, 4, 6, y 7, ha violado alguno de los Derechos fundamentales del Convenio,

cuyas fórmulas de actuación no garantizaban el recto cumplimiento y observancia de los derechos instituidos en el Convenio. Y es el caso López Guerra y del asunto Moreno Gómez, ambos contra el Estado español.

Las principales sentencias dictadas en la materia son la de 21 de febrero de 1990 (caso Powell y Rayner contra el Reino Unido), seguida por la que condena al Estado español, dictada el 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España); 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia); 8 de julio de 2003 (caso Hutton contra el Reino Unido); la de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), la sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto Borysiewicz *vs*. Polonia) y, últimamente, la sentencia de 25 de noviembre de 2010 (asunto Mileva y otros *vs*. Hungría), sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asunto Dees *vs*. Hungría) y la sentencia de 20 de mayo de 2010 (asunto Oluic *vs*. Croacia).

Como decimos, serán destacadas las dos en las que se presenta como demandado el Estado español. Ambas tienen como fundamento la conculcación —entre otros— del derecho a la intimidad familiar y personal y, en sendas resoluciones las alegaciones prosperan, condenando al Estado demandado por su inactividad.

En el caso de la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto López Ostra contra España, los hechos denunciados tienen lugar en una localidad de Murcia cuyo Ayuntamiento consiente, a partir de julio de 1988, el funcionamiento sin licencia de una planta de residuos que provocó gases, humos y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas. Pues bien, al mes el Ayuntamiento ordena el cese de una de las actividades de la planta pero consiente que continúe el tratamiento de aguas residuales, cuyas emanaciones impedían la convivencia familiar normal de la que después fue demandante. Tanto la vía de protección de derechos fundamentales, como el recurso de apelación, resultan desestimados pese al informe favorable del Ministerio Fiscal. Por su parte, el Tribunal Constitucional declara inadmisible el recurso de amparo que interpone, por ser, a su juicio, manifiestamente infundado. Finalmente, en octubre de 1993, cinco años después de su instalación, la planta es clausurada en virtud de una denuncia por delito ecológico. En cuanto a la resolución del Tribunal se estiman las alegaciones de la demandante quien «sostuvo que, a pesar del cierre parcial de 9 de septiembre de 1988, la planta continuó despidiendo humos, ruido persistente y fuertes olores, que hizo insufribles las condiciones de vida de su familia y causó serios problemas de salud tanto a ella como a su familia. En relación a esto alegó que su derecho al respeto a su domicilio había sido conculcado».

Por su parte, y en cuanto a la de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), cabe destacar que la demandante vivía en una zona residencial de Valencia en la que, a partir de 1974 se comenzaron a instalar salas de fiestas, bares, pub y discotecas que hacían imposible el descanso de los vecinos. Vistas sus reclamaciones, el Ayuntamiento resolvió que, a partir de 1983 no se autorizarían más licencias de este tipo. Con todo se concedieron nuevas licencias; en 1993, más de diez años después de las primeras quejas, el Ayuntamiento en el informe pericial encargado constató que, en particular, los fines de semana de madrugada el nivel de ruido superaba los 100 decibelios. Por fin, en 1996 aprobó una nueva ordenanza que limitaba a 45 los decibelios y declaraba acústicamente

---

el particular ostenta legitimación activa para denunciar a la Administración pública responsable de dicha violación; ha de tenerse presente además que para acceder a esta vía judicial el particular deberá haber agotado cualquier recurso interno que quepa contra la actuación pública denunciada, teniendo un plazo de seis meses desde la resolución interna firme.

saturada la zona en cuestión. Pese a todo el Ayuntamiento concedió una nueva licencia que posteriormente anuló.

Nuevamente, el Tribunal condena al Estado español al ignorar su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada; efectivamente, en «el presente asunto no trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto al domicilio, sino sobre la inactividad de estas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante».

Téngase en cuenta que, previas al asunto Moreno Gómez, el Tribunal Constitucional español había tenido ocasión de pronunciarse en doctrina claramente contradictoria entre sí. Los dos supuestos más llamativos tenían en común que habían sido dictados en recursos de amparo, fundándose en la ausencia o concurrencia del principio de legalidad que justificase la sanción administrativa por conculcación a las Ordenanzas municipales (16). Pues bien, en una de ellas (17) el Alto Tribunal desestimaba el recurso al entender que la sanción impuesta por el Ayuntamiento al recurrente no violaba el principio de legalidad, toda vez que la potestad sancionadora en materia de ruidos y vibraciones estaba atribuida a los Municipios por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico del año 1972.

En la sentencia dictada unos días después (18), esta vez en la Sala Segunda, se estimaba el recurso interpuesto por el titular de un establecimiento sancionado por el Ayuntamiento de Santander y al que se le había impuesto el cierre, por un mes, del local por los ruidos y molestias generados. En esta ocasión, el Alto tribunal apreciaba que el fundamento de la Ordenanza sustentado en la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, resultaba insuficiente para dar cobertura legal a dicha sanción.

### 3. La reparación integral de la víctima por los daños dimanantes de la inactividad de la Administración: requisitos y presupuestos

Corresponde ahora examinar los presupuestos o elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, según la doctrina constante dictada en la materia por los tribunales españoles. Así puede verse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 1 de julio de 2005, sentencia que, por cierto, contiene este sorprendente fundamento sobre la responsabilidad instada por el particular ante la falta de verificación del Ayuntamiento sobre las medidas correctoras de un establecimiento que producía ruidos y molestias: «no obstante, la Sala debe realizar una moderación de este total por una elemental circunstancia. La cifra de referencia valora la totalidad del día, pues resulta obvio que esa incapacidad permanece, afecta a la persona todo el día. Pero si lo que se trata es de indemnizar, analógicamente los ruidos padecidos en el hogar, lógicamente tendrán que excluirse aquellas horas que se abandona el mismo, pues no

(16) Gracias a las previsiones de la Ley del Ruido, no ha lugar a esta cuestión, o por mejor decir, se ha puesto punto final en este debate, ya que la mencionada norma atribuye competencias en materia de tipificación y sanciones sobre el ruido. Con ello se disipa cualquier duda acerca de la competencia de los Entes locales en la materia, ya que se había puesto en duda en distintas resoluciones judiciales, pese a que así se había determinado en la Ley de Bases del Régimen Local.

(17) STC 14/2004, de 23 de febrero.

(18) STC 25/2004, de 26 de febrero.

se sufre el daño. Y de las ocho horas diarias que se supone dedica toda persona al trabajo, junto con las salidas del hogar por otras causas, lo razonable, ponderado e indiciario es entender que se permanece en el hogar un cincuenta por ciento de las horas de cada jornada, y deberá ser en este porcentaje en el que se module finalmente el total a indemnizar», en virtud de dichas generalidades «indiciarias», reduce la petición de 46.800,65 euros a 23.400,32 euros de indemnización.

Es la pasividad de la Administración local la que estos casos analizados funda la indemnización ante el daño causado (19). La pasividad como forma de funcionamiento anormal de un servicio público es argumento constante en los pronunciamientos más recientes (20). Inactividad que se concreta en la falta de ejecución de la orden de clausura de un local clandestino: «la inejecución del Decreto municipal de clausura ya constituye *per se* una actuación administrativa anómala, pero si a ello se añade la insistencia de los recurrente para que el Ayuntamiento cumpliera con su obligación, arroja como resultado una actuación pasiva e ineficaz» (21).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha tenido ocasión de ventilar la inactividad de un Ayuntamiento, en lo que a la vulneración de la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio de sus vecinos se refiere.

En particular en la sentencia de 28 de mayo de 2009 —resolviendo también la ejecución de la dictada el 10 de diciembre de 2007— declara que «aun habiéndose adoptado por el Ayuntamiento de Calafell, determinadas medidas en orden a poner fin a su inactividad, el cese de la vulneración de derechos fundamentales no ha quedado acreditada en sede de ejecución de la sentencia dictada, que ordenaba la adopción de cuantas medidas fueran necesarias para dicho cese, limitándose al Ayuntamiento de Calafell, según se manifiesta en la sentencia de instancia y resulta de la documental que consta en las actuaciones, a emitir un informe técnico de fecha 17 de marzo acreditativo de una Sección en el Área de Medio Ambiente dedicada al restablecimiento de la legalidad en expedientes de actividades, un Bando Municipal, de fecha 2 de abril de 2008, advirtiendo de las consecuencias derivadas de las posibles infracciones en materia de ruidos, Informe del Jefe de la Policía Local, de 17 de marzo de 2008, de actuaciones

(19) En este sentido, se puede traer a colación el fundamento cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2004, de 23 de febrero, por cuanto declara que «desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos comenzar nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la Constitución española, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la Constitución española».

(20) El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha condenado al Ayuntamiento de Zaragoza a indemnizar a una vecina con 24.000 euros por el ruido de los bares. En suma, la Resolución estima que la Administración local no ha adoptado las medidas oportunas para evitar las molestias dimanantes de ciertos locales de ocio. También ha de ser destacado que en esta sentencia de 21 de diciembre de 2005, la demanda fue interpuesta por la vecina afectada y por una Asociación de Vecinos.

(21) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 1 de abril de 2005.

realizadas sobre la base de denuncias e inspecciones por ruidos en diversos locales de la calle Monturiol con apertura de expedientes sancionadores por posibles infracciones, medidas insuficientes para entender debidamente cumplida la sentencia, al no evidenciarse de las medidas adoptadas, que el nivel de ruidos está dentro de los límites permitidos, no constando ninguna medida que haya comprobado la reducción de los ruidos excesivos o en su caso la adopción de las medidas pertinentes respecto de los locales, que aún siendo objeto de expedientes administrativos, no cumplan la normativa ambiental para evitar la contaminación acústica, medidas que deben orientarse a cesar de forma efectiva y determinante en la vulneración de los derechos fundamentales afectados».

En cuanto a la efectiva realización de un daño, lesión o menoscabo antijurídico, es un requisito que conlleva el resarcimiento de los daños producidos a quienes no tengan el deber legal de soportarlos. En el caso ventilado por la sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de junio de 2005, interpuesto por la defectuosa y prolongada realización de unas obras ferroviarias, pese a que se estima la indemnización interesada, no se compensa la depreciación de las fincas que soportan el paso cercano del ferrocarril «criterio respaldado por la consideración de los sacrificios o cargas generales que impone el interés general» (22). Sentido que también estima la sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2007, ya que aprecia la vulneración del derecho a la intimidad del domicilio por los ruidos procedentes de unas máquinas limpiadoras del Servicio Municipal de Limpieza del Ayuntamiento de Bilbao.

El daño o lesión habrá de ser, consecuentemente, evaluable económicamente e individualizable. Y con estos fundamentos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de junio de 2005, indemniza a un vecino por contaminación acústica dimanante de una «concentración motera», «en el presente supuesto no ofrece duda la realidad efectiva de los daños sufridos por el actor. Que, a la vista de las circunstancias concurrentes acreditadas en el Informe Neurológico obrante en autos sobre su estado de salud y del ruido intolerable que le amenazaba en su propia vivienda durante los días de la concertación a la que se refieren estos antecedentes, se marchó esos días a una pensión distante, acreditándose gastos totales por importe de 28.000 pesetas. E igualmente justa y proporcionada parece a este Tribunal en este caso la reclamación actora de daños morales por importe de 100.000 pesetas. Apreciado un funcionamiento anormal del servicio público así como la concurrencia del nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio público y el daño sufrido por el actor, sin presencia de causa alguna de fuerza mayor accedemos a la solicitada indemnización por conforme a Derecho».

La lesión o daño y el nexo o consecuencia de la actividad o inactividad administrativa: conviene tener presente el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2003 (Sala 1.ª). En ella, y pese a estar afectada una Administración Pública, al no haberse unificado aún las jurisdicciones, condena en vía civil a la empresa titular de la actividad causante de los ruidos y a la Administración

(22) Por lo que a la lesión se refiere, dice la sentencia del Tribunal Constitucional español 119/2001, de 24 de mayo, que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

local al no haber adoptado las medidas preceptivas que de haberlo hecho habrían evitado los perjuicios al particular. Así ratifica los hechos probados de la sentencia de instancia por cuanto declara que «los ruidos tienen la consideración de intolerables a pesar de no haberse practicado la correspondiente prueba por medio de sonómetro… (…) la empresa demandada produce unas molestias por su actividad que no debe sufrir la actora, y, por otro lado que el Ayuntamiento no ha adoptado las medidas que le exige la reglamentación sobre actividades molestas de 1961, razón por la cual deben indemnizar a los demandantes» (23).

La inexistencia de este nexo causal es causa impeditiva de la pretensión resarcitoria, ya que se «exige la concurrencia de una relación inmediata, directa y exclusiva de causa a efecto entre el funcionamiento de la Administración y el daño o lesión» (24). Finalmente, la concurrencia de fuerza mayor sería óbice para que la causa prosperase, añadiéndose por lo que al elemento formal se refiere, la necesaria interposición en tiempo y forma del recurso tras el agotamiento de la vía administrativa (25).

### 4. Principios rectores, Derechos fundamentales y de la personalidad y contaminación acústica e inmisiones sonoras en el domicilio particular

Entre los principios y derechos de los particulares afectados por los ruidos y molestias derivadas de las vibraciones, la protección del principio rector de la política social y económica de la vivienda del artículo 47 (26) no resulta suficiente a los efectos pretendidos por quienes se sientan afectados por inmisiones impeditivas de la convivencia íntima en el núcleo familiar.

Por ello, y en su virtud, resulta necesario apelar a otros fundamentos constitucionales más enérgicos para la protección de los individuos en este ámbito tan íntimo como es el domicilio. Es, en suma, el caso de la intimidad familiar y personal del artículo 18 de nuestra Carta Magna. Además habrá de ser integrado con el derecho a la salud y el eficaz cumplimiento de las obligaciones que pesa sobre las Administraciones.

En materia de ruido y vibraciones, los recursos jurídicos que asisten a los damnificados por las inmisiones excesivas pueden proceder de la vía adminis-

---

(23) Dice, por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de febrero de 2005: «queda acreditado que la continuada producción de ruidos por encima del nivel reglamentariamente permitido ha causado daños a la salud del aquí demandante, en méritos de dictamen pericial médico aportado con el escrito de demanda y no desvirtuado de contrario», en un asunto sobre la inejecución del mantenimiento y corrección de medidas medioambientales de un aparato de climatización.

(24) En este caso que se trae a colación, quien pretendía el resarcimiento era el titular de la actividad incumplidora de los límites impuestos a los agentes acústicos; fue radicalmente desestimada (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de junio de 2005).

(25) Concreta en esta materia Moreno Molina, que será presupuesto necesario la denuncia por parte de los ciudadanos afectados (vid., «Responsabilidad de las Administraciones Locales en supuestos de contaminación acústica», en *Actualidad Administrativa,* 6, 2006).

(26) Este artículo declara que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

trativa, y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por no impedir la persistencia de ruidos y vibraciones no tolerables, como de la vía contenciosa-administrativa después de la desestimación de la anterior, y del amparo constitucional, en su caso.

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, tiene por objeto «prevenir, vigilar y reducir la contaminación acústica, para evitar y reducir los daños que de esta pueden derivarse para la salud humana, los bienes o el medio ambiente», de modo que, esta Ley pretende cumplir el mandato de la Constitución española y proteger la salud y el medio ambiente.

A estos dos principios rectores relativos a la salud y al medio ambiente se añade la protección, entre otros, del libre desarrollo de la personalidad y del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (27), otorgándose, en definitiva, una dimensión acústica a este derecho. A esta intimidad personal se suma también el derecho a la vida y a la integridad física (28) y moral consagrada en el artículo 15 de la Constitución Española, así como el punto segundo del artículo 18 por cuanto declara que «el domicilio es inviolable». En definitiva, aún cuando en ciertos casos no se ponga en peligro la salud de las personas, no cabe duda de que la contaminación acústica afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y, en suma, atenta al derecho a disfrutar de su propio domicilio (29). Y tal y como se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vulneración puede ser no solo material sino también inmaterial, como ya se ha dicho.

Por tanto, el ruido lesiona la esfera reservada de la persona, y atenta contra el derecho constitucional a la intimidad, considerado este como derecho de la personalidad (30). De modo que, existiendo un daño de carácter moral, y siendo acreditable por alguna de las vías probatorias existentes en Derecho, habrá de ser resarcido y compensado por el agente causante (31).

En su virtud y fundado en los mencionados derechos fundamentales, a los particulares les asiste el procedimiento especial para la protección de estos derechos de la persona, previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, en sus artículos 114 a 122. Específicamente cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de septiembre de 2005, en ella y haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004, declara la concurrencia del daño moral ante el incumplimiento de las medidas correctoras que competen

---

(27) Artículo 18.1 de la Constitución: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»; vid. el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

(28) Téngase presente que el derecho a la salud se encuentra comprendido en la integridad física (sentencia del Tribunal Constitucional 35/1996).

(29) Y así lo han ratificado las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra *vs.* España), y de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra *vs.* Italia), entre otras.

(30) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General, y Derecho de la Persona,* cit.

(31) Sobre el daño moral, vid., MARCOS AYARZUN, *Reparación integral del daño: el daño moral,* Barcelona, 2002; GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia,* Barcelona, 1990; GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ACD*, 1972, págs. 799 y sigs.; ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», en *ADC*, 1966, págs. 81 y sigs.

al Ayuntamiento que no impidió la persistencia de la actividad de un bar que producía ruidos excesivos y molestos.

Sentido también acogido por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003, que condena al Municipio por la «pasividad reprochable al Ayuntamiento porque, a pesar de la propuesta del instructor (…) no consta que el Ayuntamiento adoptara las medidas cautelares que le fueron solicitadas»; declarando el juzgador que «se vulneró el derecho fundamental de la recurrente a la inviolabilidad de su domicilio».

También en otro procedimiento especial seguido por vulneración de derechos fundamentales, resultó condenado otro Ayuntamiento que además había desestimado la petición resarcitoria de los vecinos en vía administrativa. En el caso de autos constan probadas las continuas molestias por los ruidos y vibraciones originados en unas cervecerías que incumplían los horarios. Declara el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 2002: «que la razón de la lesión de los derechos fundamentales en que se basa la sentencia se ubica no en cada una de las decisiones aisladas de la Administración, sino en la actitud general que se expresa en el conjunto de ellas, las cuales son examinadas con minuciosidad por la sentencia, sin que la conclusión vulneradora de los derechos fundamentales fluya del hecho objetivo de la mera existencia de unas ilegalidades, sino de la circunstancia añadida de que de ello deduce la sentencia la prueba suficiente de una postura habitual de pasividad o, mejor, de actividad insuficiente de la Administración que a su vez produce, sumado, el efecto final de lesionar aquellos derechos».

## 5. La revocación de la doctrina constitucional española y el TEDH

Las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional español en esta materia, previas a la Resolución de 16 de noviembre de 2004, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenían doctrina claramente contradictoria. En los dos supuestos más llamativos, ambos dictados en recurso de amparo fundándose en la ausencia o concurrencia del principio de legalidad que justificase la sanción administrativa por conculcación a las Ordenanzas municipales (32), una de ellas desestimaba el recurso de amparo al entender (33) que la sanción impuesta al recurrente por el Ayuntamiento de Gijón no violaba el principio de legalidad, toda vez que la potestad sancionadora en materia de ruidos y vibraciones estaba atribuida por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972.

Por su parte, en la sentencia dictada unos días después (34), pronunciada esta vez en la Sala Segunda, se estima el recurso interpuesto por el titular de un establecimiento sancionado por el Ayuntamiento de Santander con el cierre del local ruido por un mes. En esta ocasión, el Alto tribunal estima que el fun-

---

(32) Téngase presente, como ya se ha dicho, que gracias a las previsiones de la Ley del Ruido, no ha lugar a esta cuestión o, por mejor decir, se ha puesto punto final en este debate ya que la mencionada norma atribuye competencias en materia de tipificación y sanciones sobre el ruido. Con ello se disipa cualquier duda acerca de la competencia de los Entes locales en la materia ya que pese a que así se había determinado en la Ley de Bases del Régimen Local, se había cuestionado en distintas resoluciones judiciales.

(33) Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 14/2004, de 23 de febrero.

(34) Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 25/2004, de 26 de febrero.

damento de la Ordenanza sustentado en la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana resultaba insuficiente.

Finalmente y aún resuelta la anterior contradicción señalada, hemos de destacar que en virtud de la obligación asumida por el Estado español al ratificar el Convenio de Derechos Humanos (35), añadida a la presencia constitucional del artículo décimo, que en su párrafo segundo determina que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», los efectos positivos ya se han dejado sentir.

De modo que con dichos antecedentes, y mediando la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2004, en el asunto Moreno Gómez contra España, este Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha forzado una rectificación de la línea jurisprudencial sostenida por el Constitucional español (36). Así y en justa consecuencia fue estimado el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Providencia de inadmisión de amparo de un particular fundado en la infracción del derecho a su vida privada y familiar en un asunto sobre contaminación en una zona acústicamente saturada (37). Y por ello las expectativas depositadas en la ahora STC 150/2011 han concluido esta etapa en vía sumaria.

### 6. STC 150/2011 y la negación del denominado «derecho al silencio», según el voto particular de Aragón Reyes: no existe la posibilidad de ampliar los derechos fundamentales vía artículo 10.1

Como ya se ha dicho, la STC 150/2011 del pleno, pronunciada siendo Ponente Rodríguez Arribas, contiene dos votos particulares. El primero de ellos, suscrito por Aragón Reyes, niega rotundamente el denominado coloquialmente «derecho al silencio» e insta la necesidad de rectificar la doctrina constitucional fijada en la STC 119/2011.

Dice así: «Mi discrepancia se centra en los fundamentos jurídicos quinto a noveno de la sentencia, esto es, en la interpretación que se realiza sobre el contenido de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio

(35) El Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

(36) Esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2004, condena al Estado español, ante la permisividad del Ayuntamiento y la proliferación de locales de ocio pese a estar emplazados en una zona acústicamente saturada. Dice la sentencia que: «en el presente asunto no se trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto al domicilio, sino sobre la inactividad de estas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante (...) la Administración toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido. Una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos. Los hechos demuestran que la demandante sufrió una vulneración grave de su derecho al respeto del domicilio debida a la pasividad de la Administración frente al ruido nocturno».

(37) Auto 37/2005, de 31 de enero.

(art. 18.2 CE), en relación con el asunto enjuiciado en el recurso de amparo (una reclamación de responsabilidad patrimonial a una entidad local por los daños físicos y morales sufridos por el recurrente por el exceso de ruidos en la zona en que se encuentra ubicada su vivienda y por los gastos efectuados en esta para intentar su aislamiento acústico). La sentencia de la que respetuosamente discrepo en cuanto a su fundamentación jurídica, en los términos señalados, parte de la premisa de aplicar la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 119/2001, de 24 de mayo (y reiterada en STC 16/2004, de 23 de febrero) —doctrina a mi juicio desacertada, por las razones que seguidamente expondré— que a su vez asume acríticamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se determina que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, en relación con el disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales».

De modo que: «partiendo de esta premisa, la sentencia afirma que una exposición prolongada a niveles intensos de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario (art. 18.1 y 2 CE), en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida, y ello sin perjuicio de que, además, pueda apreciarse la vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) si esa exposición continuada a ruidos intensos pone en grave peligro la salud de las personas (lesión esta sobre la que tanto las SSTC 119/2001 y 16/2004 como la sentencia de cuya fundamentación jurídica discrepo se pronuncian a mero título de hipótesis, sin apreciar su concurrencia en el caso concreto, en lo que coincido, sin perjuicio de advertir que, a mi entender, resulta cuanto menos discutible que un bien jurídico como la salud, configurado como un principio rector por el artículo 43.1 CE, pueda alcanzar protección mediante recurso de amparo ante este Tribunal a través de una muy difícil extensión del contenido o alcance del derecho fundamental a la integridad física y moral, dado el ámbito muy preciso de este derecho tal como está constitucionalmente definido). No obstante la premisa de que se parte, y al igual que en el asunto resuelto por la citada STC 119/2001, la sentencia que ahora pronunciamos y de la que discrepo, concluye desestimando el recurso de amparo por entender que el recurrente no acredita haber padecido una saturación acústica en su domicilio productora de la correspondiente lesión efectiva de los derechos garantizados por los artículos 15 y 18.1 y 2 CE, ni tampoco que esa pretendida lesión provenga de la entidad local a la que dirige su reclamación indemnizatoria, razones que, según la sentencia, diferencian el presente asunto del resuelto con condena a España por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004, caso Moreno Gómez».

En definitiva, «nuestra sentencia debió llegar, efectivamente, a un fallo desestimatorio, pero partiendo de una fundamentación jurídica diferente, que implicase la rectificación de la doctrina sentada en la citada STC 119/2001».

En resumidas cuentas, «puede concluirse que el artículo 8.1 CEDH (interpretado en el sentido expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) asegura un derecho subjetivo por parte de los ciudadanos españoles (ya que ese derecho forma parte del ordenamiento español *ex* art. 96.1 CE) a la vida privada en el domicilio (que incluye el derecho a reaccionar frente

al exceso de ruido ambiental que afecte gravemente al bienestar en el disfrute del domicilio), y que ese derecho debe ser garantizado por los Jueces y Tribunales ordinarios, pero no existe un «derecho fundamental al silencio» que pueda ser tutelado por el Tribunal Constitucional en amparo, por lo que la sentencia de cuya fundamentación jurídica discrepo debió desestimar el recurso de amparo por este motivo, esto es, por alegarse en el recurso la lesión de un derecho no susceptible de amparo constitucional».

## III. LA INCIDENCIA DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: POLÍTICAS MEDIOAMBIENTALES Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

En el caso del Estado español, la Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (38), fue transpuesta mediante Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, si bien y como destaca la Exposición de Motivos, su finalidad y objeto quieren ser más amplios que la propia norma comunitaria, toda vez que no solo aborda el ruido sino íntegramente la contaminación acústica.

Sabido es que el ámbito de aplicación de la norma somete a sus prescripciones a «todos los emisores acústicos, ya sean de titularidad pública o privada, así como las edificaciones en su calidad de receptores acústicos». De modo que se excluyen los emisores acústicos cuando estos provengan de: «*a)* las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquellos se mantenga dentro de los límites tolerables de conformidad con las ordenanzas y los usos locales; *b)* Las actividades militares, que se regirán por su legislación específica, y *c)* La actividad laboral, respecto de la contaminación acústica producida por esta en el correspondiente lugar de trabajo, que se regirá por lo dispuesto en la legislación laboral» (39).

---

(38) «Artículo primero. Objetivos. La presente Directiva tiene por objeto establecer un enfoque común destinado a evitar, prevenir o reducir con carácter prioritario los efectos nocivos, incluyendo las molestias, de la exposición al ruido ambiental. Con este fin, se aplicarán progresivamente las medidas siguientes: *a)* La determinación de la exposición al ruido ambiental, mediante la elaboración de mapas de ruidos según métodos de evaluación comunes a los Estados miembros. *b)* Poner a disposición de la población la información sobre ruido ambiental y sus efectos. *c)* La adopción de planes de acción por los Estados miembros, tomando como base los resultados de los mapas de ruidos, con vistas a prevenir y reducir el ruido ambiental siempre que sea necesario y, en particular, cuando los niveles de exposición puedan tener efectos nocivos en la salud humana, y a mantener la calidad del entorno acústico cuando esta sea satisfactoria. 2. Asimismo, la presente Directiva tiene por objeto sentar unas bases que permitan elaborar medidas comunitarias para reducir los ruidos emitidos por las principales fuentes, en particular vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y máquinas móviles. Con este fin, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 18 de julio de 2006 las propuestas legislativas oportunas. Dichas propuestas deberían tener en cuenta los resultados del informe a que se refiere el apartado 1 del artículo 10».

(39) En este punto coincide con la Directiva 2002/49 CE por cuanto esta declara excluidos de su ámbito de aplicación, en su artículo segundo, punto segundo, el «ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el lugar del trabajo ni en el interior de medios de transporte, así como tampoco a los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares».

Es decir, aquellas inmisiones que, aun teniendo su origen en los comportamientos vecinales y en actividades de carácter doméstico, puedan ser calificadas como excesivas por superar los límites señalados en las directrices municipales, estarán plenamente sometidas a las prescripciones de la Ley del Ruido (40).

El abuso en la tolerabilidad de las naturales molestias vecinales estará marcado por las Ordenanzas de cada entidad municipal, tal y como determina el artículo 28.5 cuando dice que estas «podrán tipificar infracciones en relación con: *a)* El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias; *b)* El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales». Precepto ratificado, como no podía ser de otra manera, en el desarrollo reglamentario aprobado por el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, en su artículo segundo. De lo dicho se sigue que sobre los Ayuntamientos pesa la regulación de los límites ordinarios y la tipificación de su exceso (41).

En cuanto a las actividades no domésticas, también pesa sobre la Administración local la concesión de licencias de apertura (42); en particular será de aplicación el artículo tercero del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por cuanto define como molestas aquellas «actividades que constituyan una incomodidad por los *ruidos o vibraciones* o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen».

De lo dicho se sigue que las políticas de la Unión han impulsado activamente la lucha contra el ruido y el legislador español ha procurado transponer e, incluso, ampliar la Directiva comunitaria. Sin embargo también es cierta la dispersión normativa, de medios y recursos a disposición de la víctima en función del origen, la calificación del agente causante y la tipificación de la conducta dañosa, dato al que se añade el relevante peso atribuido a los entes municipales. De modo tal que el panorama se presenta incierto, teniendo en cuenta que lo que se pretende es evitar la conculcación de un derecho de rango constitucional.

---

(40) Su Exposición de Motivos aclara que «en particular, interesa justificar la exclusión del alcance de la Ley de la contaminación acústica originada en la práctica de actividades domésticas o en las relaciones de vecindad, siempre y cuando no exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. En la tradición jurídica española y de otros países de nuestro entorno más próximo, las relaciones de vecindad se han venido aplicando a todo tipo de inmisiones, incluidas las sonoras, un criterio de razonabilidad que se vincula a las prácticas consuetudinarias de lugar. Parece ajeno al propósito de esta Ley alterar este régimen de relaciones vecinales, consolidado a lo largo de siglos de aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que el contenido de esta ley en nada modifica la plena vigencia de los tradicionales principios de convivencia vecinal».

(41) No resulta suficiente que se limiten ciertas actividades mediante bando, ya que como ratifica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Resolución de 6 de junio de 2005, «la regulación de la examinada concentración de personas y motocicletas en El Puerto de Santa María, con ocasión de la celebración en Jerez de la Frontera del Gran Premio de Motociclismo, así como la analizada contaminación acústica con tal motivo generada, han de ser objeto de actuación municipal, mediante la aprobación de la correspondiente ordenanza».

(42) Vid. NIETO NÚÑEZ, «Actividades clasificadas y medio ambiente», en *Protección administrativa del medio ambiente,* Madrid, 1995, págs. 267 y sigs.; sobre la contaminación sonora y sus efectos sobre la salud, págs. 280 y sigs.

## IV. TC Y PRUEBA INDIVIDUALIZADA DEL RUIDO; TRIBUNAL SUPREMO Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN AUNQUE LA ACTIVIDAD DAÑOSA CUENTE CON AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CONDENAS AL ESTADO ESPAÑOL

### 1. Sobre la insuficiencia de la prueba a juicio del TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Moreno Gómez y López Ostra y la responsabilidad por contaminación acústica en el Tribunal Supremo

La STC 150/2011, de 29 de septiembre, habla por sí misma y en este sentido, solo cabe reproducir sus argumentos. Así, dice en su Fundamento jurídico noveno: «para que se reputasen lesionados los derechos fundamentales invocados no habría bastado con acreditar una merma relevante en la salud o en la intimidad personal o familiar del actor, sino que junto a ello sería necesario que la misma fuese imputable a la acción u omisión de un poder público. Adviértase, en ese sentido, que la propia STEDH, de 16 de noviembre de 2004 (…), puso un gran énfasis en la tolerancia del Ayuntamiento de Valencia con el incumplimiento de las medidas mitigadoras del ruido que él mismo había aprobado, hasta el punto que de no haber concurrido esa pasividad se deduce con claridad que no habría declarado al Ayuntamiento responsable del daño y, por tanto, tampoco la existencia de la lesión de los derechos fundamentales invocados».

«Por ello, aun en la hipótesis de que en este caso se hubiese acreditado una molestia a la salud o a la intimidad del actor, este solo sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida en que, por no haber desplegado la actividad que le fuera exigible, pudiera afirmarse que hizo dejación de su posición de garante de los derechos de los vecinos. A esto hay que añadir que es a la víctima de la injerencia a quien correspondería acreditar debidamente este segundo requisito en el procedimiento correspondiente, pues la ausencia de esfuerzos adecuados por parte de la autoridad pública orientados a preservar el ámbito propio de los derechos fundamentales invocados, incluso frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada, es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad que reclama».

«Pues bien, ha de tenerse presente que la señora Moreno Gómez registró su reclamación de responsabilidad patrimonial el 21 de agosto de 1997, apenas seis meses después de la declaración de zona acústicamente saturada realizada por acuerdo plenario de 27 de diciembre de 1996, mientras que el actor lo hizo el 14 de junio de 1999, cuando el Ayuntamiento ya llevaba dos años y medio tomando medidas positivas contra el exceso de emisiones sonoras en esa zona en cumplimiento de aquella declaración. Así, como se detalló extensamente en el antecedente segundo, consta en el expediente administrativo que entre 1997 y 1999 el Ayuntamiento tramitó en el barrio de San José más de cuatrocientos expedientes sancionadores por infracciones a la Ley autonómica 2/1991, de 18 de febrero, de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas, motivados por incumplimientos de las obligaciones generales de la ordenanza y de las especiales impuestas por acuerdo plenario que lo declaró zona acústicamente saturada. Muchos de ellos fueron archivados luego que el Ayuntamiento comprobó que los hechos denunciados eran legales, no resultando del expediente administrativo, ni del judicial, ni tampoco en este proceso de amparo que esas decisiones administrativas de archivo fueran anuladas jurisdiccionalmente. Otros, sin embargo, dieron lugar a sanciones, habiéndose impuesto por esta causa

multas por un montante de 31.735.000 pesetas y 50 sanciones de suspensión de licencia».

Sigue la STC aseverando que «es cierto, como resulta de los informes municipales de 1 de abril de 1998 y de 28 de marzo de 2000, acompañados a la demanda como documentos 70 y 71, que tras la entrada en vigor de la declaración de zona acústicamente saturada continúan superándose de jueves a domingo los niveles de perturbación por ruido en horario nocturno fijados en la ordenanza, si bien se ha logrado constreñirlos al lapso horario entre las 22 horas y las 3 de la madrugada. Pero también lo es que el Ayuntamiento, como consecuencia de ello y usando los instrumentos que le brinda la propia ordenanza, ha mantenido la declaración de zona acústicamente saturada y ha asociado a esta un régimen particularmente restrictivo que no se aplica al resto de la ciudad. En fin, de acuerdo a los datos que obran en los expedientes administrativo y judicial, el Ayuntamiento, lejos de mantenerse inactivo frente al incumplimiento reiterado del régimen especial que ella misma había establecido, usó entre los años 1997 y 1999 todas las facultades que la normativa le atribuía para reducir el excesivo nivel de ruido existente en la zona y ajustarlo a los umbrales previstos con carácter general por la ordenanza».

«Estas circunstancias fácticas ponen de relieve que en el supuesto de hecho que enjuiciamos, aun en la hipótesis de que se hubiese acreditado una afectación a la salud o a la intimidad personal o familiar del actor, esta no sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida en que el demandante no ha acreditado que el exceso sonoro sea consecuencia de una omisión imputable a la corporación municipal, limitándose a presentar testimonio de diversas denuncias, a su juicio desatendidas, interpuestas por otros vecinos. Por el contrario, de los antecedentes de hecho se desprende que, entre la fecha de aprobación de la declaración de zona acústicamente saturada y la de interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial por el actor, la corporación municipal no solo desarrolló una actividad inspectora y sancionadora relevante sobre los establecimientos de ocio nocturno que ha conducido a la apertura de más de cuatrocientos expedientes sancionadores y a la imposición tanto de cuantiosas sanciones económicas como de cincuenta sanciones de suspensión de licencia, todo ello para una cifra de ochenta establecimientos abiertos al público al inicio del periodo, sino que, además, no autorizó ninguna nueva actividad, desapareciendo incluso alguna de las existentes».

Con todo, sobre la acreditación y carga de la prueba, cabría traer a colación otros argumentos que aplican la inversión de la carga de probar la inocuidad o no de la injerencia, caso de que la acción elegida hubiese sido la real (43) y no la contenciosa-administrativa (44). También cabe reseñar parte de la constante línea jurisprudencial de otros Tribunales Superiores de

(43) Cabe mencionar la sentencia de 6 de octubre de 2008, de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el ejercicio de acción negatoria de inmisiones sonoras y de resarcimiento del daño causado por estas, no tanto por la prueba del ruido emanado de una estudiante de cuarto curso de piano, sino porque de la testifical se evidencia que única y exclusivamente molesta a los demandantes y, que en todo caso, ni tocan el piano a horas intempestivas ni la música puede entenderse como insoportable.

(44) Vid. EGEA FERNÁNDEZ, «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario de la STC 119/2001)», en *Derecho Privado y Constitución*, 15, 2001, págs. 104 a 105.

Justicia, estimatorios de las pretensiones resarcitorias de los damnificados por las inmisiones acústicas, dada la ausencia declarada de actividad del Ayuntamiento demandado para evitar la producción de ruidos y molestias de un local de ocio, como sucede en los hechos ventilados por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 19 de mayo de 2009; en idéntico sentido se pronuncia también la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo de Pamplona, de 31 de julio de 2009, o la de los juzgados de lo contencioso-administrativo de Sevilla, de 7 de julio de 2008, condenatoria del Ayuntamiento dados los daños ocasionados por la persistencia de los ruidos y molestias procedentes del «botellón».

Por su parte y como resolución judicial de contraste, vamos a traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2007, que estima procedente la responsabilidad por contaminación acústica e improcedente, por el contrario, la contaminación estética o visual por ser el paisaje un bien colectivo no susceptible de constituir el objeto de un derecho subjetivo.

El supuesto fáctico se remonta al litigio promovido por dos hermanos, titulares dominicales de sendas viviendas y copropietarios de un terreno en las proximidades de un viaducto, contra la empresa siderúrgica a la que tal viaducto servía para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías de Asturias.

El fundamento jurídico de la demanda, sustentada en los artículos 1902 y 1908 del Código Civil, era la declaración de su derecho a ser indemnizados «por la depreciación de sus propiedades, debida tanto a la ejecución como al resultado y destino de las obras del viaducto ejecutadas por cuenta de la demandada, en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por el daño moral ocasionado por las mismas obras y por su explotación después de concluidas, igualmente en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; y la condena de la demandada a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando o reduciendo en lo posible los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida».

En la resolución se recapitulaba la línea jurisprudencial del TEDH y, en este sentido, declaraba lo siguiente: «Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994 (núm. 1994/496, caso López Ostra contra el reino de España) acordó una indemnización de 4.000.000 de ptas. a favor de la demandante por el daño moral (…) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indemnizaba a la recurrente después de que sus pretensiones, fundadas en la vulneración de derechos fundamentales, hubieran sido desestimadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido su recurso de amparo (…) La sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia, núm. 1998/875) dio un paso más en la relación de los daños y peligros medioambientales con la vulneración de los derechos fundamentales, pues al examinar los perjuicios causados a cuarenta personas que residían a un kilómetro de una industria química de alto riesgo, apreciaba también una reprochable inactividad de las autoridades del estado demandado reproduciendo la doctrina del caso López Ostra. Y la sentencia de 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido, caso del aeropuerto de Heathrow, núm. 2001/567) centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad pero añadiendo dos consideraciones de

importancia capital: primera, que "en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para imponerse sobre los derechos de los demás"; y segunda, que "debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos gravosa para los derechos humanos"».

Sigue recogiendo que «ya en un asunto que sí afectaba a España, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra el reino de España) abordó el caso de una ciudadana de Valencia que se decía asediada por el ruido de los locales de diversión nocturna de la zona en que vivía. Su pretensión indemnizatoria frente al Ayuntamiento había sido rechazada por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, e impetrado amparo ante el Tribunal Constitucional, este se lo había denegado en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo, que si ciertamente procedía a una expresa recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, consideraba sin embargo que la demandante de amparo no había conseguido probar debidamente los daños y perjuicios justificativos de aquella pretensión indemnizatoria. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, además de insistir en su línea interpretativa del artículo 8.1 del Convenio sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, estima el recurso por considerar "innegable" el ruido nocturno que venía soportando la demandante durante varios años, sobre todo durante el fin de semana, y razona que "exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario" (parágrafo 59). Por lo que se refiere a las medidas administrativas adoptadas al respecto, que en el caso había sido una ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, el Tribunal declara que "una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos"».

Y aseveraba, como ya habíamos hecho en nuestros trabajos antecedentes, «la repercusión práctica de esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional fue inmediata, pues este último, tras haber inadmitido por providencia un recurso de amparo muy similar al de la señora Moreno Gómez, dictó el Auto 37/2005, de 31 de enero, estimatorio del recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal». Siendo precisamente este supuesto el que ahora y, de nuevo, desestima el Tribunal Constitucional español, por lo que habrá que estarse a la decisión que adopte el particular sobre su derecho a impetrar la tutela del TEDH y, a su vez, de la resolución judicial que, en su caso, pueda dictarse.

La sentencia del Tribunal Supremo proseguía con los siguientes argumentos: «Pero ya antes el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2004, de 23 de febrero, había desestimado el recurso de amparo del titular de un local tipo pub contra la sanción impuesta por el Ayuntamiento con base en una Ordenanza sobre protección contra la contaminación acústica, sanción confirmada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al apreciarse que dicha Ordenanza tenía cobertura tanto en el Reglamento de 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de

Protección del Ambiente Atmosférico. Se razona en esta sentencia sobre la "nueva realidad" de "los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada"; se constata que a esa nueva realidad ha sido sensible la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; se destaca la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se declara que "el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos"; y en fin, se concluye que aunque la Ordenanza municipal no podía tener cobertura legal en el Reglamento de 1961, sí la tenía, en cambio, en la Ley de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico».

### 2. De las competencias propias de las entidades territoriales autónomas y de la acción u omisión dañosa, probada e imputable al Ayuntamiento por la autorreconocida incapacidad para controlarlo: argumentos STS de 19 de febrero de 2010 y la STC 150/2011, de 29 de septiembre

La sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2010, desestima la responsabilidad civil extracontractual por las inmisiones sonoras y electromagnéticas de un transformador de energía eléctrica situado en los bajos de un edificio, sustentándose en la ausencia de prueba y la regulación de las condiciones que hacen admisible la exposición electromagnética.

En este asunto, interpuesta la casación por las compañías demandadas, se estima dicho recurso por defectos en la apreciación de la prueba y hace suyo el pronunciamiento de instancia en que se absolvía a dichas entidades mercantiles. El asunto trae causa de la demanda interpuesta por unos particulares a Iberdrola con la intención de que se dicte sentencia ordenado la retirada de un transformador. En instancia las pretensiones de la parte actora fueron desestimadas, no así en apelación en que, como decimos, se dictó sentencia favorable parcialmente a sus pretensiones, estimándose procedente la retirada del generador, sin apreciar que correspondiera indemnización por daños ni por la depreciación de la vivienda.

Apréciese la diferencia de argumentación con la STC 150/2011, de 29 de septiembre, toda vez que en casación si no se estima procedente la indemnización es ante la ausencia de prueba que acredite la correlación entre daños e inmisiones electromagnéticas. En casación se revoca la sentencia de apelación, alegando lo siguiente: «la protección de la salud pública debe prevalecer de forma incontestable sobre otras consideraciones económicas por más que supongan innovaciones decisivas para procurar su desarrollo y ello exige, como recoge la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, que sea absolutamente necesaria la protección de los Ciudadanos contra los efectos nocivos para la salud que se sabe puedan resultar de la exposición a cambios electromagnéticos. Ahora bien, ni desde la perspectiva de la existencia de un riesgo confirmado por la evidencia científica, que haga evidente no solo la aplicación del principio de precaución, sino la adopción inmediata de las medidas necesarias para el control del riesgo, ni desde un enfoque simplemente preventivo del riesgo, las pruebas que han sido practicadas y valoradas en las presentes actuaciones no han identificado y evaluado riesgos para la salud distintos de los que hasta la fecha resultan de la información científica y técnica más significativa al regular las condiciones bajo las cuales es admisible la exposición de las personas a campos electromagnéticos y determinan la adopción de las medidas que la prudencia aconseja».

En la mencionada STC 150/2011, no se cuestiona que la contaminación acústica sea un riesgo para la salud, ni que la exposición a elevados decibelios sea perniciosa para el recurrente, sino que con una sustentación, a nuestro juicio, un tanto lábil el ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS sostiene que si una entidad local despliega una actividad dirigida a evitar ruidos y molestias, la circunstancia del comportamiento activo del Ayuntamiento es suficiente para que este no sea condenado o, cuando menos, que el daño no sea imputable a dicha entidad.

Ciertamente, es más razonable pensar que si el Ayuntamiento no ha conseguido evitar el daño, pese a haber puesto la intención activa de eliminarlo, bien puede ser a que no dirigió todos sus esfuerzos a erradicar las molestias sonoras a sus vecinos; que los medios dispuestos resulten claramente insuficientes para ejercitar sus competencias en la materia a la vista del resultado, o que sencillamente y en todo caso que su conducta activa y omisiva no fuese la suficiente. A mayor abundamiento se aprecia cierta discordancia entre la mencionada acción inspectora y sancionadora del Ayuntamiento y el propio reconocimiento del ente local sobre su imposibilidad manifiesta para evitar el recurrente incumplimiento de las Ordenanzas dictadas al respecto (45).

En buena lógica, a nadie se le escapa la amplitud y extensión de las competencias de las entidades básicas de la organización territorial del Estado y los, en ocasiones, insuficientes medios disponibles para su ejercicio; con todo y sin recurrir a otros argumentos cabe traer a colación las disposiciones de la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local, entre las que sin perjuicio de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales y de sus competencias en materia de protección de medio ambiente (art. 25.2.*f)*, se prevé el imperativo recordatorio que deberá dirigir la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, en los supuestos de graves incumplimientos o, incluso, la drástica medida de la disolución de los órganos de las Corporaciones (arts. 60 y 61).

Evidentemente no se pretende, con el anterior fundamento legal, la disolución de entidades territoriales autónomas dada su incapacidad para controlar la contaminación acústica, pero sin duda, plantea ciertas dificultad sostener que el intento de remediar un perjuicio es causa excusable o, sencillamente, eximente completa de su imputabilidad del daño, toda vez que la protección «eficaz» del medio ambiente se trata de una competencia propia.

## V. CONSIDERACIONES FINALES: INMISIONES ACÚSTICAS, ACCIÓN NEGATORIA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las tesis sobre el domicilio y el libre desarrollo de la personalidad humana, la vida e integridad, se deben materializan en la especial protección de la intimidad personal y la vida familiar ante la diversidad de inmisiones, en particular, las procedentes de los ruidos y vibraciones resultantes de las distintas

(45) Vid., también las SSTS (Sala 3.ª) de 25 de marzo de 2008, recurso de casación para la unificación de la doctrina, que desestima dicha unificación al no concurrir identidad entre la STSupJ de Cantabria, de 10 de octubre de 2005, y la STS de 22 de abril de 2004, así como la STS de 12 de noviembre de 2007, estimatoria de la denunciada inactividad del Ayuntamiento ante la contaminación acústica derivada de actividad industrial.

actividades, singularmente, las de ocio y restauración desplegadas en ciertas zonas urbanas.

Las novedades procesales implantadas en la Jurisdicción contencioso-administrativa, la puesta en marcha efectiva de los Juzgados de lo contencioso-administrativo, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, así como la posibilidad de interponer recurso no solo por la realización de actos formales sino, también, por la inactividad de la Administración, han significado un avance más que notable en la actividad jurisprudencial en materia de conflictos medio-ambientales y, en particular, sobre contaminación acústica, arrumbando la vía de la denominada acción civil denegatoria.

A estos elementos se añade el ejercicio de la vía especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y la alegación, en estos casos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su virtud, y sustentando estos procedimientos en la infracción de los derechos básicos de la persona y, en especial, el de la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, los Tribunales ordinarios se muestran proclives a su estimación; con todo, la STC 150/2011, desestima el amparo impetrado alegando insuficiencia probatoria que acredite los daños pretendidos.

De modo que la interesante doctrina jurisprudencial estimatoria de las pretensiones de los particulares y la condena de los municipios ante su inactividad y dejación de sus funciones cuando se conculca el derecho a la intimidad personal y familiar producida por la contaminación acústica, contrasta de nuevo, con la fundamentación y fallo de los pronunciamientos del TC.

En este sentido, la STC 150/2011, de 29 de septiembre, desestima el recurso de amparo interpuesto y declara que los daños podrían resultar resarcibles, en el exclusivo e hipotético caso de haberse acreditado que fuesen debidos a una acción u omisión imputable al poder público. Singularmente, si por el Juzgador se aprecia que el ente local ha acreditado haber intentado evitar la persistencia del incumplimiento de sus propias Ordenanzas locales, dicha circunstancia será uno de los elementos que hará excusable el daño alegado de forma genérica por los vecinos.

Es decir, que quien pretenda ser resarcido por los daños resultantes de inmisiones ruidosas típicas y reconocidas en una zona declarada acústicamente saturada, deberá acreditar de forma fehaciente y específica los índices acústicos soportados, en particular, por la vivienda del recurrente en amparo. Las anteriores afirmaciones parecen contravenir la evidencia aceptada, de forma casi unánime, por doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre la contaminación acústica como vulneración inmaterial que afecta al debido respeto de la vida personal y familiar, así como si este daño moral es evaluable habrá de ser resarcido por el agente causante o por quien, debiendo evitarlo, no haya dispuesto los medios, reales y eficaces, para impedir su persistencia.

En resumidas cuentas, la doctrina sentada con carácter previo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha surtido otro efecto que la admisión —mediante el Auto 37/2005, de 31 de enero— del recurso de súplica interpuesto contra la providencia que inadmitía a trámite la demanda de amparo interpuesta; admisión a trámite fundada en la reconsideración del amparo pretendido a la vista del contenido de la sentencia del TEDH, de 18 de octubre de 2004, caso Moreno Gómez. Con todo y pese a la desestimación por la vía de la insuficiencia de la prueba, ha de señalarse que el Tribunal Supremo tanto en la Sala de lo Civil como en el Contencioso, mantiene una doctrina constante en la que se aplican los argumentos del TEDH, estimándose las pretensiones resarcitorias siempre

que las lesiones dimanantes de las distintas formas de contaminación acústica, sean objetivables y sean resultantes de la actividad dañosa o de la persistencia del abuso.

## BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a pie de página:

ALGARRA PRATS: *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 1995.

ÁLVAREZ VIGARAY: «La responsabilidad por daño moral», en *ADC*, 1966, págs. 81 y sigs.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ: «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica», en *La Ley*, 5.437, 11-12, 2001.

EGEA FERNÁNDEZ: «Condiciones medioambientales y derechos fundamentales. Inmisiones perjudiciales que obligan a abandonar el domicilio (a propósito de la sentencia del TEDH, de 9 de diciembre de 1994)», en *Derecho Privado y Constitución*, 9, 1996, págs. 323 a 364.

— «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario de la STC 119/2001)», en *Derecho Privado y Constitución*, 15, 2001, págs. 69 a 105.

ESCOBAR ROCA: «Derechos fundamentales y políticas públicas de protección frente al ruido», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 4, 2008, págs. 145 a 171.

EVANGELIO LLORCA: «El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona», en *RJN,* julio-septiembre de 2000, págs. 57 y sigs.

FERNÁNDEZ URZAINQUI: *La tutela civil contra el ruido,* Madrid, 2003.

HERNÁNDEZ GIL: «Las relaciones de vecindad en el Código Civil. Discurso leído el día 28 de enero de 1985, en la sesión inaugural del curso 1984-1985 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», en *Derechos Reales. Derecho de Sucesiones. Obras completas, 4,* Madrid, 1989, págs. 91 a 173.

LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, VI, Derecho de familia*, Madrid, 2011, 10.ª ed.

— *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona,* Madrid, 2011, 17.ª ed.

MACÍAS: «Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH, en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio», en *AC,* 39, 25 al 31 de octubre, 1999.

MACÍAS CASTILLO: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones,* Madrid, 2004, págs. 25 y sigs.

MARTÍN BRAVO, TARRERO FERNÁNDEZ, ARIAS PUGA, y GONZÁLEZ DE GARIBAY: *Revista de acústica*, 41, 3-4, 2010, págs. 13 a 19.

MARTÍN-RETORTILLO: «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, 125, 1991, págs. 319 y sigs.

— «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP*, 115, 1988.

MARTÍN VIDA: «Responsabilidad civil extracontractual por ruidos en Derecho alemán y en Derecho español», en *InDret* 2/2005, págs. 2 a 25.

MORETÓN SANZ: «Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas», en *RCDI,* 722, págs. 2957 a 2977.

— «La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales», en *RDP,* 2006, págs. 97 a 118.
— «La intimidad personal y familiar a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso español y la protección contra las inmisiones derivadas de la contaminación acústica», en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico,* vol. 41, núms. 1 y 2, septiembre-diciembre de 2006, págs. 299 a 314.
PULIDO QUECEDO: «La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional», en *AJA,* 671, 2005.
TALMA CHARLES: «El ruido como daño», en *Derecho de daños, una perspectiva contemporánea,* Perú, 2011, págs. 365 y sigs.
URIARTE RICOTE: «La injerencia del ruido aeroportuario en la intimidad domiciliaria: la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 2008», en *La Ley*, 2009, 7.222.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO:

Sentencia de 25 de noviembre de 2010 (asunto Mileva y otros *vs*. Hungría).
Sentencia de 9 de noviembre de 2010 (asunto Dees *vs*. Hungría).
Sentencia de 20 de mayo de 2010 (asunto Oluic *vs*. Croacia).
Sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto Borysiewicz *vs*. Polonia).
Sentencia de 16 de noviembre de 2004 (asunto Moreno Gómez *vs*. España).
Sentencia de 19 de febrero de 1998 (asunto Guerra *vs*. Italia).
Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (asunto López Ostra *vs*. España).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:

Sentencia 150/2011, de 29 de septiembre.
Sentencia 25/2004, de 26 de febrero.
Sentencia 16/2004, de 23 de febrero.
Sentencia 14/2004, de 23 de febrero.
Sentencia 119/2001, de 24 de mayo.
Auto 37/2005, de 31 de enero.

TRIBUNAL SUPREMO:

Sentencia de 19 de febrero de 2010 (Sala 1.ª).
Sentencia de 25 de marzo de 2008 (Sala 3.ª).
Sentencia de 26 de noviembre de 2007 (Sala 3.ª).
Sentencia de 12 de noviembre de 2007 (Sala 3.ª).
Sentencia de 31 de mayo de 2007 (Sala 1.ª).
Sentencia de 29 de abril de 2003 (Sala 1.ª).
Sentencia de 4 de abril de 2003 (Sala 3.ª).
Sentencia de 18 de noviembre de 2002 (Sala 3.ª).
Sentencia de 7 de febrero de 1997 (Sala 1.ª).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

*Andalucía:*

Sentencia de 6 de junio de 2005.

*Aragón:*

Sentencia de 21 de diciembre de 2005.

*Asturias:*

Sentencia de 20 de febrero de 2003.

*Canarias:*

Sentencia de 1 de abril de 2005.

*Castilla y León:*

Sentencia de 1 de julio de 2005.

*Cataluña:*

Sentencia de 28 de mayo de 2009.
Sentencia de 10 de diciembre de 2007.
Sentencia de 28 de junio de 2005.
Sentencia de 24 de febrero de 2005.

*Navarra:*

Sentencia de 19 de mayo de 2009.

*País Vasco:*

Sentencia de 22 de septiembre de 2005.

*Valencia:*

Sentencia de 19 de enero de 2005.
Sentencia de 20 de junio de 2003.
Sentencia de 30 de abril de 2003.

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

Sentencia de 7 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Vizcaya.
Sentencia de 23 de diciembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Córdoba.
Sentencia de 6 de octubre de 2008, de la Audiencia Provincial de Valencia.
Sentencia de 26 de septiembre de 2008, de la Audiencia Provincial de Toledo.
Sentencia de 26 de mayo de 2008, de la Audiencia Provincial de Cádiz.

*RESUMEN*

*RUIDO Y DOMICILIO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ENTES LOCALES*

*En estas líneas se hará una revisión crítica de las tesis y fundamentos de la reciente STC 150/2011, de 29 de septiembre, desestimatoria del recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia del año 2003 que, a su vez, trae causa del contencioso-administrativo interpuesto por un particular. Este vecino, con carácter previo a la vía jurisdiccional, había instado responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por daños morales y físicos, y gastos dimanantes del exceso de ruido soportado en su vivienda, sita en una zona declarada acústicamente saturada, reclamación desestimada por silencio. Doce años después de la reclamación administrativa, la sentencia del Pleno del TC agota todas las instancias nacionales, en una resolución con dos votos particulares de signo y argumentación dispar, ya que uno coincide en el fallo pero difiere en la argumentación del Ponente, y el otro voto discrepante —al que se adhieren otros dos Magistrados más— aprecia inobservancia de la doctrina del TEDH.*

*ABSTRACT*

*NOISE AND DOMICILE FINANCIAL LIABILITY OF LOCAL AUTHORITIES*

*These lines contain a critical review of the thesis and foundations of the Constitutional Court's recent ruling 150/2011 of 29 September dismissing an appeal made on constitutional grounds against a ruling given in 2003 by the High Court of Justice of Valencia, which in turn concerned an appeal for judicial review filed by a private citizen. This person, before taking legal action, filed a claim with his city council for expenses and for damages due to suffering and bodily injury, caused by the excess of noise entering his home, located in a zone declared acoustically saturated. This claim was dismissed by administrative silence. Twelve years after the administrative claim, the ruling of the Constitutional Court sitting en banc put an end to all national channels of appeal in a decision with two dissenting opinions, each disagreeing in a different way and for different reasons. One agreed with the sentence but dissented from the reporting judge's arguments. The other (to which another two judges adhered) maintained that the doctrine set by the European Court of Human Rights had not been observed.*

## 1.7. Concursal Civil

# *EL* FRESH START, *O NUEVA OPORTUNIDAD PARA EL DEUDOR SOBREENDEUDADO DE BUENA FE. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora*
*Universidad Complutense de Madrid*

*SUMARIO:* I. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010.—II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS: 1. Presupuestos y requisitos. 2. Efectos de la conclusión por inexistencia de bienes y derechos. 3. Algunos problemas que, en orden a los efectos de la conclusión del concurso, plantea la interpretación dada al artículo 178.2 LC por el Auto comentado. 4. La reapertura del concurso.—III. A PROPÓSITO DE LA AFIRMACIÓN DE QUE EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR NO RESUELVE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR CONSUMIDOR.—IV. DISTORSIONES DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA: ¿SALVABLES POR VÍA INTERPRETATIVA?—V. TRATAMIENTO DEL *FRESH START* EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA (TRABAJOS LEGISLATIVOS).—VI. ¿ES CONVENIENTE LA ADOPCIÓN DEL *FRESH START* EN EL DERECHO ESPAÑOL? ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL, NÚMERO 3 DE BARCELONA, DE 26 DE OCTUBRE DE 2010 (1)

Se llama sobreendeudamiento a la situación en que se encuentra el consumidor motivada por una asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) o bien desencadenada por eventos imprevistos y sobrevenidos (desempleo, precariedad del trabajo, muerte del cónyuge, problemas de salud, aumento de los tipos de interés…). Una economía basada en el consumo, así como la concesión fácil de créditos, incrementan las posibilidades de sobreendeudamiento del consumidor, cuya acuciante situación se hace más patente en situaciones de crisis económica. Para aliviar al consumidor sobreendeudado de buena fe, cuya situación de dificultad financiera tiene cierta permanencia, se postula la concesión al mismo de un *fresh start* (2).

---

(1) Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de Investigación de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático Emérito Doctor D. Joaquín José Rams Albesa.

(2) Se señala que casos claramente reversibles no pueden activar mecanismos de protección del deudor específicos que excepcionen la aplicación de los principios generales

Se entiende por *fresh start,* o concesión de una nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe, a la liberación o exoneración de las deudas pendientes, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia. Dicha liberación supone una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC), según el cual del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. España, a diferencia de otros países como Estados Unidos, Francia, Alemania o Portugal carece de una ley que trate con soluciones específicas distintas de las previstas en el concurso (convenio o liquidación), el sobreendeudamiento del consumidor y otorgue esa segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe. Como expondremos posteriormente, existe en España una corriente favorable a este tipo de solución, que propugnaría cambios legislativos en esta dirección, aunque otra corriente no deja de señalar los problemas que plantearía la adopción del *fresh start* o *discharge* (descarga). Se señala en este último sentido que deben ser las medidas preventivas (información, desistimiento, crédito responsable) los pilares de la protección del consumidor.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, a través de una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC (se entendería que el precepto *plus dixit quam voluit*), que entra en contradicción con el artículo 1911 del Código Civil, concede una liberación del crédito pendiente tras la liquidación concursal a dos pensionistas. Liberación, sin embargo, que es condicional, pues el Auto indica que se deben tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, *sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna.*

A pesar de las razones que esgrime el auto para tal decisión, y que consistirían en mostrar una serie de disfunciones que provocaría la estricta aplicación de la LC y el artículo 1911 del Código Civil, el verdadero fundamento de la decisión del juzgador fue la *no oposición de los acreedores concursales a la petición formulada por la administración concursal de exoneración del pasivo pendiente a los deudores, tras la liquidación.* En efecto, hubo una petición de exoneración del pasivo pendiente por la administración concursal, tras la finalización de las operaciones de liquidación, aprovechando la presentación de su informe para la conclusión del concurso por comprobación de la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4.º, 2 y 4 LC) y la rendición de cuentas (art. 181 LC), *petición que no tiene un expreso apoyo legal*. Las partes fueron oídas, *no formulando ninguna alegación ni oposición a la solicitud formulada, cosa que hubieran podido realizar, oponiéndose a la conclusión del concurso en dichas condiciones, y tramitándose su oposición como un incidente concursal* (art. 176.5 y 177.2 LC). Según la doctrina, evidenciaría ello una renuncia implícita a sus pretensiones individuales o la existencia de un consentimiento tácito a la exoneración (Rubio Vicente). Ello nos lleva a concluir, que tal solución no hubiera podido adoptarse con igual facilidad en el caso de oposición por parte de los acreedores. Por otro lado, conviene destacar que las mencionadas disfunciones que presenta la LC

---

sobre cumplimiento de las obligaciones (Álvarez Lata, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma,* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2010, págs. 160 a 162).

son más bien fruto de una interpretación maximalista de ciertos preceptos de la misma, por lo menos, en ciertos casos (3).

---

(3) Veamos cuáles son los argumentos del Auto en cuestión.

Por escrito de 19 de marzo de 2010 la administración concursal informó al Juzgado del resultado de las operaciones de liquidación del patrimonio de los concursados —don Ernesto y doña Silvia—, solicitando que se aprobaran las cuentas formuladas *y se exonerara a los concursados de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación*. Por diligencia de 10 de mayo de 2010 se dio traslado del escrito de rendición de cuentas a las partes personadas, sin que conste alegación alguna al respecto. El día 13 de mayo de 2010 pasaron los autos al Juez para resolver.

Don Ernesto y doña Silvia fueron declarados en concurso voluntario por auto de 12 de diciembre de 2007. Concluida la fase común por auto de 16 de junio de 2008, se convocó a los acreedores a junta para la votación de convenio inicialmente señalada para el día 20 de octubre de 2008. Los concursados presentaron propuesta de convenio con dos alternativas: la primera, una quita del 60 por 100 y una espera de cinco años; la segunda, una quita del 50 por 100 y una espera de seis años. La administración concursal evaluó la propuesta de convenio. La junta se celebró en la fecha prevista sin que pudiera constituirse válidamente, dado que no comparecieron acreedores ordinarios que facilitaran el *quórum* de asistencia —los créditos ordinarios se fijaron en el informe definitivo en 108.287,87 euros y solo constaba la presencia de un acreedor que apenas representaba 9.510 euros—. El 26 de marzo de 2009 se abrió la fase de liquidación presentando la administración concursal el plan de liquidación el día 6 de abril, plan aprobado por auto de 6 de mayo de 2009. *Tras el informe de la administración concursal y del Ministerio Fiscal se dictó auto de calificación del concurso como fortuito*. El administrador concursal había realizado las operaciones de liquidación correspondientes y había satisfecho —tras la venta de la vivienda de los concursados— *la totalidad del crédito con privilegio especial, todo el crédito contra la masa y el 45,9 por 100 del crédito ordinario*. Los concursados —ambos pensionistas— tenían cada uno de ellos unos ingresos mensuales de 908,87 euros, de los que 607,17 euros se habían destinado a alimentos lo que determinaba que cada uno de ellos, una vez concluidas las operaciones de liquidación, no dispusiese de otros activos realizables. En este supuesto se habían realizado todos los bienes de los deudores, no se habían ejercitado acciones de reintegración y el concurso se había calificado de fortuito, por lo tanto concurrían los supuestos previstos para concluir el concurso (art. 176.1.4.º LC). *La administración concursal cumplió con los requisitos del artículo 176.4 de la Ley Concursal en cuanto a la información al juzgado respecto de posibles acciones de reintegración —que descartaba— y se dio traslado a los acreedores personados sin que constase oposición a la conclusión del concurso.*

*Señala el Auto que el artículo 178.2 LC establece los efectos de la conclusión del concurso cuando se trata de procedimientos que afecten a personas físicas: «En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso». El párrafo 2 del artículo 178 de la Ley Concursal establece respecto de las personas físicas un trato distinto del que se reconoce a las personas jurídicas dado que en los concursos de personas jurídicas el artículo 178.3 establece que «en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto el Secretario judicial expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme»*. En cierta medida, indica el Auto, el contenido del artículo 178.2 de la LC no es sino el traslado al ámbito concursal del principio de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil, con la salvedad de que la responsabilidad con los bienes presentes se articularía dentro del procedimiento concursal y la responsabilidad con los bienes futuros —la mejor fortuna— permitiría la reapertura del concurso o una nueva solicitud o declaración, en función de que fuera concurso voluntario o necesario. Esas son las opciones que permiten los artículos 178.2 y 179.1 de la LC para las personas físicas. No habría, por lo tanto, ningún obstáculo formal para aprobar las cuentas del adminis-

## II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INEXISTENCIA DE BIENES Y DERECHOS

### 1. Presupuestos y requisitos

De acuerdo con la redacción de la LC anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 176.1.4.º LC introduce la inexistencia de bienes y derechos del

---

trador concursal, dar por correctas las operaciones de liquidación y concluir el concurso devolviendo a los dos deudores —a las dos personas físicas— a la situación anterior a la declaración de concurso, es decir, mantener su responsabilidad universal permitiendo a los acreedores el inicio o la reanudación de las ejecuciones singulares. *En la medida en la que el concurso se concluye por falta de activos —bienes, derechos o expectativa de percibir uno u otro por medio de acciones que complementaran ese patrimonio—, pervive la deuda y no se puede proceder a la extinción de la personalidad del deudor persona física. Se daría la paradoja de que el concurso se concluiría sin que se hubiera superado el presupuesto objetivo del concurso —art. 2—, esto es, la situación de insolvencia por cuanto el deudor seguiría sin poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Esta circunstancia determinaría que el deudor hubiera de solicitar de inmediato la reapertura del concurso para hacer frente a las deudas no cubiertas por su patrimonio, deudas que ya eran líquidas, vencidas y exigibles puesto que la apertura de la liquidación habría producido en todo caso el vencimiento de las obligaciones aplazadas —art. 146.1 Ley Concursal—* [realmente los efectos del art. 146 LC, desaparecen con la conclusión, ya que solo operan en el concurso con la finalidad de permitir su desarrollo. Tras la conclusión, los créditos no satisfechos recobran el vencimiento originario. Ahora bien, como tras la conclusión por inexistencia de bienes y derechos, el deudor queda en estado de insolvencia, los acreedores podrán exigir el pago de forma inmediata si el deudor adquiere nuevos bienes, pues de acuerdo con el artículo 1129.1 del Código Civil, si el deudor devino insolvente después de contraída la deuda, perderá el derecho a utilizar el plazo y los acreedores no necesitarán esperar al vencimiento originario.

En cuanto a los créditos convertidos en dinero y que consistían en otras prestaciones (art. 146 LC) recobran también su naturaleza originaria (por ejemplo, prestaciones de hacer, de entregar cosa determinada), de modo que si no fuese posible realizar esta prestación por causa del concurso (por ejemplo, el bien que se tenía que entregar fue liquidado para pagar una deuda de la masa), los acreedores deberán recurrir, en su caso, al cumplimiento por equivalente, o a la indemnización de los daños y perjuicios, de acuerdo con las reglas generales (Beltrán, E., y Martínez Flórez, A., «Comentario al artículo 178 LC», en *Comentario de la LC*. Tomo II, 1.ª ed., Civitas, Ediciones, S. L., Madrid, 2004. págs. 2665 y 2666)].

*No parece razonable* —continúa diciendo el Auto— *que el Juez inadmita* ad limine litis *el concurso por falta de activos realizables, dado que esta posibilidad de inadmisión no está legalmente prevista y las Audiencias Provinciales han advertido que «no existe norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable» (AAP de Barcelona, de 14 de junio de 2007, reiterado en otras resoluciones). Por lo tanto, la conclusión por falta de activos del concurso del deudor persona física sin haber satisfecho la totalidad de los créditos exigiría del deudor responsable la inmediata solicitud de reapertura aún a sabiendas de que su patrimonio ha dejado de existir puesto que se ha realizado en su práctica totalidad.* En la medida en la que no se puede privar al deudor del derecho a acogerse a la solicitud de concurso voluntario al juez no le quedaría otra opción que reabrir o declarar de nuevo el concurso sometiendo al deudor y a la administración concursal a todas sus fases.

*Los acreedores que han visto insatisfechos sus créditos no tendrían otra opción que la de reclamar el concurso necesario, si el deudor es insolvente, o iniciar ejecuciones singulares* —escenario que les evita los riesgos de la subordinación de los intereses—, les permite de nuevo abrir vías de apremio y levanta la suspensión del devengo de cualquier tipo de interés. Se da con ello la paradoja de que las expectativas de los acreedores fuera del concurso le generan menos obstáculos que en el marco del concurso, dado que los artículos 92, 55 y 58 LC no son de aplicación fuera del procedimiento concursal. *En este sentido puede con-*

concursado o de terceros responsables como causa de conclusión del concurso. Se trata esta de una causa ordinaria de conclusión, por frustración de la finalidad del procedimiento concursal, que opera, con o sin apertura de fase de liquidación y

---

*siderarse que la declaración de concurso es un mecanismo de protección del deudor persona física frente a la proliferación de ejecuciones singulares frente a su patrimonio*.

*Por lo tanto, no es solo que el deudor tenga el deber de solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de la insolvencia, sino que lo hará para evitar el agotamiento que le supone la vuelta a la pluralidad de ejecuciones singulares.*

Para evitar esa situación, la LC en su regulación establece la posibilidad de prorrogar la liquidación *más allá de un año*, siempre y cuando concurra una causa que justifique la dilación del periodo de liquidación —art. 153 Ley Concursal—. En supuestos como este puede decirse que formalmente concurre una causa justificada para no concluir el concurso y prorrogar la liquidación. Podría no concluirse el concurso *en atención a la existencia de patrimonio del deudor —las cantidades que periódicamente perciben en concepto de pensión—.* Don Ernesto percibe una pensión mensual de 1.462,59 euros mensuales, doña Silvia una pensión de 908,87 euros. *Una interpretación literal del artículo 145.2 de la Ley Concursal permitiría la aplicación de la totalidad de esos recursos al pago de la deuda a costa de que los deudores dejaran de tener derecho a percibir alimentos con cargo a la masa.* En este caso el deudor condenado a la inanidad o a la buena voluntad de terceros o del Estado podría destinar 2.371,46 euros al mes al pago del *crédito ordinario pendiente de satisfacción —58.692,02 euros—;* lo que determinaría que el deudor inane hubiera de ver prorrogada la liquidación durante al menos 21 meses —casi dos años— para satisfacer el crédito ordinario, prórroga superior si se tiene que satisfacer el crédito contra la masa que se genere, más los créditos subordinados.

No parece razonable que si la ley concursal no permite la extinción de la personalidad del deudor persona física, no habilite, por medio de la inanición, un fin similar, de ahí que el artículo 145.2 LC, referido a la extinción del derecho de alimentos, deba ponerse en relación con el artículo 607 LEC, referido a los bienes inembargables.

*No tendría sentido que en el seno del concurso incluso en liquidación no se garantizara la inembargabilidad en términos similares a los de la LEC para evitar situaciones de exclusión social, de ahí que, de conformidad con el Real Decreto Legislativo 2030/2009, de 30 de diciembre, que establece para el año 2010 un salario mínimo interprofesional mensual de 633,30 euros, deban preservarse cuando menos estas cantidades a los concursados*. Lo que determina que respecto de la señora Silvia solo pudieran aplicarse al pago de los créditos concursales la suma de 82,67 euros mensuales (el 30 por 100 de lo que supere una mensualidad del salario mínimo conforme al art. 607.2.1.ª de la LEC); y respecto del señor Ernesto, 287,98 euros. Lo que quiere decir que si a los deudores se les permitiera ese mínimo inembargable podrían destinar 370,65 euros mensuales, lo que determinaría que saldarían los créditos ordinarios en liquidación en un término de 158 meses, es decir, trece años mínimo.

*Concluye el Auto que no es, por lo tanto, ni razonable ni justificado extender la liquidación durante los términos referidos. Y que tampoco es razonable una interpretación de los efectos de la conclusión del concurso que determinen su inmediata reapertura dado que no se trata de un supuesto de inexistencia de bienes o derechos, sino de la existencia de bienes razonables para cumplir con los fines de la liquidación. En este contexto deben interpretarse los efectos que prevé el artículo 178.2 de la Ley Concursal en un sentido que evite una interpretación que aún siendo literal sería perversa ya que conduciría a una situación de concurso permanente, hasta la extenuación, o una liquidación prolongada que iría en contra de los criterios de la propia Ley Concursal, de ahí que la interpretación por la que se abogue sea la de que los acreedores a los que se refiere el artículo 178.2 no deben ser los concursales, sino los postconcursales, dado que solo ellos —en la medida en la que serían créditos contra la masa desatendidos— podrían buscar en la ejecución singular una opción que no les ha facilitado el concurso. Ha de optarse por una interpretación de la norma que permita cumplir con los fines del concurso y garantizar si no la extinción de la personalidad, cuando menos la extinción de los créditos concursales una vez que se han agotado todas las vías concursales para la satisfacción de los créditos*.

que es objeto autónomo y directo de una nueva resolución judicial (art. 176.2 LC). En esta causa se incluye también la insuficiencia de bienes, cuando no permita siquiera cubrir los gastos del procedimiento. El artículo 176.1.4.º LC contemplaría, pues, no solo supuestos de *agotamiento sobrevenido de masa activa tras la declaración de concurso, sino supuestos de inexistencia o insuficiencia ab initio de dicha masa*, para *satisfacer el coste del concurso*, sin que exista posibilidad de ejercitar acciones de reintegración de la masa ni de responsabilidad de terceros en la medida suficiente para esa satisfacción (art. 176.3 LC). En este caso, el auto de conclusión no podrá dictarse hasta que no se hayan agotado realmente los bienes y derechos de la masa, pagando total o parcialmente sus propios créditos. Cuando la conclusión del procedimiento tenga lugar tras la liquidación de la masa activa (como ocurre en el caso de autos), la conclusión presupondrá la satisfacción de

---

Trasladando estos argumentos al supuesto presente, señala el Auto que debe advertirse que los concursados *son dos pensionistas que durante casi tres años han visto intervenido todo su patrimonio*. Como tales pensionistas en concurso, la única vía que han tenido para saldar sus deudas ha sido la liquidación de una parte importante de su patrimonio —su vivienda— lo que les ha permitido *cubrir en menos de un año más de un 45 por 100 del crédito ordinario y el 100 por 100 del crédito privilegiado*. *El resultado de la liquidación ha sido, en términos globales, más favorable para los acreedores de lo que hubiera sido un convenio* en el que cuando menos se les habría sometido a una espera de un mínimo de cinco años.

Es facultad de los acreedores la de acudir al convenio para dar una salida razonable al deudor. *No constan las razones por las que los acreedores ordinarios han abocado a los deudores al escenario liquidativo. El archivo del concurso con una interpretación literal del artículo 178.2 de la Ley Concursal obligaría a los deudores a solicitar de nuevo el concurso al día siguiente; la eternización de la liquidación iría también en contra de la voluntad del legislador al convertir la liquidación en una situación casi permanente para el deudor.*

*La administración concursal ha fiscalizado las actuaciones de los deudores y el crédito ha merecido la calificación de fortuito, sin que conste que ningún acreedor haya advertido hechos relevantes en orden a la calificación del concurso como culpable. Tampoco se han detectado actuaciones perjudiciales para la masa activa que hayan obligado al inicio de acciones de reintegración* —tampoco han sido sugeridas por los acreedores—. *Estas circunstancias permiten considerar que en términos concursales el señor M. y la señora M. son deudores de buena fe,* deudores accidentales que se han visto abocados a una situación no deseada de insolvencia definitiva que no puede ser penalizada. De ahí que se opte por una interpretación del artículo 178.2 de la Ley Concursal que permita cancelar o extinguir todo el crédito concursal que no haya sido satisfecho con cargo a la masa activa del concurso, extinción que no afecta a los créditos que hubieran nacido tras la declaración de concurso.

Esta interpretación conecta así con el objetivo, *de lege ferenda, de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe* habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les aboque a situación de exclusión social. Esta solución conecta además con las observaciones que la Unión Europea hace sobre los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, el acceso al crédito responsable y el derecho a que el deudor de buena fe pueda recomponer su vida económica en términos similares a los que permiten otras legislaciones del entorno socio-económico español.

Por todo lo anterior el Auto acuerda la aprobación de la rendición de cuentas realizada por el administrador concursal de don Ernesto y doña Silvia, ordenando la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados, *debiendo tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso. Sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna.* Ordenando el levantamiento de los efectos de la declaración de concurso en las personas declaradas en tal situación y ordenando el cese del administrador concursal.

los créditos contra la masa, que deben ser satisfechos antes que los concursales sin privilegio especial (art. 154 a 158 LC).

La LC establece un momento temporal en que puede acontecer la conclusión por inexistencia de bienes y derechos: *cuando se haya dictado sentencia que se pronuncie sobre las acciones de reintegración* (pues mientras tanto existe todavía la posibilidad de que ingresen en la masa activa bienes que pueden utilizarse para pagar a los acreedores), *o de exigencia de responsabilidad de terceros o sobre la calificación del concurso* (art. 172 LC). Hay que tener en cuenta que como consecuencia de la Sección de calificación podrían aparecer bienes para satisfacer a los acreedores, en cuanto que el juez debe condenar a las personas afectadas por la calificación y a las declaradas cómplices a devolver a la masa lo que hubieran recibido de ella indebidamente y a la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º LC), y si el concursado fuere una persona jurídica, podrá condenar a sus administradores y liquidadores y a quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a pagar a los acreedores lo que no obtengan con la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC).

Por lo tanto, para que opere esta causa de conclusión debería haber concluido la fase común del procedimiento, *pues la formación de la Sección de calificación se ordena en la misma resolución judicial que aprueba un convenio particularmente gravoso u ordena la liquidación* (art. 163 LC). Ello pese a la dicción literal del artículo 176.1.4.º LC que habla de que la conclusión procederá *en cualquier estado del procedimiento*.

No obstante, no es preciso *en todo supuesto* que se hayan ejercitado necesariamente acciones de reintegración o se haya abierto necesariamente la pieza de calificación, pues si bien iniciadas estas no puede concluir el concurso hasta su resolución (art. 176.3 LC), *en el preceptivo informe de la administración concursal favorable a la conclusión del concurso por esta causa, podrá argumentarse en el sentido del artículo 176.4 LC, porque las acciones a que hace referencia se han resuelto o porque no presenta viabilidad alguna su ejercicio, al ser previsiblemente razonada y justificada su inviabilidad.*

La conclusión se debe acordar por auto, previo informe de la administración concursal, que será puesto de manifiesto por quince días a todas las partes personadas (art. 176.2 LC) y que tendrá el contenido del artículo 176.4 LC. Es preceptivo el trámite de audiencia de las demás partes personadas. Estas deben tener la oportunidad de pronunciarse sobre la realidad de las afirmaciones realizadas en el informe de la administración concursal en torno a la inexistencia de bienes y derechos del deudor o de terceros responsables, así como a la inexistencia de acciones viables de reintegración o de exigencia de responsabilidad. El juez a la vista de todo ello, adoptará la decisión que proceda.

Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal (4).

La reforma efectuada en la LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, distingue claramente entre dos causas distintas de conclusión del concurso: conclusión una vez firme el auto que declare finalizada la fase de liquidación [lo que puede tener lugar sin satisfacción plena de los acreedores] y conclusión, en cualquier

---

(4) Beltrán, E., y Martínez Flórez, A., «Comentario al artículo 178 LC», *op. cit.*, págs. 2666, 2667 y 2671 a 2674; Bellido, R., «Comentario al artículo 176 LC», en *Comentario de la LC.* Tomo II, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, pág. 2618 y sigs. Pulgar Ezquerra, J., «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio:* un problema a resolver», en *Diario La Ley,* núm. 6696, 19 de abril de 2007, epígrafe VI.

estado del procedimiento, *cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa* (art. 176.1.2.º y 3.º, respectivamente). En este sentido, el nuevo artículo 176 bis, detalla una serie de especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa (5).

### 2. Efectos de la conclusión por inexistencia de bienes y derechos

En el Derecho anterior a la Ley 22/2003, Concursal, con la clausura de la quiebra y del concurso, los acreedores recuperaban las acciones individuales para reclamar del deudor la parte de créditos no satisfecha (arts. 905 a 907 CCo. y 1919 y 1920 CC). Subsistía, pues, el principio de responsabilidad patrimonial universal, pese a la conclusión de la quiebra o del concurso.

Igual previsión contenía el Anteproyecto de Ley de Concurso de acreedores de 1959 (arts. 114 y 118) y el Anteproyecto de LC de 1983 (art. 235). En este Anteproyecto la inexistencia de bienes y derechos no se configuraba como causa de conclusión del concurso, sino como *causa de suspensión*, *que dejaba subsistentes los efectos del concurso* (art. 327), pero que presuponía el cese del órgano de administración, puesto que debía presentar una cuenta general justificativa de su gestión (art. 328). La suspensión podía terminar por reapertura, a solicitud del deudor o de acreedor legitimado, cuando en el plazo de dos años aparecieran nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor, o por conclusión declarada por el juez cuando en dicho plazo no hubieran aparecido nuevos bienes o derechos (art. 332).

En la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995, la inexistencia y el agotamiento de masa activa sin íntegra satisfacción de los acreedores se configura igualmente como causa de suspensión del concurso (art. 245), pudiendo adoptar el juez en la resolución de suspensión, las medidas cautelares que considere oportunas (art. 247). La suspensión termina por reapertura a solicitud del deudor o de acreedor concursal cuando dentro del plazo de cinco años ingresaran o aparecieran nuevos bienes o derechos en el patrimonio del deudor (art. 248). También podía concluir la suspensión por conclusión del concurso declarada de oficio por el juez en el caso de que transcurrieran cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso. En este caso, se preveía una *exoneración de las deudas pendientes* (art. 250.2) (6).

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la LC configura la inexistencia de bienes y derechos para satisfacer a los acreedores como causa de conclusión del concurso, si bien esta es *provisional,* ya que *permite la reapertura del concurso, siempre que aparezcan nuevos bienes*, sobre la base de los artículos 1156 y 1157 del Código Civil y del principio de responsabilidad patrimonial universal, subsistente a pesar de la conclusión del concurso. Esta subsistencia se encuentra

(5) Aunque la ley de reforma ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012, y las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2.3 CC), la Disposición Transitoria 11.ª prevé una retroactividad de los artículos 176 y 176 bis, con la salvedad de su apartado 4, así como de los artículos 178 y 179 modificados también, los cuales comenzarán a aplicarse *a los concursos que estén en tramitación a la fecha de la entrada en vigor.*

(6) Artículo 250.2: «En el caso de que transcurran cinco años sin que se hubiera alzado la suspensión del concurso, el Juez, de oficio, pronunciará sentencia declarando extinguidos los créditos concursales en la parte que no hubieran sido satisfechos y concluido el procedimiento. Si el deudor fuera persona jurídica, la sentencia la declarará extinguida, ordenando se cancelen los asientos practicados en la hoja abierta a la deudora en el Registro público correspondiente».

declarada en el artículo 178.2 LC, que precisa la responsabilidad patrimonial universal del deudor en relación con el pago de los créditos restantes, lo que hace presuponer, como sucede en el caso del auto comentado, la realización y conclusión de operaciones de liquidación con un resultado parcial. Por lo demás, el artículo 178.2 ni modifica, ni añade, ni suprime nada a las causas de extinción de las obligaciones ni al principio de responsabilidad patrimonial universal. De modo que tras la conclusión por inexistencia de bienes y derechos, los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso (7).

En el caso del concursado persona jurídica, la conclusión del procedimiento por inexistencia de bienes y derechos produce la extinción de la misma y esta, por lo tanto, *dejará de responder de las deudas insatisfechas, sin perjuicio de una eventual reapertura del concurso*. En efecto, esto es así, pues dicha persona jurídica solo responderá de su pasivo pendiente con bienes que pudieren aparecer posteriormente (pero que realmente estaban integrados en su patrimonio antes de la conclusión del concurso), *pero no con bienes futuros*, pues la extinción de su personalidad le impide tener capacidad de adquisición de los mismos (art. 178.3 y 179.2 LC). En este caso, pues, la conclusión por inexistencia de bienes y derechos *no determina la continuación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor* (8).

---

(7) Al referirse el artículo 178.2 LC a la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona física, no solo está levantando la prohibición de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales, que constituye efecto de la declaración de concurso (art. 55.1 LC) sino que, además está otorgando a los acreedores que hayan comunicado sus créditos y hayan sido reconocidos en el concurso un título ejecutivo que podrán utilizar tras su conclusión. De acuerdo con las normas generales, constituyen título ejecutivo las demás resoluciones judiciales y documentos que por disposición de la ley lleven aparejada ejecución (art. 517.2.9.º LEC). La LC otorga a los acreedores sometidos a un procedimiento concursal una acción ejecutiva para reclamar lo que no hayan cobrado en el concurso. El título ejecutivo que proporciona la LC al acreedor exige la inclusión del crédito en la lista de acreedores. Ese título ejecutivo recoge *las modificaciones operadas en los créditos por el concurso, de modo que la ejecución derivada de él solo podrá entablarse en las condiciones en las que dicho crédito fuera reconocido en el concurso. Ahora bien, tras la conclusión del concurso, los acreedores recuperan sus acciones individuales para exigir el pago del crédito en las condiciones originarias, que pueden ser más favorables* (por ejemplo, porque los intereses pactados son más altos que los que se reconocieron en el concurso, porque les interesa el cumplimiento de la prestación no dineraria, etc.). de modo que no tienen por qué servirse del título ejecutivo que les proporciona el concurso, sino que pueden optar por exigir el cumplimiento del crédito en base al título originario, ejecutivo o no, del crédito. Sostener lo contrario supondría hacer de peor condición al acreedor cuyo crédito hubiera sido reconocido en el concurso que a aquel otro que no lo hubiera comunicado. Por lo tanto, tras la conclusión del concurso pueden ejercitarse otras acciones ejecutivas o acciones de otra naturaleza (no ejecutiva), de acuerdo con las normas generales y ante el juez que sea competente en cada caso. Igualmente, los acreedores podrán continuar las ejecuciones individuales que hubieran iniciado antes de la declaración de concurso (art. 55.2 LC), aunque si hubieran sido parcialmente satisfechos en el concurso, la cuantía de la ejecución se verá reducida, pudiendo el deudor oponer la excepción de pago parcial (Beltrán, E., y Martínez Flórez, A., «Comentario al artículo 178 LC», *op. cit.*, págs. 2660 a 2663). Vid. el texto del artículo 178.2 LC, tal como resulta de la reforma operada por Ley 38/2011. Téngase también en cuenta la reforma que dicha ley hace del artículo 55 LC.

(8) No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 179.2 en su nueva redacción dada por la Ley 38/2011, prevé la reapertura de la hoja registral de la persona jurídica en la forma prevista en el Reglamento Mercantil (vid. art. 178.3 en su nueva redacción).

*En el caso de autos, de no haberse adoptado la resolución judicial de exoneración del pasivo pendiente condicionadamente, los acreedores habrían podido iniciar ejecuciones singulares que dieran lugar a retenciones periódicas, aplicándose las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos recogidas en el Título XVII del Código Civil, artículos 1921 y siguientes.*

La nueva redacción que la Ley 38/2011 da al artículo 178, insiste en los planteamientos expuestos, sin acoger la exoneración de deudas pendientes propuesta en trámite de enmiendas en el Senado, como expondremos más adelante.

### 3. Algunos problemas que, en orden a los efectos de la conclusión del concurso, plantea la interpretación dada al artículo 178.2 LC por el Auto comentado

El argumento central del Auto, de 26 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, consiste en sostener que la aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial universal, junto con el deber del deudor de solicitar la reapertura del concurso, ante la situación de insolvencia en que se encuentra tras la liquidación y conclusión del concurso por inexistencia de más activos patrimoniales que poder realizar, determina unos efectos indeseables y perversos. Esto es, para cumplir el deber que le impone el artículo 5.1 LC y evitar una proliferación de ejecuciones singulares, el concursado con pasivo pendiente tras la conclusión de un concurso en las circunstancias antedichas, tendría de forma inmediata que solicitar una nueva declaración de concurso, lo que provocaría la reapertura del anterior (art. 179 LC), a pesar de carecer ya de patrimonio realizable, dando lugar a una situación de concurso permanente (sucesivas solicitudes, declaraciones de concurso, y conclusiones por inexistencia de masa activa en cadena), insostenible y con costes inasumibles (pues no resultaría posible una inadmisión de la solicitud de reapertura *ad limine litis* por inexistencia de masa activa).

Tampoco resultaría razonable ni justificado demorar la liquidación, sobre la base del artículo 153.2 (en caso de concurrencia de causa justificada), durante plazos tan prolongados como los del caso en estudio, cuando no existen bienes razonables para ello (la aplicación del art. 607 LEC daría lugar a un reducido y residual activo ejecutable que difícilmente podría justificar el mantenimiento de la apertura del procedimiento durante tanto tiempo), habida cuenta de los gastos generados por el procedimiento y de la pronta, rápida, eficaz y económica tramitación del procedimiento que propugna en este sentido la LC (Exposición de Motivos, apartado X). La propia LC pretendería evitar la excesiva prolongación de las operaciones de liquidación, fijando con carácter general el plazo máximo de un año desde la apertura de la fase de liquidación para finalizarlas (seis meses, como aquí ocurre, en el caso del procedimiento abreviado), salvo excepción justificada, que difícilmente podría entenderse que concurre en el supuesto por las negativas contrapartidas que ocasionaría. Parecería, pues, que debería sobreseerse el concurso, aunque expresamente no lo dijese la LC, cuando los activos fuesen manifiestamente insuficientes para atender los fines de la liquidación y las perspectivas de realización hiciesen inviable la satisfacción *en un plazo razonable*.

Para evitar, pues, las disfunciones anteriores, *el Juez propugna una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC, entendiendo por créditos restantes únicamente los créditos postconcursales (créditos contra la masa), exonerando condicionalmente a los concursados del pago de los créditos ordinarios pendientes, a fin de no*

*incrementar su pasivo de forma innecesaria y por causas imputables a la propia utilización del procedimiento concursal.*

Pero dicha interpretación afecta a otros preceptos de la LC sin que el Juzgador resuelva la forma en que los mismos deben entenderse.

En efecto, el Auto no explica si la interpretación correcta del artículo 178.2 LC es la formulada por él, cómo debe entenderse el artículo 60 LC. Este artículo, encuadrado en la Sección 3.ª, Capítulo 2.º del Título III de la LC, «*Efectos [de la declaración de concurso] sobre los créditos en particular*» señala: «1. Desde la declaración *hasta la conclusión* del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por *los créditos anteriores a la declaración*.

…3. *En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso*». Es decir, el precepto presupone que tras la conclusión del concurso pueden quedar *créditos anteriores a la declaración de concurso pendientes de pago, y consiguientemente acciones ejercitables, cuyo plazo de prescripción se inicia nuevamente*. Lo cual no se compagina con la mencionada interpretación restrictiva del Auto en cuestión (9).

Pero es que tampoco se compagina con la mencionada interpretación, la regulación del artículo 179 LC sobre la reapertura del concurso.

## 4. La reapertura del concurso

El presupuesto material que habilita para la reapertura del concurso, se encuentra implícitamente determinado en el artículo 179.2 LC. Se señala en este precepto, con relación a las personas jurídicas, que la reapertura se limitará a la fase de liquidación de *los bienes y derechos aparecidos con posterioridad*. Por lo tanto, el presupuesto material de la reapertura del concurso consiste en la *aparición de bienes y derechos sujetos a responsabilidad por los créditos reconocidos en el proceso archivado y que no hallaron en él una cabal satisfacción* (10).

---

(9) La Ley 38/2011 ha modificado el artículo 60 LC, que queda redactado con el siguiente tenor:

«1. *Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.*

2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas.

3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.

4. *En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso*».

(10) Dichos bienes y derechos aparecidos pueden ser tanto bienes adquiridos después de la conclusión del concurso anterior (en el caso de personas físicas), como bienes que no se conocían en el momento de la conclusión, aunque ya se encontraran en el patrimonio del concursado o de un tercero responsable. Que el presupuesto material es el indicado también se deduce del artículo 180.1 al hablar de la actualización del inventario: «…La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad…».

Como señala BELLIDO (11), la razón de ser del artículo 179 LC reside en que la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos no extingue la responsabilidad del deudor respecto del pago de los créditos insatisfechos en el proceso concluido, citando en apoyo de esta afirmación la Exposición de Motivos de la LC, que conecta claramente el instituto de la reapertura con el mantenimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor tras la conclusión. En efecto, en su apartado IX, la citada Exposición indica: «En los casos de conclusión por inexistencia de bienes y derechos del concursado o de terceros responsables, con los que satisfacer a los acreedores, *que conservan su derecho a hacer efectiva la responsabilidad del deudor sobre los que en el futuro aparezcan, la Ley contempla también la reapertura del concurso,* tanto si se trata de deudor persona natural como de persona jurídica. En este último caso, puesto que la conclusión por inexistencia de activos patrimoniales lleva consigo la extinción de la persona jurídica, la reapertura por aparición posterior de bienes y derechos se concretará a liquidarlos; *pero si se trata de persona natural, la continuación de su actividad patrimonial habrá podido reflejarse tanto en la aparición de activos como de nuevos pasivos, lo que habrá de tenerse en cuenta en la actualización del inventario y de la lista de acreedores*» (12).

Pero es que además, el artículo 180 LC, al hablar de la actualización de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior, señala que la actualización de la lista de acreedores consistirá en indicar la «*cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes,* y a incorporar a la relación los acreedores posteriores», *créditos subsistentes, que la LC no precisa deban ser exclusivamente créditos contra la masa*. Es posible que para salvar las disfunciones que la interpretación restrictiva del artículo 178.2 propugnada plantea con respecto a la regulación de la reapertura del concurso, el Auto establezca precisamente una exoneración del pasivo pendiente *condicional, o provisional, no definitiva, que en última instancia lo que impide es el inicio de enajenaciones singulares por los acreedores o el surgimiento de la hipotética obligación de solicitar inmediata reapertura del concurso, pero no la reapertura o la declaración de nuevo concurso, si aparecieran nuevos bienes o los deudores llegasen a mejor fortuna*.

La interpretación del Auto plantea, pues, importantes disfunciones con preceptos varios de la LC y maximaliza el deber de solicitar la reapertura del concurso, pues, de los preceptos comentados se infiere que tal deber *queda supeditado al presupuesto de la aparición de nuevos bienes y derechos*, por lo que es evidente

---

(11) BELLIDO, R: «Comentario al artículo 179 LC», en *Comentario de la LC.* Tomo II, 1.ª ed,, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004, págs. 2678 y 2679.

(12) Para que proceda la reapertura del proceso concursal archivado que se hubiere dirigido frente a una persona natural es preciso también la concurrencia de un presupuesto temporal consistente en que no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido en la Ley (art. 179.1), que es de cinco años. El significado de esta norma no es que no pueda procederse a realizar una nueva declaración de concurso del deudor persona natural una vez transcurridos cinco años desde la terminación de un concurso anterior si concurren los presupuestos establecidos en la ley (art. 2), pues su personalidad jurídica, su responsabilidad patrimonial universal por el pasivo insatisfecho en el concurso anterior concluido y la posible asunción de nuevas deudas subsisten, *sino incorporar una norma especial sobre caducidad de la instancia, de manera que, pasado dicho plazo, no puede reabrirse el proceso ya terminado, ni incorporar las actuaciones de este al nuevo proceso en curso como consecuencia de la nueva declaración* (BELLIDO, R., «Comentario al artículo 179 LC», *op. cit.*, pág. 2679).

que la Ley *no impone una inmediata solicitud de declaración de concurso en un caso como el enjuiciado*, no pudiendo entenderse que la omisión de tal solicitud inmediata acarrearía para el deudor las sanciones que la Ley impone en caso de omisión del deber del artículo 5 en relación con el artículo 2 de la LC. Es más, la LC, aunque el Auto comentado parece entender que no hay una expresa previsión de conclusión de la liquidación en situaciones como la enjuiciada, parte de la posible conclusión del concurso por *insuficiencia de bienes y derechos del deudor o de un tercero responsable para satisfacer los fines de la liquidación, pues entre las actuaciones que el artículo 180 LC señala para la actualización del inventario se indica la de corregir la valoración de los bienes y derechos subsistentes*. Más explícitamente, la nueva redacción dada al artículo 152.2 LC por Ley 38/2011 señala: «Concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la Sección de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. *No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal*». A nuestro juicio, pues, insistimos, se incurre en una interpretación maximalista de la LC que conduce al juzgador a entender existentes unas disfunciones que realmente la LC no provoca (13).

## III. A PROPÓSITO DE LA AFIRMACIÓN DE QUE EL CONCURSO DEL CONSUMIDOR NO RESUELVE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

Es frecuente en la doctrina la afirmación de que el concurso del consumidor no resuelve su situación de sobreendeudamiento o insolvencia. Idéntica afirmación efectúa el juzgador en la resolución que se comenta cuando señala que el concurso del caso concluye *sin superar el presupuesto objetivo del concurso, o sea, el estado de insolvencia del deudor. Por esta razón se presenta como necesidad*

(13) La Ley 38/2011 da una nueva redacción al artículo 179 LC del siguiente tenor:

«1. La declaración de concurso de deudor, persona natural, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de este. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.

2. La reapertura del concurso de deudor, persona jurídica, concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de este, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil.

3. En el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido».

*imperiosa la exoneración del pasivo pendiente, solución que sí permitiría superar tal presupuesto objetivo.*

Desde esta perspectiva, el concurso se concibe como un procedimiento «inútil». Sin embargo, a nuestro juicio, esto no es así. Hay que tener en cuenta que el fin primordial del concurso, de toda legislación concursal, es *la satisfacción lo más equitativa y eficiente posible de los créditos de los acreedores, particularmente ordinarios, concediendo al mismo tiempo ciertos beneficios al deudor insolvente*.

Ante una situación de sobreendeudamiento del consumidor, «la ejecución global que supone el procedimiento concursal parece más recomendable *a priori* que sucesivas ejecuciones singulares, siempre que se den los presupuestos objetivos y subjetivos del concurso. Ya la propia declaración de concurso produce efectos beneficiosos para el consumidor sobreendeudado: si hay convenio, puede evitar la ejecución de su patrimonio; se impide el inicio de nuevas ejecuciones singulares y se suspenden las ya iniciadas —salvo los casos… de los acreedores con garantía real de bienes no afectos—; se suspende el devengo de intereses legales o convencionales —excepto los créditos de garantía real (art. 59 LC) y los salariales—, se genera un derecho de alimentos, del artículo 47 LC. Además la paralización de las ejecuciones y del devengo de intereses permite que el concursado disponga de un tiempo adicional para negociar un arreglo financiero de la situación…» (14). La posibilidad de que se rehabiliten créditos y contratos (arts. 68 y 69 LC), la enervación del desahucio en arrendamientos urbanos (art. 70 LC), así como la posibilidad de solicitar la resolución de contratos en interés del concurso (art. 61.2 LC), o de que se acuerde por el juez el cumplimiento del contrato, aunque exista causa de resolución, atendiendo al interés del concurso, son otros tantos beneficios de que puede disponer el deudor concursado. Algunos de los beneficios del concurso se derivan del carácter voluntario del mismo (así, art. 40.1 LC, por ejemplo), otros son comunes al concurso necesario. Precisamente todos estos beneficios del concurso incentivan el cumplimiento por el deudor del deber de solicitar la declaración (15).

---

(14) Álvarez Lata, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema…», *op. cit.*, págs. 174 a 176.

(15) Estos incentivos positivos son mayores que los llamados incentivos negativos. Esto es, también se incentiva de forma negativa el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, a través de la sanción que recae sobre el deudor en supuestos de incumplimiento. Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el artículo 105 LC prohibía al concursado que había incumplido el deber de solicitar el concurso (si el concurso se declaraba a solicitud de otros legitimados), presentar propuesta anticipada de convenio, cuya aprobación se facilita mediante el sistema de adhesiones individuales de los acreedores, no teniendo, por tanto, que ser aprobado el convenio en junta. Actualmente, tras la reforma, ya no existe tal prohibición, pero persiste la de calificación del concurso como culpable. Con arreglo al artículo 165.1.º LC, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave, que califica el concurso como culpable (art. 164.1) cuando el deudor hubiera incumplido el deber señalado (art. 165.1.º LC). El deudor, persona física, podría sufrir la sanción señalada en el artículo 172.2.2.º LC, que es una sanción importante, aunque se ha señalado que la verdadera eficacia disuasoria del incumplimiento del deber de solicitar el concurso se encuentra en el régimen de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC, aplicable al deudor persona jurídica con forma societaria mercantil. De modo que las sanciones conectadas al incumplimiento del deber de solicitar el concurso tendrían una escasa eficacia incentivadora de la solicitud de concurso voluntario en el caso del deudor persona física, siendo mayores los incentivos positivos (Pulgar Ezquerra, J., «El

Se insiste en señalar que la LC no presta una atención específica al consumidor, ni tan siquiera tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 3/2009, previendo un procedimiento especial (que podría existir en la propia LC o en el ámbito de la legislación de consumo) y soluciones específicas para el mismo. Si bien esto es cierto, no hay que olvidar, que antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, existía una tramitación abreviada del concurso de acreedores (art. 190 LC), que el juez debía aplicar «cuando el deudor sea persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros». Ello permitía reducir el coste económico y temporal del concurso, suponiendo un importante beneficio para el concursado consumidor. No obstante, ha sido objetivo de la última reforma, como se expresa en su Exposición de Motivos (IV): «que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, *se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado…*

*La Ley se detiene en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas cuando concurran determinadas circunstancias que la experiencia de estos años de aplicación de la Ley Concursal ha permitido constatar…*». Si bien el contenido del nuevo artículo 190 parece contemplar primariamente al deudor empresario, lo cierto es que también es aplicable el nuevo procedimiento abreviado al consumidor, pues, «el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso *no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:*

1.ª *Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.*
2.ª *Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.*
3.ª *Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.*

Cuando el deudor sea una persona natural, el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica» (16).

Por otro lado, «aun cuando no se contemple formalmente una tramitación procedimental especial en relación al concurso del consumidor, a lo largo del articulado de la LC se contemplan algunas normas especiales que solo son aplicables a los deudores, personas naturales, y por ende al consumidor, persona

---

presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* Cuena Casas, M., y Colino Mediavilla, J. L. (coords.), Editorial Aranzadi, 1.ª ed., Cízur Menor, 2009, págs. 86 a 89). Otro incentivo a la pronta declaración del concurso por el deudor se deriva del artículo 22 LC.

(16) Según la Disposición Transitoria decimotercera de la Ley 38/2011, «los apartados 5 y 6 del artículo 184 y los artículos 190, 191, 191 bis, 191 ter y 191 quáter de la LC, modificados por esta Ley, *serán de aplicación en los procedimientos concursales que se inicien a partir de la fecha de su entrada en vigor*».

natural: normas relativas al emplazamiento del deudor (art. 184.7 inciso 2.º), a la publicidad registral de la declaración de concurso (art. 24.1), fallecimiento del concursado (art. 182), derecho de alimentos (arts. 47 y 84.2.4.º LC), personas relacionadas con el deudor (arts. 93.1 y 92.5.º LC), efectos de la apertura de la liquidación (art. 145.2), de la conclusión (art. 178.2) o la reapertura del concurso (art. 179.1) Todo ello debe completarse además con aquellas otras normas que contemplan el supuesto en que el deudor, persona natural, esté casado, en los que normas especiales disciplinan el contenido de la memoria que debe acompañar el propio deudor con su solicitud de concurso o adjuntar en supuestos de concurso necesario, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración del concurso de acreedores (art. 6.2.2.º II en conexión con el art. 21.1.3.º LC). Asimismo en otras normas se regulan los bienes conyugales (arts. 77 y 78), los créditos contra el cónyuge del concursado (art. 84.1, inciso 2.º), la formación del inventario (art. 82.1, inciso 2.º) o el derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (art. 77.2, inciso 2.º)» (17).

*Además, la obtención de los beneficios ligados a la declaración de concurso no se vincula exclusivamente al estado de insolvencia actual del deudor sino incluso al caso de sobreendeudamiento que no llega a la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.* En este sentido se pronuncia Emilio BELTRÁN: «En la mayoría de los casos, el concurso se declara cuando *el activo es inferior al pasivo* (*hay insuficiencia patrimonial*). Pero con cierta frecuencia, el estado de insolvencia coexistirá con un superávit patrimonial, porque no es posible liquidar el patrimonio o porque no será posible hacerlo ordenadamente y ni siquiera será posible la obtención de crédito o su aplazamiento. En algunos casos excepcionales, se encontrarán también en estado de insolvencia aquellos deudores que, *a pesar de tener bienes suficientes y a pesar incluso de que podrían obtener liquidez a corto plazo, no podrían cumplir regularmente las obligaciones*. Si entendemos por cumplimiento regular el realizado de acuerdo con los medios ordinarios, regulares, con que cuente el deudor, parece claro que, cuando ejercite una actividad empresarial o profesional, será cumplimiento regular el realizado según las reglas observadas por los operadores económicos en el sector de actividad de que se trate, y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad, de modo que será insolvente, el deudor que no pueda afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes, regulares, *y en el mismo sentido, cuando se trate de un consumidor, la regularidad, y por tanto la solvencia, habrá de ser apreciada en relación con sus ingresos ordinarios.*

*Si eso es así hay que entender que el sobreendeudamiento o endeudamiento excesivo constituye al consumidor en estado de insolvencia. Es verdad que cuando se habla de sobreendeudamiento no se está haciendo referencia necesariamente a una situación de insolvencia, de imposibilidad de satisfacer las obligaciones, sino a una situación en la que se supera determinado nivel de deudas considerado razonable. Sin embargo, la LC define la insolvencia de una forma tan amplia que … no parece que exista inconveniente alguno en la mayoría de los casos para declarar el concurso del consumidor sobreendeudado, en la medida en que no solo se encuentran en estado de insolvencia quienes carecen de bienes suficientes para hacer frente a sus obligaciones exigibles (situaciones de insuficiencia patrimonial), sino también*

(17) PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores,* 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2005, págs. 201 y 202.

*aquellos que, a pesar de tener bienes suficientes, carecen de la liquidez necesaria para cumplir sus obligaciones (situaciones de iliquidez) e incluso aquellos cuyos ingresos ordinarios o regulares no basten para satisfacer sus obligaciones a medida que estas vayan haciéndose exigibles*.

Por el contrario, es indiferente a los meros efectos de la declaración de concurso, que el sobreendeudamiento sea activo, es decir, que derive de un endeudamiento excesivo desde su origen o pasivo, es decir, que se produzca como consecuencia de una circunstancia sobrevenida» (18).

Existen pues efectos beneficiosos indudables del concurso para el consumidor sobreendeudado, lo que no convierte en «inútil» al procedimiento, e incluso este podrá, teniendo presente lo expuesto por Emilio BELTRÁN, permitir *regularizar* la situación de un consumidor sobreendeudado que aún no presenta una situación de insuficiencia de activo. Ello no significa que la Ley Concursal no pueda ser mejorada en cuanto a su atención al deudor consumidor, para obtener una mayor utilización de la misma, pues lo cierto es que las cifras de concurso de personas físicas en España son cuantitativamente anecdóticas (19).

## IV. DISTORSIONES DEL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA: ¿SALVABLES POR VÍA INTERPRETATIVA?

Se ha dicho que en las distintas fases y efectos del nuevo concurso de acreedores, *parece partirse de la condición empresarial del deudor*, en la que se apoya la finalidad conservativa del concurso y la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 44 LC), así como la paralización de la ejecución de las garantías reales tras la declaración del concurso, sobre bienes afectos a la actividad empresarial (20). Si bien puede decirse al mismo tiempo con FERNÁNDEZ SEIJO que si se realiza una primera lectura de la LC, se aprecia que la misma se redacta sobre la base del deudor *persona física [empresario individual, profesional o consumidor],* y que cuando hay que referirse al concursado persona jurídica, el texto normativo hace expresa mención a dicha circunstancia.

Es innegable, desde luego, que la LC (y la reforma efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), presta una atención especial a la insolvencia de las personas jurídicas, especialmente de comerciantes, pero dada la unidad subjetiva, de disciplina y de procedimiento de la que parte, tampoco la LC olvida a la persona física, como demostramos en el epígrafe anterior.

---

(18) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coords.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009, págs. 130 y 131.

(19) Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un proceso concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores),* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2008. CUENA CASAS señala, tomando los datos de la página web del INE (www.ine.es), que en el último trimestre de 2010, en plena crisis económica y habiendo alcanzado los cuatro millones de parados, de un total de 1.489 concursos, solo 284 lo fueron de persona física, con y sin actividad empresarial (un 19 por 100 del total), contrariamente con lo que ocurre en otros ordenamientos, como el estaduodinense en el que es la cifra de insolvencia empresarial la que es residual (CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio de 2011, nota 10).

(20) PULGAR EZQUERRA, J., «La declaración del concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 190.

No obstante, la doctrina insiste en señalar *distorsiones que presentaría la LC en el tratamiento de la insolvencia de la persona física*. Nuestra tesis es que, por lo menos, algunas de esas distorsiones podrían resolverse por vía interpretativa, mientras una adecuada reforma, en su caso, no las resolviese.

Se señala que ciertas características de la insolvencia del consumidor no se adaptan a la estructura del concurso, máxime cuando algunos de los efectos de los que goza el deudor empresario no son trasladados al deudor persona física. En este sentido se señala que la LC no prevé ningún tipo de protección de la vivienda familiar. Ni hay protección especial de la vivienda no hipotecada, tanto si es privativa del concursado como si es ganancial, siempre que responda de obligaciones del concursado, lo que sucederá *ex* artículo 1373 del Código Civil, *ni se paralizan ejecuciones hipotecarias en caso de bienes no afectos* (ex *art. 56 LC),* como es la vivienda del deudor. Sí, en cambio, hay posibilidad de enervar el desahucio y de rehabilitar el contrato (art. 70 LC) (21). Sin embargo, es preciso tener en cuenta el artículo 78.4 LC, así como una posible interpretación de los artículos 55 y 56 LC, que no están aplicando los Tribunales, pero que es sostenible según demostramos en otro lugar (22), y que permitiría una mayor protección de la vivienda familiar, en espera de una reforma de la LC que establezca claramente la paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar como efecto de la declaración de concurso.

En cuanto a los inconvenientes que en materia de concursos conexos se plantean para las personas casadas (arts. 3.5 y 25.3 LC), han sido resueltos por vía interpretativa (23). «En supuestos en que concurra en ambos cónyuges una situación de insolvencia y hubieran sido declarados en concurso se prevé en la LC que la administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar la acumulación de los procedimientos concursales ya declarados (art. 25.3 LC), sin que legalmente se contemple expresamente en estos supuestos la posibilidad de solicitud conjunta de concursos, esto es, desde la declaración misma del procedimiento y no con posterioridad a dicha declaración, que en principio solo se contempla cuando el concurso es necesario, en los supuestos contemplados en el artículo 3.5 LC, esto es, en situaciones de confusión de patrimonios entre los deudores o si siendo estos personas jurídicas forman parte de un mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones (art. 3.5 LC).

*No obstante, la jurisprudencia derivada de los nuevos Juzgados de lo Mercantil ha procedido en sus primeros pronunciamientos a una interpretación extensiva de los supuestos en que procedería una solicitud de declaración conjunta de concurso*, que presenta indudables ventajas procesales particularmente para los acreedores frente a una posterior acumulación de procedimientos ya declarados (art. 25 LC), *admitiendo en supuestos de situación acreditada de insolvencia en ambos cónyuges la declaración conjunta del concurso de estos sobre la base de*

---

(21) Vid. Cuena Casas, M., *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física.* eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias _LC.pdf.

(22) Jiménez París, T. A., «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* mayo-junio de 2011, núm. 725.

(23) Vid. Cuadrado Pérez, C., «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* noviembre-diciembre de 2011, núm. 728.

*una interpretación extensiva del artículo 3.5 LC, con tramitación coordinada y facultativamente administración concursal única, no solo en supuestos de concurso necesario, como parece derivarse del tenor literal del artículo 3.5 LC, sino incluso en supuestos de concurso voluntario* decidiendo de oficio dicha declaración conjunta el juez competente para declarar el concurso. Se tramitarán así de manera coordinada, desde un momento inicial, los procesos concursales de ambos cónyuges, determinando las deudas privativas y las comunes así como los acreedores de uno y otro cónyuge y los que pudieran ser comunes [en esta línea, Auto de declaración de concurso voluntario en un supuesto de insolvencia de ambos cónyuges, de 29 de diciembre de 2004, Juzgado de lo Mercantil, núm. 3, Barcelona. Vid. Texto íntegro en *RCP,* núm. 3, págs. 210-215]» (24). Esta solución jurisprudencial ha sido acogida por el legislador en la reforma operada por Ley 38/2011 (25).

Se ha indicado que el convenio anticipado, al superponerse con la fase común, intentaba paliar la larga duración del procedimiento, y por lo tanto, los costes del concurso (se reconoce la existencia de múltiples créditos contra la masa que constituyen, en definitiva, su coste). E igualmente, se decía, lo ha intentado el procedimiento abreviado, si bien este no constituía una solución para la insolven-

---

(24) Pulgar Ezquerra, J., «La declaración del concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 196.

(25) El apartado 18 del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, añade un nuevo Capítulo III al Título I de la Ley, que modifica el artículo 25 y añade los nuevos artículos 25 bis y 25 ter.

Artículo 25: «1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges…

2. El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges…

4. Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo…».

Artículo 25.bis: «1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:

…5.º De los cónyuges.

…2. En defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.

3. La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso…

Artículo 25.ter: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas.

2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

La Disposición Transitoria 8.ª prevé que «los artículos 25.bis y 25.ter de la LC, modificados por esta ley, *serán de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor,* siempre que en ninguno de ellos se hubiesen aprobado los textos definitivos, lista de acreedores e inventario». Como el artículo 25 ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012 (Disp. Final 3.ª-1) para los procedimientos que se inicien a partir de entonces, *las soluciones aportadas por la jurisprudencia podrán seguirse aplicando a los procedimientos concursales que se hubieran iniciado antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma concursal.*

cia del consumidor. Se daban dos razones: porque era una simple especialidad del procedimiento ordinario y en modo alguno un procedimiento especial y en segundo lugar porque las dos especialidades que se preveían en el mismo, reducción del coste temporal y económico al reducirse a la mitad los plazos previstos en la LC y la previsión del nombramiento de un solo administrador concursal (lo que también reduce el coste del procedimiento) no eran suficientes para el tratamiento de la insolvencia del consumidor. Sin embargo, sobre este aspecto ha incidido la reforma integral de la LC, como ya hemos apuntado antes creando un verdadero procedimiento abreviado. A ello puede unirse la reforma en materia de notificaciones y publicidad concursal (art. 6 del RDLey 3/2009), que se ha dicho supone un importante avance en la protección del consumidor, si bien, podría reflexionarse, como señala Emilio BELTRÁN acerca de la conveniencia de que la administración concursal de los concursos de los consumidores fuese encargada a funcionarios o a miembros de las juntas arbitrales de consumo, que desempeñasen esa función sin coste añadido (26).

Se indica también que la LC penaliza la solidaridad familiar, al considerar créditos subordinados los de las personas especialmente relacionadas con el deudor (arts. 92.5 y 93 LC) (27). Los créditos frente al concursado de que sean titulares quedan legalmente postergados, recibiendo un trato peor que el de los acreedores ordinarios, tanto en caso de convenio (la espera pactada comenzará a contar cuando hayan sido satisfechos los créditos ordinarios) como, sobre todo, en caso de liquidación, ya que los créditos subordinados solo podrán ser satisfechos en el caso de que hayan sido pagados íntegramente los créditos ordinarios. Además, las adquisiciones de bienes realizadas del concursado a título oneroso por dichas personas en los dos años anteriores a la declaración de concurso (incluso derivada de los acuerdos conyugales en caso de nulidad, separación o divorcio refrendados judicialmente), se presumen perjudiciales, y por tanto, son rescindibles, salvo prueba en contrario (art. 71.3.º LC). Igualmente, las donaciones presumidas entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes (art. 78.1. y 2 LC) (28). Sin embargo, a nuestro juicio, y en una primera aproximación, por lo menos algunas de las medidas indicadas, constituyen un escudo protector a favor de los acreedores frente a posibles fraudes.

Se ha señalado que el consumidor necesitaría un convenio preventivo específico (solución preconcursal). En este sentido se indica que un procedimiento preventivo extrajudicial, apoyado en los profesionales jurídicos especialmente cualificados —notarios y registradores— se encontraba diseñado bajo el nombre de suspensión de pagos en la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995, redactada por el profesor Ángel ROJO. Pero no hay que olvidar que la LC permite la propuesta anticipada de convenio. Se trata, como se ha indicado antes, de superponer la tramitación del convenio (no solo la propuesta, sino también la aceptación por los acreedores y la aprobación judicial) a la fase común del concurso. Esta figura, unida a la posibilidad de solicitar el concurso voluntario en caso de insolvencia inminente, permite al deudor consumidor instar su concurso antes de que ocurra el estado de insolvencia, de modo que de alguna manera, vendría a ocupar el papel del convenio preventivo. Teniendo presente que las prohibiciones diseñadas en el artículo 105 LC están concebidas mayormente

(26) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 127 a 128.
(27) *Op. cit., loc. cit.*
(28) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 138 a 140.

para empresarios y profesionales, los consumidores, con carácter general pueden acceder a esta solución del concurso. La norma del artículo 105 LC beneficia al consumidor (29).

---

(29) BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, pág. 125 a 127. El Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, Convergencia i Unió, propuso una enmienda al Artículo único.Uno del Proyecto de Ley de reforma de la LC (que ha dado lugar a la Ley 38/2011), en el sentido de añadir un apartado 4 al artículo 5 de la LC, en el cual se reconocía la posibilidad de un convenio extrajudicial del deudor, persona natural, con sus acreedores, alcanzable mediante un procedimiento notarial. Se trataba de desjudicializar y promover la solución convencional de la insolvencia del deudor, persona natural. El texto propuesto era el siguiente: «El deber de solicitar la declaración de concurso tampoco será exigible al deudor, persona natural, que haya iniciado el procedimiento notarial legalmente previsto para promover un convenio con sus acreedores y lo ponga en conocimiento del Juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses desde la comunicación al Juzgado, el deudor que no haya alcanzado un pacto con los acreedores, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, *si subsiste la insolvencia*.

A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, y dentro del procedimiento notarial, legalmente previsto, el deudor persona natural podrá promover ante notario un convenio con sus acreedores, sobre la base de los bienes y derechos de que aquel sea titular. El convenio podrá establecer condonaciones y esperas y será vinculante para todos los acreedores a los que el deudor haya notificado fehacientemente el inicio del procedimiento notarial, siempre que se adhieran al mismo acreedores cuyos créditos en conjunto representen más de un 50 por 100 del valor total de las deudas sobre cuya existencia e importe exista conformidad con el deudor. A efectos del cómputo, no se incluirán los acreedores con garantía hipotecaria o pignoraticia, que solo quedarán afectados por el contenido del convenio si votan a favor del mismo.

Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá impugnar ante los Juzgados de lo Mercantil del domicilio del deudor la validez del convenio notarial a que se refiere el párrafo anterior, si se hubiera alcanzado en fraude de acreedores o con preterición negligente de algún bien o derecho o de alguna deuda. La estimación de dicha impugnación determinará el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso de acreedores. Los pagos realizados en virtud del convenio serán reintegrables a la masa del concurso.

El acreedor que haya sido omitido en la relación de acreedores incorporada en el procedimiento notarial no quedará vinculado por el convenio que, en su caso, se alcance y podrá ejercitar individualizadamente sus derechos ante los tribunales de justicia para la satisfacción de sus créditos, pero no podrá impugnar dicho convenio» (del mismo tenor fue la enmienda, núm. 124 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés).

Esta enmienda se completaba con la enmienda número 5 del mismo grupo (Convergència i Unió) en la que se proponía añadir una Disposición Adicional sexta a la LC, en la que se regulase «el procedimiento notarial destinado a la liquidación patrimonial por sobreendeudamiento de las personas naturales». El texto propuesto era el siguiente:

«1. El procedimiento regulado en esta disposición se aplicará exclusivamente a las personas naturales.

2. La persona física o los cónyuges que se encuentren en situación de sobreendeudamiento podrán iniciar el presente procedimiento notarial ante Notario hábil para actuar en la población en que tengan su domicilio familiar habitual.

3. El solicitante deberá declarar, y si fuese menester aportar o exhibir la documentación necesaria para ello, lo siguiente:

*a)* La descripción de todo su activo patrimonial, que en lo que concierne a los bienes, derechos o cualquier otra titularidad registrable, deberá contener necesariamente los datos que permitan su identificación registral.

*b)* La descripción suficiente que permita identificar las deudas, con singular determinación de los acreedores y de sus circunstancias personales o sociales.

Se señala también que pese a que la reforma de 2009 ha incentivado las propuestas anticipadas de convenio, las soluciones convencionales que prevé la LC en el concurso del consumidor presentan algunos problemas. Teniendo en cuenta los requisitos de las mismas, y los supuestos en que dichos requisitos son excepcionados, es claro que son proposiciones pensadas, sobre todo, para el ámbito del deudor empresarial. Además los acreedores carecen de incentivos hacia el convenio, ya que al no haberse establecido fórmula alguna de liberación de deudas, el deudor va a responder de todas sus obligaciones con todo su patrimonio presente y futuro, independientemente del resultado del concurso (art. 1911 CC y art. 570 LEC). Por otro lado, la posibilidad de alcanzar quitas y/o esperas, se ve dificultada porque algunos de los principales acreedores del consumidor serían las entidades financieras que, como acreedores privilegiados, podrían abstenerse en la votación del convenio, dificultando la obtención de las mayorías legales (30).

Frente a lo expuesto, cabe alegar que una invocación al artículo 14 y a los artículos 51 y 53 de la CE podría permitir al Juez del Concurso, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de los límites del artículo 100.1 LC. Un convenio más flexible, que pueda incorporar un verdadero plan de pagos (aunque de suyo el convenio que cumple con los límites del art. 100.1 permite crear un calendario de pagos) puede así resultar mucho más atractivo para los acreedores que la liquidación, teniendo presente que en el mismo *pueden pactarse limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor* (arts. 133 y 137 LC) que garanticen el cumplimiento del convenio y el de las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel (art. 142.3 LC). Por otro lado, la interpretación que hemos formulado en otro lugar sobre los artículos 55 y 56 LC, favorecería que el acreedor privilegiado con garantía sobre bienes no afectos (pensamos en la vivienda familiar) pudiera tener mayor interés en obtener prontamente un convenio, para lo cual aportaría su adhesión o voto favorable (pues excluido su derecho de ejecución separada (arts. 55.4 y 56 LC) quedaría sujeto a las vías de solución del concurso, convenio, con derecho de abstención, o liquidación).

Insistiremos ahora sobre el punto indicado en el Auto acerca de la imposibilidad, en palabras del Juzgador, de inadmitir *ad limine litis* la solicitud de declaración de concurso, cuando no hay masa activa suficiente, y que justificaría una situación de concurso permanente *del deudor cuyo concurso concluyó por inexistencia de bienes y derechos con los que continuar la liquidación*.

Son concursos sin masa *ab initio* aquellos en los que desde el momento mismo en que se presenta la solicitud de concurso (voluntario o necesario), se manifiesta una inexistencia de bienes y derechos del deudor o una insuficiencia de estos *para poder cubrir las deudas de la masa, «no tanto en su vertiente de obligaciones, pues la propia inexistencia o insuficiencia de masa determinará que*

---

*c)* El nombre y demás circunstancias necesarias del Letrado colegiado en quien delega la negociación.

*d)* La propuesta que ofrece para la mejor satisfacción de sus deudas, dentro de lo que pueda alcanzar a satisfacerse con los bienes declarados.

4. El notario comunicará el inicio del presente procedimiento notarial a todos los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles u otros en que pueda constar la titularidad de elementos del activo susceptibles de registrarse».

Esta solución extrajudicial no fue finalmente acogida por el legislador.

(30) Álvarez Lata, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema…», *op. cit.*, epígrafe 4.2.

*sean pocas las obligaciones que se contraigan durante el procedimiento, cuanto en su vertiente de "gastos del procedimiento"», que nacen para hacer posible el concurso* (PULGAR EZQUERRA). Para una opinión, declarar un concurso en estas circunstancias resultaría antieconómico, pues no se podría cubrir los gastos de la masa, y la masa pasiva se incrementaría, sin poder atenderse además a la retribución de la administración concursal. En el caso de deudores, personas físicas consumidores, se señala que es más frecuente en la práctica que se dé esta situación, pues estos suelen tener un solo bien (normalmente la vivienda habitual, cuya adquisición se financió con un préstamo con garantía hipotecaria) o bien cuentan únicamente con el salario que perciben mensualmente, del cual solo la parte embargable integraría la masa activa del concurso [el AJM, núm. 1 de Alicante, de 12 de septiembre de 2008, califica como concurso sin masa aquel en que el único patrimonio que compone la masa activa de un deudor consumidor es la parte embargable de su salario]. No obstante, en estos casos el problema de cubrir el concurso los gastos del procedimiento podría *aminorarse,* ya que podría acudirse al beneficio de la justicia gratuita, y subvenir así los gastos de abogado (pero no los de procurador). En cuanto a la retribución de la administración concursal, el Real Decreto-ley 3/2009, ha creado una cuenta de garantía arancelaria que cubra la retribución de la administración concursal en los concursos sin masa (31). Tampoco serían un problema los gastos derivados de la publicidad del concurso al tener esta carácter gratuito tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009 (art. 23 LC) (32). *En este sentido, parecería que tras la mencionada reforma, existen menores inconvenientes para la declaración de un concurso sin masa de un consumidor. Ahora bien, las argumentaciones en las que podría fundamentarse la admisibilidad de los concursos sin masa, en caso de personas jurídicas, decaerían en gran medida en el caso del deudor consumidor. Así, no habría que complementar la masa activa a través de la actualización de responsabilidades subsidiarias de socios personalmente responsables de las deudas sociales (art. 48.5 LC) o a través de la reclamación de las aportaciones sociales diferidas (art. 48.4 LC), o a través de la eventual responsabilidad concursal de administradores o liquidadores (arts. 172.3 y 48.3 LC).* No obstante, hay que reconocer

(31) Artículo 7.2 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, que da nueva redacción al artículo 34.2 de la LC. La letra *d)* del artículo 34.2 señala: «En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente».

(32) Señala el AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 28 de octubre de 2010, que tras la reforma llevada a cabo en la LC a través del Real Decreto-ley 3/2009, se ha tratado de solucionar de forma indirecta el debate interpretativo sobre los concursos sin masa (inadmisión o admisión a trámite), estableciendo para ello el expreso reconocimiento de los mismos y a su vez una concreta modificación de determinados preceptos en orden al cumplimiento de uno de los objetivos de dicha reforma, consistente en la reducción de los costes de tramitación. En este sentido, indica, se regula en el artículo 23.1 de la LC la inserción gratuita del extracto de la declaración de concurso en la página «web» del *BOE*. Se excluye la obligación de publicar edictos en un periódico de difusión en la provincia donde se encuentre el domicilio del deudor, al tiempo que las demás resoluciones a publicar por edictos lo serán a través del Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del Juzgado. Además se anuncia un nuevo arancel en orden a determinar la retribución de los miembros de la Administración Concursal.

que sí que podrían operar los mecanismos de reintegración de la masa activa (arts. 71 a 73 LC, relativos a las acciones rescisorias concursales), devolviendo a la masa bienes que el deudor enajenó aunque se dice que en supuestos de deudor persona física consumidor, *podría resultar demasiado costoso que se declarase un concurso con este objetivo, en función de los resultados obtenidos o de los bienes a reintegrar*, teniendo los acreedores un medio de menor coste económico como es el ejercicio de la acción pauliana (art. 1291 CC), aunque presentaría el inconveniente importante de tener que *probar el consilium fraudis* (33). Igualmente, podría intentarse por la vía del concurso, un completamiento de la masa activa, a través de una eventual pieza de calificación del concurso como culpable, y la determinación de los cómplices en el agravamiento del estado de insolvencia, que pierden cualquier derecho en la masa y han de devolver lo percibido así como indemnizar los daños y perjuicios (art. 172.2.3.º LC). *Dada, pues, la solución que ofrece el Real Decreto-ley 3/2009 para los gastos del concurso, y la posibilidad de acudir al beneficio de justicia gratuita, es perfectamente posible que se admita a trámite un concurso sin masa con las últimas finalidades que hemos señalado.*

Se señala que tal admisión *en todo caso* tendría un sentido claro si el ordenamiento jurídico reconociera el beneficio del *discharge o fresh start,* pues la inadmisión *ad limine,* le estaría privando al deudor de la posibilidad de demostrar que su comportamiento le hace merecedor de tal beneficio. Pero, como sabemos, en España no se reconoce en la LC tal beneficio, subsistiendo, con independencia de la causa de insolvencia, la responsabilidad patrimonial universal, por lo que este no es un argumento para admitir *en todo caso* a trámite el concurso sin masa de un consumidor.

*De lo expuesto hasta el momento se desprende que la cuestión de la admisión o inadmisión de una solicitud de concurso sin masa (que parece clara en el caso del deudor persona jurídica, en el sentido de que debería procederse a la admisión, como regla general), no parece tan clara en el caso de un deudor consumidor. En principio,* puesto que es *conditio sine qua non* de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa o de responsabilidad de terceros pendientes, en supuestos de concurso sin masa *ab initio* de consumidores, la declaración del procedimiento podría orientarse, como hemos indicado, al ejercicio de dichas acciones como medio de satisfacción de los acreedores, de modo que solo fracasando estas, debería concluirse el concurso. Vid., en este sentido, artículo 176.bis.4 LC, introducido por la reforma operada por Ley 38/201, *a contrario sensu.*

Pero además, pueden existir otras razones para admitir a trámite un concurso de un consumidor sin masa *ab initio*. Aunque se trató de un caso de solicitud de concurso de un deudor empresario societario, el AAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de febrero de 2007, apuntó una serie de argumentos favorables a la admisión

(33) Según el artículo 71.1 LC: «Declarado el concurso, serán rescindibles *los actos perjudiciales para la masa activa* realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, *aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». El perjuicio patrimonial se presume *iuris et de iure* cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC). El perjuicio patrimonial se presume *iuris tantum* cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.1 LC) o cuando se trate de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas (art. 71.3 LC).

de un concurso sin masa, que serían predicables en el caso del concurso de un consumidor. Señala el auto que de acuerdo con el artículo 14 LC, cuando se ha presentado una solicitud de concurso voluntario y consta, valorando en su conjunto la documentación aportada, que el deudor solicitante está en estado de insolvencia y que se han cumplido las exigencias documentales del artículo 6 LC, debe procederse a la declaración de concurso. Lo que se apoya además en la circunstancia de que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existe en el Derecho español norma alguna que sujete la declaración a la comprobación previa de la existencia de un mínimo activo realizable, por lo que de acuerdo con el artículo 403.1 LEC en relación con la Disposición Final 5.ª LC, habría que aplicar los imperativos términos del artículo 14 LC y declarar el concurso. Podría argumentarse en contra de lo anterior, reconoce la Audiencia, que el artículo 13 LC de forma más flexible permite al Juez, tras un requerimiento de subsanación infructuoso, dictar auto de inadmisión de la solicitud si estima que «la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto», pudiéndose admitir al amparo de este precepto que existen otros presupuestos del concurso voluntario no presentes en los artículos 2, 3 y 6 LC, cuya no concurrencia podrían determinar la inadmisión (así, existencia de una pluralidad de acreedores y de un activo mínimo). No obstante, aún así, no cabría considerar a este último como presupuesto del concurso, pues a pesar de lo antieconómico que pueda resultar el proceso en sí y para los profesionales que operan en él, existen razones poderosas para declarar el concurso. Serían estas, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso (art. 24 CE), que podría verse lesionado si se cierra la vía concursal a un deudor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la LC ha establecido a ese efecto. Incluso acreditando su estado de insolvencia y con una solicitud válida, se le negaría el concurso, *que es precisamente lo que el legislador le compele a hacer en ese caso (art. 5 LC). En segundo término, la dificultad de valorar en ese momento inicial que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del deudor (art. 6 LC), sin dar oportunidad a los acreedores, y, sobre todo, a la administración concursal, de confirmar o no ese extremo.* Las normas sobre conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos son muy estrictas, imponiendo el artículo 176.2 y 4 LC un informe motivado de los administradores concursales sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, del que se da traslado a todas las partes personadas por el plazo de 15 días y sobre el que tienen que pronunciarse; y el artículo 176.3 impide directamente cerrar el concurso por esta causa sin terminar la pieza de calificación o finalizar las acciones de reintegración o de exigencia de responsabilidad contra terceros. *No parece que este rigor sea compatible con la seguridad y certeza a las que el Juzgado puede aspirar en el momento de la declaración del concurso voluntario* (34). Estos dos argumentos que apunta este Auto, unido a

(34) En contra de lo expuesto por el AAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 22 de febrero de 2007, el AAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 26 de marzo de 2009, señala que la aplicación supletoria de la LEC y de su artículo 403.1, no quita en la provisión de la solicitud del concurso la verificación judicial no solo de los presupuestos y requisitos procesales formales sino también de otros de tipo material, entre los que cabe incluir el de inexistencia de bienes o derechos y carencia de objeto del concurso, no obstante que no venga específicamente recogido en la Ley. Señala el Tribunal que: «*posibilidades en la vida, en abstracto, hay muchas, pero a lo que hay que estar en concreto es a la situación real, según los términos y circunstancias planteadas en la solicitud,* por lo que si la LC ordena la conclusión del concurso "en cualquier estado del procedimiento" cuando el Tribunal "compruebe

la posibilidad de existencia de fraudes en caso de generalizarse la inadmisión de los concursos sin masa (35), los consideramos de peso en orden a defender la postura favorable a la admisión de los concursos sin masa incluso en el caso de deudores personas físicas consumidores.

Fundamentando la inadmisión en razones de economía procesal, pueden citarse: AAP de Murcia, Sección 4.ª, de 30 de enero de 2006; AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2007; AAP de La Rioja, de 6 de julio de 2007; AJM, núm. 1 de Bilbao, de 4 de marzo de 2008, distinguiendo el tratamiento del concurso sin masa en función de que el concurso sea voluntario o necesario (36);

---

la inexistencia de bienes y derechos" (art. 176.1.4.º LC), *lógicamente, sin precipitación y de manera justificada, habremos de predicar lo mismo cuando se trate de adoptar la decisión inicial, convirtiéndose en impedimento para la admisión a trámite del concurso, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación en tal situación, con sus elevados costes, que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso…, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades de interés…* En palabras del AAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 12 de julio de 2007…: la finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la *par conditio creditorum,* tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares. Para cumplir dicha finalidad resulta imprescindible *la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso. Los trámites y requisitos del artículo 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación de su posterior insuficiencia*».

(35) El AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 28 de octubre de 2010, indica que la ausencia de una regulación legal sobre los concursos sin masa, contraviene las recomendaciones contenidas en la Guía Legislativa Uncitral sobre régimen de la insolvencia (Recomendaciones 8 a 13) donde se señala la conveniencia de que las legislaciones en materia concursal contemplen el tratamiento a dar en situaciones de inexistencia e insuficiencia de masa activa, no solo en relación a la conclusión del concurso, sino también y sobre todo, *en sede de declaración del procedimiento, para evitar que el deudor pueda prevalerse de una ausencia de previsión legal al respecto para sustraer bienes de su patrimonio, con el fin de evitar la declaración de un procedimiento concursal y las sanciones a este conectadas.*

(36) Si el concurso es instado por un legitimado distinto del deudor, de acuerdo con el artículo 15 LC, el juez dictará auto admitiendo la solicitud a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184 LC, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud proponiendo los medios de prueba de que intente valerse. El AAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 14 de junio de 2007, insiste en señalar que la LC se pronuncia en términos imperativos, de manera que cuando se ha presentado una solicitud de concurso necesario que reúne los requisitos exigidos por el artículo 7, el camino a seguir es la admisión a trámite de la misma y el emplazamiento del deudor, quien podrá en su caso oponerse a la declaración del concurso. *En nuestra opinión, es evidente que debe procederse así, pues de lo contrario se estaría privando al acreedor de un medio de tutela legítimo*.

Según este Auto, incluso si las diligencias de búsqueda del deudor son infructuosas, aunque el artículo 184.7 LC indica que el juez *podrá dictar el auto de admisión del concurso* (realmente se refiere al auto de declaración pues la solicitud ya ha sido admitida a trámite), la decisión del Juez del concurso (de declarar el concurso o archivar la solicitud) no es discrecional, *sino necesariamente ajustada a la documentación aportada por los acreedores y las averiguaciones practicadas, sin que constituya la insuficiencia de masa activa motivo suficiente*

AJM, núm. 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2006; AJM, núm. 1 de Málaga, de 3 de abril de 2007; AAP de Murcia, de 31 de enero de 2006, 21 de enero de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 3 de abril de 2009.

Como jurisprudencia contraria que invoca la tutela judicial efectiva de los acreedores frente al deudor (art. 24 CE), en conexión con el deber de este de solicitar el concurso (art. 5 LC), para admitir la tramitación de un concurso sin masa *ab initio*, cabe citar el citado AAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de febrero de 2007 y el de la misma Audiencia y Sección, de 14 de junio de 2007 (37).

Revoca un auto de inadmisión a trámite de concurso voluntario de persona física, que se basaba en la inexistencia de masa activa para su decisión, precisamente por acreditarse la existencia de masa (titularidad del usufructo de la mitad de una finca rústica y de una serie de participaciones sociales), el AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 10 de septiembre de 2010. Igualmente, adopta una decisión en el mismo sentido el AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 28 de octubre de 2010, por entender que concurre masa activa en el concurso voluntario de persona física que se había solicitado, al existir un inmueble (vivienda) en la que se desempeña la actividad empresarial del deudor, y ser este partícipe en otras sociedades mercantiles.

Un caso de inadmisión de un concurso sin masa *ab initio* de persona física consumidora, fue el resuelto por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 16 de diciembre de 2009. El Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Santa Cruz de Tenerife, inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario formulada por doña Inés por tratarse de un concurso sin masa *ab initio*, que impediría hacer frente a los gastos del procedimiento concursal (honorarios de administradores, publicación de edictos o llamamiento de acreedores), y porque era inviable el ejercicio de cualquier acción de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros. En estas circunstancias, el concurso no podía cumplir ninguna de las dos finalidades que le son propias: la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor, o de no ser ello posible, la ordenada liquidación del patrimonio. La solicitante del concurso apeló dicha resolución alegando que la inadmisión del concurso *ab limine litis* no está contemplada legalmente; que la insolvencia del deudor es un presupuesto previsto en el artículo 3.2.º LC y que el artículo 176 citado en el Auto recurrido, no sirve para fundamentar la inadmisión, pues contempla una causa de conclusión del concurso. Citando en su apoyo el AAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 3 de abril de 2008.

En la resolución del recurso, la AP de Santa Cruz de Tenerife reconoce que este tema ha suscitado cierta polémica doctrinal y ha dado lugar a resoluciones distintas de las Audiencias, pero, indica: «mayoritariamente se decantan por la solución del Juzgado de lo Mercantil». Aparte de otras resoluciones ya citadas en este trabajo, el Auto cita las de AAP de Pontevedra, de 15 de abril de 2009 y

---

*para el archivo del concurso. Si los datos disponibles justifican el estado de insolvencia del deudor* (teniendo presente, dice el Auto, que resultará más complicado declarar el concurso *inaudita parte debitoris*, si la solicitud la presenta un acreedor fundada en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, pero se contará con más medios de juicio si el acreedor ha tratado de acreditar los hechos enunciados bajo los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 2.4 LC) *y la legitimación de los acreedores (art. 7 LC), deberá procederse a la declaración.*

(37) Hemos seguido en esta exposición de la problemática de los concursos sin masa a Pulgar Ezquerra, J., *El concurso de acreedores. La declaración,* 1.ª ed., Editorial La Ley, Madrid, diciembre de 2009, págs. 198 a 208.

18 de junio de 2009; AAP de La Rioja, de 22 de marzo de 2007; AAP de Cáceres, de 24 de noviembre de 2008, y AAP de A Coruña, de 26 de marzo de 2009. En todas estas resoluciones se exponen razones de economía procesal y seguridad jurídica que permiten la acogida, por vía analógica, de la doctrina elaborada por el TS en el marco de la anterior regulación del procedimiento de insolvencia, en la que se otorgaba carta de naturaleza a la posibilidad de la conclusión *ab initio* del concurso, en los casos en que quedaba acreditada la inexistencia de bienes y derechos del deudor, aunque en aquel marco legal tampoco existía una previsión legal en tal sentido.

El Auto viene a considerar que de forma implícita la LC exige la existencia de algún bien o derecho como presupuesto de la declaración del concurso, y en este sentido cita el AAP de Pontevedra, de 18 de junio de 2009, para el cual, dicho presupuesto se pondría en evidencia en el articulado de la LC: «con la solicitud de concurso el deudor debe acompañar inventario de bienes y derechos detallado (art. 5.2.3.º LC); el auto de declaración del concurso, entre otros pronunciamientos, acordará las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo (art. 21.1.4.º LC); el artículo 40, en relación con el artículo 21.1.2.º, hace referencia a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo que también se erige en pronunciamiento relevante del auto de declaración del concurso; el artículo 43 LC hace referencia a la administración y conservación de la masa activa; el artículo 76 y siguientes regulan la determinación de la masa activa, entendiendo por tal los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, y que será objeto de inventario por la administración concursal (art. 82 LC); y fallida la posibilidad de convenio, es con la masa activa con la que debe procederse al pago a los acreedores en la fase de liquidación (art. 142 y sigs. LC)».

Considera, igualmente, que la situación de insolvencia como presupuesto de la declaración del concurso, obliga al deudor a solicitarla (art. 5 LC), pero ello no determina que el Tribunal deba necesariamente declararlo.

Y en definitiva entiende que, si no existen bienes, ninguna de las dos soluciones del concurso puede lograrse *y menos, cuando el solicitante es persona física y se halla en determinadas condiciones*. En el caso presente, dichas circunstancias eran: la solicitante del concurso era una persona física. Carecía de ingresos, salvo una pensión por invalidez no contributiva de 279,17 euros mensuales. Su esposo, también tenía reconocida una pensión del mismo tipo, de 304,79 euros al mes. La solicitante carecía de bienes libres, pues la vivienda de que es titular está gravada con un crédito hipotecario que consumirá todo su valor; no consta a su favor crédito alguno y el pasivo se integra por una serie de créditos cuya suma supera el activo.

La AP entiende que si bien, como se alega en el recurso, la norma del artículo 176 LC no es por sí sola suficiente para sustentar la inadmisión *ad limine litis*, «es propiamente una causa de conclusión que, además, exige con carácter previo la admisión a trámite del concurso y la determinación, a través del informe de la administración concursal, de la inexistencia de acciones viables de reintegración de la masa activa, o de la responsabilidad de terceros pendiente de ser ejercida y que puedan dar lugar a la ampliación de los patrimonios responsables». Y añade la AP: «*es precisamente la posible existencia de acciones o responsabilidades que puedan aumentar el patrimonio del deudor o añadir a otros patrimonios para*

*satisfacción de los acreedores lo que se erige en un obstáculo para la inadmisión inicial*». Pero ese obstáculo es más teórico que real en el caso de autos, pues en este, no hay el menor atisbo de la procedencia de acciones de reintegración (art. 71 y sigs. LC), ni de acciones rescisorias ni de otras de impugnación de actos de la solicitante que puedan ejercitarse ante el juez del concurso (art. 71.6.º).

Además, al tratarse de una persona natural, resultan inaplicables la mayoría de los supuestos que prevé la LC para completar el patrimonio del deudor o añadir a este otros que también tengan que responder para completar el pago a los acreedores. Tampoco cabe hablar de terceros que pudieran resultar cómplices (art. 166 LC), pues, en el caso que nos ocupa, no hay indicio alguno de la intervención de tales terceros, no participando la solicitante en sociedad ni en actividad mercantil alguna.

Finalmente, al no ser una persona jurídica, tampoco cabe acudir a las posibles acciones de responsabilidad de los administradores sociales, ya por incumplimiento del deber de instar la declaración de concurso en el plazo legal (arts. 105.5.º LSRL y 262 LSA), o por su negligente actuación (arts. 127 y 133 y sigs. LSA a los que se remite la LSRL).

Concluye pues el Auto, afirmando como *ratio decidendi* de su fallo que *no existe en este caso sino un patrimonio inicial negativo de la deudora, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso, por lo que el fin del concurso no puede cumplirse*.

Con independencia de nuestra posición favorable a la admisión del concurso (voluntario, y con mayor motivo, si es necesario) sin masa *ab initio* de persona física consumidora por las razones expuestas antes (posición que parecería reforzada por lo dispuesto en el nuevo art. 176 bis.4 introducido por la Ley 38/2011), *lo que es indudable, a nuestro juicio, es que terminado el concurso de dos personas físicas en las condiciones que describe el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 [esto es, con una masa residual consistente en la parte embargable de las pensiones de los concursados], una solicitud inmediata de concurso voluntario (que sería reapertura del anterior) determinaría, de acuerdo con los argumentos sentados por el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 16 de diciembre de 2009, trasladables a este caso, la inadmisión* ad limine litis *de tal solicitud* (38). *Hay que tener en cuenta que, en este caso, ya ha habido un concurso previo concluido donde se pudieron tutelar los derechos de*

(38) Lógicamente, los acreedores podrán solicitar la reapertura si observan un cambio en la fortuna del deudor o detectan la existencia de nuevos bienes, y su solicitud deberá ser admitida a trámite. Pasado el plazo de cinco años que determina la reapertura del concurso anterior, sí que surgiría de nuevo el deber del deudor persona física consumidor, insolvente, de solicitar un nuevo concurso.

Con idénticos argumentos a los vertidos en el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 16 de diciembre de 2009, puede verse el Auto de la misma Audiencia y Sección, de 10 de marzo de 2010, en un caso en el que la solicitante del concurso, doña Elsa, era una persona física consumidora. Como únicos ingresos contaba con los derivados de su trabajo (unos 870 euros mensuales). Carecía de todo tipo de bienes y no constaba a su favor crédito alguno que pudiera ser realizado. El pasivo ascendía a más de 45.000 euros. El Auto, sobre la base de los mismos razonamientos, concluye dando la misma *ratio decidendi* para su fallo desestimatorio de la apelación y confirmatorio de la inadmisión a trámite: «en este caso no hay sino un patrimonio inicial de la deudora, negativo, sin posibilidad alguna de que se altere a lo largo del concurso. Siendo tal patrimonio inexistente, la satisfacción de los acreedores, fin del concurso, no puede cumplirse de ninguna manera». Este caso, que guarda una analogía mayor con la situación de reapertura de su concurso por los pensio-

*los acreedores. Por otro lado, nos parece que solo la aparición de nuevos bienes o el mejoramiento de fortuna de los deudores durante los cinco años posteriores a la conclusión del concurso por inexistencia de más bienes que liquidar, configuraría realmente la obligación del deudor de solicitar la reapertura del concurso, según se desprende de los artículos 179 y 180 LC, en conexión con el artículo 5 y 176. No existiría, pues, un riesgo de concurso permanente del deudor que concluye un concurso en las condiciones que señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, que obligue a solventar dicha disfunción a través de una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC. Presupuesto lo anterior, decae el sentido de una resolución como la adoptada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona en su Auto de 26 de octubre de 2010* (39).

---

nistas de nuestro estudio, justifica aún más la interpretación que postulamos y el juicio que formulamos sobre el Auto comentado del Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona.

(39) En esta materia va a influir enormemente el nuevo artículo 176 bis de la LC, introducido por la Ley 38/2011, y al que nos referíamos antes, que regula las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Su tenor literal es el siguiente:

«1. *Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa*, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

*No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.*

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. *Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.*

El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

En todo caso, aun cuando fuese plausible la existencia y constatación teórica del riesgo de concurso permanente así como de las dificultades judiciales para impedir en tales casos la reapertura pese a la inexistencia, insuficiencia o carácter muy residual de masa activa, «*de lo que no se puede estar tan seguro es de que el deudor vaya a cumplir completamente con estas previsiones*.

---

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal.

4. *También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.*

*Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.*

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad de dinero suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El secretario judicial admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el secretario judicial dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el artículo 54.4».

Este precepto no contempla (por lo que parece excluirla) la inadmisión *ad limine litis* de los concursos sin masa, poniendo de este modo fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial. El Juez debe esperar a concluir el concurso sin masa *ab initio en el mismo auto de declaración de concurso (por lo que necesariamente habrá oído a deudor y acreedores). Y solo podrá optar por la conclusión cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de tercero. El auto de conclusión puede apelarse.*

*Aun así, seguimos pensando que en un caso como el resuelto por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, procedería una inadmisión* ad limine litis *de la solicitud posterior de reapertura de concurso voluntario, salvo que hubiesen aparecido nuevos bienes o hubiese mejorado la fortuna de los deudores, casos en los que realmente surgiría para esos concretos deudores el deber de promover la reapertura. Tampoco, pues, incluso con la nueva regulación de la LC, podría darse en casos como el estudiado, una situación de concurso permanente que debiera resolverse por la vía de conceder jurisprudencialmente un* fresh start. *Además, el nuevo artículo 179.3 LC prevé expresamente que: «en el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido».* Este nuevo precepto viene a solventar las dudas que podía plantear el artículo 180.2 LC, según el cual el Juez, en caso de reapertura, debía rechazar de oficio y sin ulterior recurso las pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización.

La necesidad del deudor de contar con asistencia jurídica para ello, pero ya sin disponer de recursos, o, salvada esta eventualidad, el hecho de que se tome tantas molestias en el sentido apuntado una vez concluido el concurso, no parecen las circunstancias más propicias para que este riesgo potencial… se convierta sin reparo de ningún tipo en real en todos los supuestos de conclusión por inexistencia de bienes o derechos del concurso. …*Esta falta de certeza absoluta sobre la constatación efectiva de tales desviaciones o perversiones, supuestamente ínsitas en la norma supone, qué duda cabe, un serio revés para contrarrestar completamente la fuerza normativa de este principio [de responsabilidad patrimonial universal]*» (40).

Por otro lado, como se ha indicado, la interpretación restrictiva que propugna la resolución comentada, manteniendo la responsabilidad patrimonial universal respecto de los créditos contra la masa, no evita tampoco las disfunciones que se pretenden superar (41).

## V. TRATAMIENTO DEL *FRESH START* EN DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA (TRABAJOS LEGISLATIVOS)

Son numerosos los ordenamientos de nuestro entorno que han restringido el principio de responsabilidad patrimonial en el marco del procedimiento de insolvencia de persona física (Francia, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Portugal, Italia, Irlanda, Bélgica, Dinamarca, Polonia, Reino Unido, Austria, Finlandia…) (42).

En algunos ordenamientos continentales que con más tradición regulan la figura de la exoneración del pasivo pendiente tras la conclusión del concurso, se exige la cesión voluntaria o *ex lege* a un fiduciario designado por el juez de la parte embargable de las rentas disponibles o créditos futuros del deudor durante un plazo de cinco o seis años para proceder a su distribución entre los acreedores, lo que vendría a constituir una especie de *periodo o fase de cesión de renta o de buena conducta,* [así en la legislación alemana y portuguesa] (43).

---

(40) Rubio Vicente, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo...», *op. cit.*, pág. 240.

(41) *Op. cit.*, págs. 231 y 243.

(42) Cuena Casas, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, pág. 5, nota 3.

(43) «Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente. El modelo anglosajón «volver a empezar» (*fresh start* o *discharge*), adoptado también en algunos países europeos se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables… Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso… El otro modelo vigente es el *modelo de la rehabilitación* (por ejemplo, Alemania), que prevalece en algunos países europeos y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda).* Este modelo, que se fundamenta en la idea de sobreendeudamiento «culpable», ya sea por falta de previsión o simple negligencia, se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor

El abanico de situaciones o conductas que excluyen la exoneración del pasivo es amplio con el fin de asegurar la condición del concursado de merecedor de este beneficio económico por su honestidad, rectitud y conducta intachable [así la realización de conductas reprobables en el tiempo que implican un aprovechamiento injustificado o riesgo de abuso de esta figura (condena por insolvencia punible, delitos económicos, disfrute o rechazo anterior de una ventaja de este tipo), la previsión de conductas que han contribuido a ocasionar o a agravar la situación de insolvencia (falsedades documentales, informaciones falsas o incompletas sobre la situación económica, distracciones de activos) o que resultan ilícitas, deshonestas y perjudiciales para los acreedores en el marco del procedimiento (conductas dilatorias, pasivo inexistente, incumplimiento de deberes de información, documentación y colaboración)].

La exoneración del pasivo, allí donde está regulada, produce el efecto de extinguir la parte de los créditos no satisfechos tras la conclusión del concurso o el periodo de cesión de rentas afectando, con carácter general, a todos los acreedores, incluidos los que no hubieran comunicado o visto reconocidos sus créditos en el procedimiento concursal. No obstante, las diferentes legislaciones recogen con carácter excepcional un elenco más o menos amplio de créditos no afectados por la declaración de extinción. La mayoría de las legislaciones de nuestro entorno que contemplan esta figura la aplican a todas las personas físicas sin distinción (44) (45).

---

tendrá que pasar por un periodo de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Sólo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación» (CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, págs. 5 y 6). Este último sistema se denomina de *earned start*.

(44) RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo…», *op. cit.*, págs. 242 y 243. Un estudio sobre los modelos americano, francés y alemán, es el realizado por SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA y ORTEGA DOMÉNECH, «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en *Familia y Concurso de Acreedores*. CUENA CASAS, M. (coord.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010 (págs. 23 a 96). Para el estudio del Derecho norteamericano, el trabajo ya citado de CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), Barcelona, julio de 2011.

(45) La corriente favorable a un régimen de insolvencia distinto para los deudores que no ejerciten una actividad profesional es de alcance mundial [vid. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (Segunda Parte, I. A. 3)],* documento de la ONU citado por BELTRÁN, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 141 y 142). A nivel europeo se aconseja una intervención en esta materia a nivel comunitario (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia» (DOCE 2008/C 44/19) (CUENA CASAS, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, pág. 5). Igualmente, cabe traer a colación la Recomendación CM/Rec. (2007) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros de la Unión sobre soluciones jurídicas a los problemas de endeudamiento, que establece que «la *liquidación total o parcial de las deudas* puede ser una solución útil en los casos de sobreendeudamiento en los que otras medidas han demostrado ser ineficaces. En algunos casos puede ser consecuencia del cumplimiento satisfactorio de planes de ajuste de la deuda y, en otros, puede utilizarse como una solución independiente. En todos los casos, la liquidación de las deudas debería ir acompañada de medidas encaminadas a prevenir el sobreendeudamiento, teniendo en cuenta los motivos específicos que conducen al sobreendeudamiento en cada caso particular. Al considerar la liquidación total o parcial de las deudas, debería tenerse debidamente en

La presencia del *fresh start* en trabajos legislativos españoles enlaza con la existencia de la corriente favorable a su implantación de que hemos hablado al principio. Muestra de ello sería el artículo 250.2 de la Propuesta de Anteproyecto de LC, de 12 de diciembre de 1995, dos Proposiciones de Ley de los Grupos Socialista (46) y CIU, las enmiendas números 560 y 561 del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió, de modificación del artículo 178.2 y adición de un artículo 178.bis durante la tramitación parlamentaria de la LC, así como la mención al estudio del sobreendeudamiento de los consumidores y posible adopción del *fresh start* en los *Criterios para la elaboración de la Propuesta de Reforma de la Ley Concursal, redactados por la Sección especial de la Comisión de Codificación Mercantil para la reforma de la LC* (47).

El Borrador de Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la LC, redactado por dicha Sección, de 29 de mayo de 2010, hacía una breve referencia en el artículo 179.1, relativo a la reapertura del concurso, al régimen de la exoneración de deudas, remitiéndose a los capítulos siguientes que, sin embargo, no aparecían en el texto. Ello muestra que esta figura ha estado presente en las discusiones entre los miembros de la Comisión si bien, finalmente, ha sido descartada, no figurando ni en el texto definitivo del Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010, ni en el Proyecto de Ley de Reforma de la LC, publicado el 1 de abril de 2011 en el BOCG, Congreso de los Diputados (Serie A, núm. 119-1), ni en el Texto del Proyecto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado y publicado en el BOCG, Senado (Serie I, núm. 104-651), de 3 de agosto de 2011. En el trámite de enmiendas del Senado, sí que el GP Entesa Catalana de Progrés, en varias enmiendas (118, 135, 136 y 170), planteó la posibilidad de dar nueva redacción a los artículos 178.2 y 172 LC, así como la introducción de un nuevo artículo 172.bis y de una Disposición Adicional nueva, de modo que se introdujese en la Ley la *exoneración de las deudas pendientes para el deudor persona natural, cuyo concurso se declarase fortuito, así como un procedimiento concursal especial para personas físicas consumidoras* (48). El texto

---

cuenta que todas las deudas deberían incluirse, salvo aquellas que sean objeto de exenciones especiales por la legislación nacional».

(46) Se trata de la Proposición de Ley 122/000295, de 9 de mayo de 2003, relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. La solución que se planteaba en esta Propuesta de Ley coincidía especialmente con las del Derecho francés, incorporadas en el *Code de la Consommation* (arts. L 331 a L 333-8) (Álvarez Lata, N., «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema…», *op. cit.*, págs. 155 a 159). Puede verse en *ADCo,* 2 [2004], págs. 489 a 505.

(47) Dicho documento puede verse en Gómez Martín, F., *Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal,* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010, págs. 23 a 27.

(48) La redacción que se pretendía para el nuevo artículo 172.ter era la siguiente:

«1. En el caso de deudor, persona natural, la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá acordar motivadamente que, si de la liquidación resulta la inexistencia de bienes y derechos suficientes para satisfacer a los acreedores, la obligación de responder de las deudas subsistentes con los bienes y derechos que obtenga en el futuro prevista en el artículo 1911 del Código Civil sea limitada temporalmente en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia. En tal caso, la resolución judicial determinará que, *transcurrido un plazo que no podrá ser inferior a tres años ni superior a seis computado desde la fecha de la firmeza del auto de conclusión del procedimiento concursal, el deudor quedará exonerado de la obligación de pagar el pasivo concursal que permanezca insatisfecho* y no podrá acordarse si el deudor se hubiera beneficiado de tal mecanismo de exoneración en el periodo de diez años anterior a la resolución judicial. Esta exoneración

definitivo de la Ley 38/2011, sin embargo, solamente contiene una Disposición Adicional Única, fruto de una enmienda transaccional acordada por los dos partidos

---

podrá ser revocada en el plazo de un año desde que se acuerde, a instancias de cualquier acreedor que justifique que, tras la conclusión del concurso, el comportamiento del deudor haya frustrado negligente o dolosamente las posibilidades de cobro de sus acreedores.

*La exoneración no perjudicará a los acreedores cuyos derechos de crédito nazcan con posterioridad a la conclusión del concurso*.

2. *Con carácter alternativo a lo previsto en el apartado anterior*, siempre que concurran las circunstancias señaladas en el mismo y en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia, *la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá establecer motivadamente, durante el plazo que estime adecuado, un umbral de inembargabilidad de los salarios, sueldos, jornales o retribuciones o pensiones futuras del deudor superior al previsto con carácter general en el ordinal segundo del artículo 607 de la LEC*. Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá solicitar la modificación de dicho umbral de inembargabilidad cuando acredite el cambio de las circunstancias que justificaron la elevación del mismo en beneficio del deudor.

3. *En los supuestos previstos en el apartado primero, no será posible la reapertura del concurso y tendrán carácter individual las acciones que, en su caso, se interpongan hasta la fecha en que sea efectiva la exoneración de deudas. Una vez que sea eficaz la exoneración de deudas, serán archivadas las acciones individuales en trámite que no hayan sido conducentes y únicamente cabrá la solicitud de un nuevo concurso de acreedores frente al mismo deudor si se cumplen los presupuestos establecidos en esta Ley en relación con deudas nacidas tras la conclusión del primer procedimiento concursal*.

4. *En las hipótesis previstas en el número 2 anterior no será posible la reapertura del concurso de acreedores, pero los nuevos umbrales de inembargabalidad no podrán oponerse a los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la conclusión del concurso*».

En cuanto al procedimiento concursal especial para personas físicas consumidoras, la redacción propuesta preveía que podrían acogerse al mismo, los consumidores y usuarios que por justas causas apreciadas por el juez, no puedan cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o que prevean que no podrán hacerlo. Con carácter previo a la declaración de concurso, el deudor deberá comunicar al Juzgado su voluntad de iniciar un procedimiento negociador con sus acreedores a fin de alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Esta podrá contener quitas superiores a la mitad de la deuda, así como conjunta o alternativamente, esperas de hasta quince años. Si el consumidor no lograse las adhesiones necesarias deberá comunicar al Juzgado tal circunstancia, y solicitar su concurso, así como justificar su estado de insolvencia actual o inminente en los términos del artículo 2.4 LC. Igualmente, deberá acreditar que, en los dos meses anteriores, comunicó al Juzgado la iniciación del procedimiento negociador así como dar cuenta documentalmente del resultado del mismo. Admitida a trámite la solicitud de concurso especial de consumidores y usuarios, el juez, en un plazo de tres días desde su admisión, dictará Auto declarando o desestimando la declaración del concurso. En la resolución que acuerde la declaración del concurso se incluirá el nombramiento de un asesor consumerista representante de una de las asociaciones de consumidores más representativas, el cual ejercerá funciones de asesoramiento al consumidor y a la Administración concursal durante el proceso. El Juez, asimismo, determinará el régimen de las facultades de administración de los bienes. El deudor, en ningún caso, podrá ver reducido su derecho de alimentos a menos de la tercera parte de sus ingresos habituales.

Desde el momento en que el consumidor comunique al Juzgado su voluntad de iniciar el procedimiento de negociación previo con los acreedores para alcanzar una propuesta anticipada de convenio, no podrán iniciarse ejecuciones contra el patrimonio del deudor. Tampoco podrán los acreedores con garantía real sobre la vivienda familiar del concursado iniciar ejecución de la garantía hasta la apertura de la liquidación. De igual modo, se suspenderá cualquier procedimiento ejecutivo y no podrá reanudarse sino hasta la apertura de la fase de liquidación, en su caso.

mayoritarios, según la cual: «*el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.*

*Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza*». Quizá entre esas medidas complementarias pueda llegar a adoptarse una legislación del sobreendeudamiento del consumidor que contemple un *fresh start*.

## VI. ¿ES CONVENIENTE LA ADOPCIÓN DEL *FRESH START* EN EL DERECHO ESPAÑOL? ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS

Entre las ventajas que se aprecian ante la introducción de la figura de la exoneración del pasivo, sea por vía judicial o legal, se indica que ejercería un influjo neutro cuando no positivo sobre la concesión de crédito, ya que contribuiría a la aplicación del principio de concesión de crédito responsable, ante la alternativa de una futura e imprevisible exoneración del pasivo tras la concesión del crédito. Ello llevaría a las entidades crediticias a asegurarse fehacientemente de la solvencia del beneficiario del crédito (49). A favor de esta medida se indica también que la LC no es completamente ajena «a un cierto fenómeno indirecto de liberación de deudas, *aunque no en contra de la voluntad de los acreedores* (la cursiva es nuestra], como sucede en sede de convenio con los acuerdos de quita (arts. 100 y 136 LC)» (50). Igualmente, se apunta que la adopción del *fresh start* eliminaría la injustificada desigualdad entre personas físicas y jurídicas, pues en el caso de estas, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos de la persona jurídica deudora, acordará

---

En el Auto en que se declare el concurso se nombrará un Administrador Concursal único de entre la lista de abogados de oficio que le haya sido comunicada por los Colegios de Abogados con implantación en la jurisdicción territorial del Juzgado.

Los plazos de presentación de informes a los que venga obligada la Administración Concursal serán los mismos que los prevenidos para el procedimiento abreviado.

Si transcurridos los modos y plazos prevenidos para el procedimiento abreviado no hubiere sido posible alcanzar un convenio, el Juez ordenará la apertura de la fase de liquidación. No obstante, con carácter previo a la apertura de la fase de liquidación, el consumidor, sobre la base del informe elaborado por el Administrador concursal y el asesor consumerista, podrá elevar en el plazo de cinco días al juez un plan de pagos específico. El juez, a la vista del mismo, podrá dar su aprobación. En caso de denegación el Juez abrirá la liquidación. El plan de liquidación contendrá el modo en que con cargo al activo del deudor consumidor se hará frente al pasivo mediante la enajenación de los bienes y derechos del consumidor. Los bienes se enajenarán atendiendo a una prelación en la que prime el mantenimiento de los medios esenciales de vida del deudor consumidor.

Concluido el concurso, determinándose la inexistencia de bienes y derechos del deudor consumidor, no podrán iniciarse nuevas acciones por deudas contraídas con anterioridad a la finalización del mismo ni podrá ordenarse la reapertura del mismo.

(49) Rubio Vicente, P. J., «La exoneración del pasivo…», *op. cit.*, pág. 238.

(50) *Op. cit.*, pág. 232.

su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda (art. 178.3 LC) Mientras la personalidad del deudor persona física (y por lo tanto su responsabilidad), continuarían vivas *afectando a los bienes futuros* (art. 178.2 LC), la desaparición de la persona jurídica supone una especie de liberación al menos fáctica e implícita de las deudas pendientes al no existir ya un sujeto que siga siendo responsable (salvo aparición de bienes, como ya indicamos antes) (51).

Se señala también que la aplicación hasta sus últimas consecuencias del artículo 1911 del Código Civil, lejos de garantizar la completa satisfacción de los acreedores, puede provocar el efecto contrario por diferentes vías. Por un lado, porque se desincentiva una declaración tempestiva del concurso y una solución convencional para el mismo, favoreciendo, por el contrario, una liquidación residual. Por otro lado, porque tras la conclusión del concurso se corre el riesgo de que el deudor recurra a la economía sumergida. Por el contrario, la concesión del beneficio de la exoneración, distinguiendo entre diversos tipos de deudores, rompería dicha mecánica, invitando a una declaración temprana del mismo para asegurar la condición de buena fe del deudor y, en su caso, incentivaría la colaboración de los acreedores en la búsqueda de una solución convencional ante la aplicación de la exoneración en el caso de deudores honestos (52) (53).

Otra ventaja que se señala es el incentivo para la reactivación de la iniciativa y de la actividad económica del deudor honesto (si el *fresh start* se extiende a toda persona física y no solo al consumidor), junto a la eliminación del riesgo de exclusión social del deudor (54). Así se ha dicho que: «tal figura constituye una auténtica medida de política económica que sería aconsejable introducir en España y que podría contribuir a la salida de la crisis económica que actualmente nos asola, en la medida en que estimula el espíritu emprendedor, tan decisivo para la generación de actividad económica y creación de empleo» (55).

Finalmente, se indica que el permitir una segunda oportunidad al deudor permite que los acreedores se hagan partícipes de la parte de responsabilidad que tienen en las situaciones de sobreendeudamiento del consumidor.

---

(51) *Op. cit.*, págs. 242, 247. Al respecto indica Emilio Beltrán que: «en realidad, la calificación del concurso del consumidor debería ceñirse a la decisión de *exonerarle o no de responsabilidad por las deudas que quedasen insatisfechas en la liquidación.* En efecto, partiendo de la base de que la liberación *(descarga)* existe en todos aquellos casos en los que el consumidor cumpla íntegramente el convenio de quita alcanzado con sus acreedores y aprobado por el juez (arts. 136 y 140.4 LC) y de que existe en realidad para los empresarios, a través de la constitución de sociedades, que serán extinguidas en caso de conclusión del concurso por inexistencia de activo (art. 178.3 LC), *se trata de cerrar el sistema y exonerar a los consumidores de buena fe en caso de que la solución del concurso sea la liquidación*» (Beltrán, E., «El concurso de acreedores del consumidor», *op. cit.*, págs. 140 y 141).

(52) Rubio Vicente, P. J., «La exoneración del pasivo…», *op. cit.*, pág. 244.

(53) En este sentido, Cuena Casas afirma que «la exoneración del pasivo pendiente no debe implicar que esta sea necesariamente la salida del concurso de persona física, pues tal medida tiene un "efecto rebote" que favorece el convenio como solución del concurso». (Cuena Casas, M., «Las familias sobreendeudadas tendrán que esperar seis meses o más… Reflexiones sobre la persona física y el Derecho concursal», en *www.hayderecho.com).*

(54) Rubio Vicente, P. J., «La exoneración del pasivo…», *op. cit.*, pág. 247.

(55) Cuena Casas, M., «*Fresh start* y mercado crediticio», *op. cit.*, pág. 10.

Entre los inconvenientes que pueden señalarse, destaca que esta medida, en la mayoría de los supuestos, no afectaría especialmente a las entidades de crédito (que tienen precisamente la condición de acreedores profesionales), al haber solicitado con carácter previo garantías que gozan de privilegios especiales, *sino que el peso de su aplicación efectiva recaería precisamente en los acreedores ordinarios, algo que se observa en el supuesto comentado* (56). Estos se verían obligados a financiar, vía condonación, parte del déficit económico o patrimonial del deudor, precisamente en aquellos supuestos en que, como acontece respecto del deudor, persona natural, y en particular, consumidor, este ofrece como principal garantía de cumplimiento de sus obligaciones, su patrimonio presente y las expectativas de sus ingresos futuros, comúnmente de tipo salarial, pero también herencias, donaciones, premios, …ingresos futuros que podrían permitir a dichos acreedores satisfacer en el futuro sus créditos parcial o totalmente impagados en el marco del procedimiento concursal.

Por otro lado, *una legislación de sobreendeudamiento que contemple un* fresh start *para determinados deudores supone, en definitiva, una colectivización de las deudas, cuyo pago se traslada al conjunto de la sociedad, pues las entidades de crédito, en el caso de ser afectadas (por ejemplo, crédito al consumo no garantizado especialmente), y las empresas repercutirían las pérdidas que la condonación les supusiera en el precio de los créditos que otorgasen o en el precio de sus productos, respectivamente. Si se previera, como ocurrió en Finlandia a raíz de su Ley de Ajuste de deudas de 1993, el pago de subvenciones compensatorias a los bancos, igualmente se produciría la mencionada colectivización pues serían los ciudadanos a través de la carga impositiva los que en definitiva se hiciesen cargo de las deudas condonadas. Esta medida nos parece particularmente rechazable. Por otro lado, como muestra el caso Bäck v. Finlandia* (57), *si bien una legislación que prevé un* fresh start *o la imposición de quitas forzosas (no consentidas voluntariamente por los acreedores) puede salvar de la exclusión social a deudores con particulares problemas financieros, al mismo tiempo puede imponer cargas desproporcionadas e irrazonables a acreedores particulares y pequeñas y medianas empresas, cargas que pueden provocarles a su vez, serios problemas financieros (podría generarse una cadena de concursos).* Por ello, de establecerse en última instancia una legislación de este tipo, la condonación de deudas solo debería establecerse respecto de los acreedores profesionales (entidades de crédito o financieras), si bien esta solución podría entrañar el riesgo de una posible afectación a la solvencia de tales entidades si se produce una avalancha de condonaciones, repercutiendo el problema sobre los impositores, y por lo tanto, de nuevo, sobre el conjunto de la sociedad. El que se plantee la adopción de medidas como leyes de sobreendeudamiento, muestra la existencia real de un problema motivado por el sistema económico, pero soluciones como la indicada únicamente palían los problemas, no son medidas curativas del sistema.

Otro problema que plantearía la adopción de la figura de exoneración del pasivo pendiente sería la determinación de qué se entiende por sobreendeudamiento de buena fe y sobreendeudamiento abusivo o de mala fe. Si la buena fe se asocia con un endeudamiento responsable que termina ocasionando problemas

---

(56) Cfr. RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo…», *op. cit.*, pág. 238.

(57) Sentencia *Bäck v. Finlandia,* de 29 de julio de 2004, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid., el análisis y comentario a la misma en nuestro trabajo: JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal», en *Diario La Ley,* de 13 de octubre de 2010.

financieros ante un infortunio, puede ocurrir que existan deudores en la sociedad, que no puedan acreditar jurídicamente la situación de infortunio pero que estén igualmente por otras circunstancias en situación de graves y permanentes problemas financieros. Sin embargo, ellos se encontrarían fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Sobreendeudamiento, lo que no respondería a criterios de justicia.

Por otro lado, la concesión de un *fresh start* puede incentivar más aún el sobreendeudamiento de los particulares, y una conducta irresponsable por parte de los mismos que, en todo caso, será difícil de determinar.

En resumen, constituyen desventajas importantes, que nos inclinan a una valoración negativa de la adopción de un *fresh start*, el riesgo de una conducta irresponsable o desatención generalizada de los créditos, una utilización abusiva de este mecanismo hasta el punto de dar lugar a auténticos concursados profesionales; un fenómeno de colectivización de las deudas; un posible fomento del endeudamiento y del encarecimiento del crédito; un efecto llamada o acceso masivo al concurso para la obtención de este beneficio (58). Finalmente, hay que resaltar que la extinción del pasivo pendiente entraría en contradicción con el artículo 33.3 CE, pues «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos, *sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización* y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (59).

## VII. CONCLUSIONES

1. La interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC que ofrece al Auto comentado, resulta incompatible con otros preceptos de la LC (art. 60) y con la institución de la reapertura del concurso. Es posible que para salvar estas contradicciones, el Auto establezca una exoneración del pasivo condicional que en última instancia impide el inicio de ejecuciones singulares por los acreedores o el surgimiento de la hipotética obligación de solicitar la inmediata reapertura del concurso, pero no la reapertura si aparecieran nuevos bienes o los deudores llegasen a mejor fortuna.
2. El concurso de acreedores presenta indudables ventajas para el deudor persona física insolvente, e incluso simplemente sobreendeudado, lo que no convierte en «inútil» el procedimiento, e incluso permitirá regularizar la situación de un consumidor sobreendeudado que aún no presenta insuficiencia de activo.

---

(58) Rubio Vicente, P. J., «La exoneración del pasivo…», *op. cit.*, pág. 246.

(59) Medidas alternativas a la adopción de un *fresh start* y que presentan mayores ventajas pueden verse en nuestros trabajos: «El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la LC», *op. cit.;* «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 2011, núm. 724; «Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2011, núm. 725; y «Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la AP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* septiembre-octubre de 2011, núm. 727.

3. Por lo menos algunas distorsiones que presentaría la LC en el tratamiento de la insolvencia de la persona física podrían resolverse por vía interpretativa y otras ya han sido resueltas por el legislador.
4. Terminado el concurso de dos personas físicas en las condiciones que describe el Auto comentado, una solicitud inmediata de reapertura de concurso determinaría una inadmisión *ad limine litis* de la solicitud. Es más, solo la aparición de nuevos bienes o el mejoramiento de fortuna de los deudores durante los cinco años posteriores a la conclusión del concurso, configuraría realmente la obligación de solicitar la reapertura del concurso. No existiría, pues, un riesgo de concurso permanente del deudor que debiera evitarse a través del otorgamiento de una exoneración condicional del pasivo pendiente.
5. La adopción por vía judicial (vía interpretativa) o legislativa de un *fresh start,* presenta mayores inconvenientes que ventajas para el conjunto de la sociedad.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA


Álvarez Lata, N.: «Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma», en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma,* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2010.

Bellido, R.: «Comentario al artículo 176 LC», en *Comentario de la LC.* Tomo II, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.

— «Comentario al artículo 179 LC», en *Comentario de la LC.* Tomo II, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.

Beltrán, E.: «El concurso de acreedores del consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* Cuena Casas, M., y Colino Mediavilla, J. L. (coords.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, S. A., Cízur Menor, 2009.

Beltrán, E., y Martínez Flórez, A.: «Comentario al artículo 178 LC», en *Comentario de la LC.* Tomo II, 1.ª ed., Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2004.

Cuadrado Pérez, C.: «La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, 2011, núm. 728.

Cuena Casas, M.: «*Fresh start* y mercado crediticio», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com). Barcelona, julio de 2011.

— *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física.* eprints.ucm.es/9714/1/Cuena_Deficiencias_LC.pdf.

— «Las familias sobreendeudadas tendrán que esperar seis meses o más… Reflexiones sobre la persona física y el Derecho Concursal», en *www.hayderecho.com.*

Fernández Seijo, J. M.: «Concurso de personas físicas: sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un proceso concursal», en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores),* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2008.

Gómez Martín, F.: *Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal,* 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010.

Pulgar Ezquerra, J.: «Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio:* un problema a resolver», en *Diario La Ley,* núm. 6696, 19 de abril de 2007.

— *La declaración del concurso de acreedores,* 1.ª ed., La Ley, Madrid, 2005.
— *El concurso de acreedores. La declaración,* 1.ª ed., Editorial La Ley, Madrid, diciembre de 2009.
— «El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar.* CUENA CASAS, M., y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (coord.). Editorial Aranzadi, 1.ª ed., Cízur Menor, 2009.

RUBIO VICENTE, P. J.: «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 14, 2011.

SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA y ORTEGA DOMÉNECH: «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en *Familia y Concurso de Acreedores.* CUENA CASAS, M. (coord.). 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cízur Menor, 2010.

## IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STEDH de 29 de julio de 2004.
AAP de Murcia, Sección 4.ª, de 31 de enero de 2006.
AAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de febrero de 2007.
AAP de La Rioja, de 22 de marzo de 2007.
AAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 14 de junio de 2007.
AAP de La Rioja, de 6 de julio de 2007.
AAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 12 de julio de 2007.
AAP de Murcia, de 21 de enero de 2008.
AAP de Murcia, de 12 de diciembre de 2008.
AAP de Murcia, de 3 de abril de 2009.
AAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 3 de abril de 2008.
AAP de Cáceres, de 24 de noviembre de 2008.
AAP de A Coruña (Sección 4.ª), de 26 de marzo de 2009.
AAP de Pontevedra, de 15 de abril de 2009.
AAP de Pontevedra, de 18 de junio de 2009.
AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 16 de diciembre de 2009.
AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 10 de marzo de 2010.
AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 10 de septiembre de 2010.
AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 28 de octubre de 2010.
AJM, número 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2006.
AJM, número 1 de Málaga, de 3 de abril de 2007.
AJM, número 1 de Bilbao, de 4 de marzo de 2008.
AJM, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010.

*RESUMEN*

*INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR*
FRESH START

*El Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, concede una exoneración condicional del pasivo pendiente tras la liquidación concursal, haciendo una interpretación restrictiva del artículo 178.2 LC. En el presente trabajo se pretende analizar si las disfunciones que el juzgador detecta en la aplicación de la Ley Concursal y del artículo 1911 del Código Civil son salvables mediante una adecuada interpretación de los preceptos en juego, de modo que carecería en buena medida de fundamento una resolución como la adoptada. Se analizan igualmente las ventajas e inconvenientes de la adopción de la figura del* fresh start *por vía judicial o legislativa.*

*ABSTRACT*

*INSOLVENCY OF THE INDIVIDUAL CONSUMER OVER-INDEBTEDNESS*
FRESH START

*The decree of 26 October 2010 of Barcelona Commercial Court Number 3 grants conditional exoneration of the liabilities outstanding after liquidation in bankruptcy, in a restrictive interpretation of section 178.2 of the Bankruptcy Act. This paper endeavours to ascertain whether the dysfunctions the judicial authorities have detected in the application of the Bankruptcy Act and article 1911 of the Civil Code can be smoothed over by means of the right interpretation of the precepts involved, so as largely to remove the grounds for decisions such as that featured in the case in point. The advantages and drawbacks of adopting the* fresh start *concept, in judicial proceedings or in legislation, are also analyzed.*

# 2. MERCANTIL

## *LA CADUCIDAD DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL CARGADOR FRENTE AL TRANSITARIO EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS*

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil*
*Universidad Carlos III de Madrid*

*SUMARIO:* I. EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS: 1. La normativa aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías: A) *La normativa internacional.* B) *El estado de la legislación española*.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 26 DE MAYO DE 2011, RELATIVA A LA NATURALEZA DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL CARGADOR FRENTE AL TRANSITARIO.—III. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN FRENTE AL PORTEADOR: ARTÍCULO 3, APARTADO 6, DEL CONVENIO DE BRUSELAS DE 25 DE AGOSTO DE 1924, Y ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1949: 1. El ámbito de aplicación del artículo 3.6 del convenio. 2. El cómputo del plazo y la prórroga. 3. La naturaleza del plazo como de caducidad y no de prescripción.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Con fecha de 26 de mayo de 2011, y en el ámbito del Derecho de la navegación marítima, el Tribunal Supremo ha emitido una sentencia en la que aborda una cuestión tradicionalmente discutida por la doctrina maritimista e interpretada por los tribunales. Se trata de la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción frente al porteador marítimo, en el marco del contrato de transporte marítimo de mercancías, si la misma es de caducidad o, por el contrario, es de prescripción.

Con carácter previo al examen de la cuestión litigiosa, que es la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción frente al porteador, y con el fin de comprender su correcto enfoque, habremos de exponer los aspectos más importantes que caracterizan el sector de aplicación de la normativa especial del contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

Desde el inicio del siglo XX existe una normativa de origen internacional con finalidad protectora de los titulares de los conocimientos de embarque que se emiten y ponen en circulación con ocasión del transporte marítimo. La finalidad básica de esta legislación es la de establecer un régimen mínimo inderogable para la responsabilidad del porteador marítimo, poniendo fin a la proliferación abusiva de las cláusulas de exoneración que, en el pasado, caracterizó a un sector del transporte marítimo.

Compartiendo la opinión de GABALDÓN y RUIZ SOROA (1), este sector se puede caracterizar, desde un punto de vista descriptivo, por representar una forma de transporte marítimo surgida en el último tercio del siglo XIX, que se basa en los avances técnicos de la navegación y que permite el establecimiento de líneas regulares de transporte, las cuales aceptan pequeñas partidas de mercancías para su desplazamiento. Frente al fletamento, normalmente caracterizado por utilizar la completa capacidad del buque, nos encontramos ahora con una multiplicidad de cargamentos parciales en un solo viaje. En este sector, por razones derivadas del diverso poder negocial de las partes en presencia, se constata una situación dominante de los porteadores sobre los cargadores, que les permite incluir en el contrato cláusulas abusivas, siendo de particular trascendencia las de irresponsabilidad.

En este ámbito se constata que desaparece la póliza de fletamento, que viene sustituida en su función negocial por el propio conocimiento de embarque. El motivo radica en la pérdida de sentido, en un contrato sometido a las condiciones impuestas por los porteadores, de redactar un documento largo de carácter negocial. Resulta más sencillo incorporar las condiciones generales del transporte al conocimiento de embarque que, así, pasa a añadir a sus clásicas funciones probatorias y legitimadoras, la nueva de constituir el documento contractual. De esta forma, aparece un sector específico de transporte marítimo, comercialmente independizado del fletamento en sus prácticas características y en el que el juego de intereses entre usuarios y navieros produce unos resultados peculiares.

La independencia y especificidad referidas, lo son en un sentido comercial y práctico, pero no por ello jurídicamente sustancial (2). Ello es así porque el contrato de transporte que se materializa a través del conocimiento es sustancialmente idéntico al incorporado a una póliza de fletamento. En ambos casos, estamos ante un verdadero contrato de transporte marítimo. La diferencia entre ellos deriva de aspectos funcionales, sustancialmente conectados a la posición de predominio contractual que ostenta el porteador en relación al cargador, a la simplificación documental, y a la nula participación del cargador en la definición y realización del viaje, que está preestablecido en itinerarios y escalas fijos. Todas ellas son diferencias comerciales y técnicas con repercusión en el régimen jurídico de algunos aspectos del transporte pero, compartiendo la doctrina citada (3), no de un tipo contractual diverso del fletamento.

---

(1) GABALDÓN GARCÍA, J. L., y RUIZ SOROA, J. M.ª, *Manual de Derecho de la navegación marítima,* 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 543 y sigs.

(2) GABALDÓN GARCÍA, J. L., y RUIZ SOROA, J. M.ª, *Manual de Derecho de la navegación marítima, op. cit.,* pág. 544.

(3) En la doctrina española, la relación entre los contratos de transporte de mercancías y de fletamento, no es una cuestión pacífica. En efecto, aun partiendo del reconocimiento del hecho de la consideración del contrato de fletamento como contrato de transporte por parte del Código de Comercio, se hace notar, por parte de nuestra doctrina que, dentro de ese contrato junto al fletamento-transporte surgen unas modalidades contractuales en las que se oscurece que la causa del contrato de fletamento sea el transporte, en especial si el fletante no asume frente al fletador la obligación del traslado de las mercancías de un lugar a otro. En este sentido se pronuncia, SÁNCHEZ CALERO, F., «Los conocimientos emitidos en virtud de una póliza de fletamento en la Ley de 22 de diciembre de 1949», en *Estudios Garrigues, I*, pág. 399, y en SÁNCHEZ CALERO, F., «Consideraciones sobre la clasificación de los contratos de explotación del buque», en *Estudios en Homenaje al Profesor Polo*, págs. 1061 y 1066. En el presente comentario, rendimos tributo al Profesor SÁNCHEZ CALERO, por su aportación científica en el ámbito mercantil y,

El sector del transporte que comentamos ha sido objeto de una normativa especial con motivo de la situación de abuso contractual que la ha caracterizado, y cuyo sector de aplicación procedemos a identificar.

La normativa nueva surgida no delimita su campo de aplicación por la referencia a un determinado tipo contractual, que no existe en el plano jurídico, sino a través de la contemplación del sector comercial del transporte marítimo de mercancías.

Las Reglas de La Haya-Visby [art. 1.*b)*], como la Ley de transporte marítimo (art. 2) parecen, en una primera aproximación, definir su campo de aplicación por referencia a un determinado tipo de contrato, el que denominan «contrato de transporte marítimo». Sin embargo, el examen de la delimitación que los citados textos legales realizan de dicho contrato permite afirmar que no existe un tipo contractual especial en el plano sustantivo. En otras palabras, el contrato de transporte marítimo carece de especificidad. En este sentido, los preceptos citados establecen que: «*por contrato de transporte ha de entenderse únicamente el contrato de porte formalizado en un conocimiento de embarque o en cualquier documento similar que sirva como título para el transporte de mercancías por mar, aplicándose igualmente al conocimiento o documento similar emitido en virtud de una póliza de fletamento, a contar desde el momento en que este documento regula las relaciones del porteador y del tenedor del conocimiento*».

Precisamente, el dato puramente formal o documental de que el transporte esté regulado por un conocimiento es el que determina la aplicación de esta normativa. Esta normativa prevé expresamente su aplicación a los fletamentos, siempre que la posición jurídica del destinatario de las mercancías esté amparada en un conocimiento de embarque y sea ajeno a la póliza de fletamento. La finalidad de esta normativa especial es clara, proteger la situación de los tenedores de conocimientos de embarque.

Por otro lado, la referencia legal expresa a la posibilidad de aplicación de su régimen a los transportes documentados en pólizas de fletamento, en aquellos casos en que el conocimiento haya circulado a persona distinta del fletador, está poniendo de manifiesto que el fletamento y transporte no constituyen, desde la perspectiva normativa, situaciones contractuales diversas, sino solo manifestaciones parcialmente distintas del común sustrato que es el transporte (4).

---

en especial, en el propio de la navegación marítima. En los supuestos que hemos descrito, el autor sugiere, bien cuando se trate de aplicar la normativa vigente a las modalidades contractuales, que refleja la disciplina usual en los que el fletante pone a disposición del fletador el buque con fines ajenos al transporte, y bien de modo más decidido como cuestión de *lege ferenda*, que en la futura reforma de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia debería producirse una escisión de ambos contratos, como ha sucedido en determinados ordenamientos jurídicos de tradición romanista, poniendo énfasis, por otro lado, en la distinción entre el ejercicio de empresa de navegación y empresa de transporte. Frente a esta posición doctrinal, la que nosotros compartimos mantiene la conveniencia de identificar el contrato de fletamento con el contrato de transporte marítimo de mercancías. En esta línea se pronuncia RUIZ SOROA, J. M.ª, en RUIZ SOROA, ZABALETA Y GONZÁLEZ, *Manual de transporte marítimo*, 2.ª ed., Vitoria-Gasteiz, 1997, pág. 33.

(4) GABALDÓN GARCÍA, J. L., y RUIZ SOROA, J. M.ª, *Manual de Derecho de la navegación marítima, op. cit.*, pág. 545.

## 1. La normativa aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías

La evolución histórica de la normativa especial que comentamos, protectora de los usuarios de los transportes marítimos de línea regular, y en general de todos los que adquieren mercancías mediante la transmisión del correspondiente conocimiento de embarque, parte de la *Harter Act* norteamericana, de 3 de febrero de 1893, a la que siguen las Reglas de La Haya de 1922 y el Convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1924; las Reglas de Visby, de 23 de febrero de 1968, y el Protocolo de 21 de diciembre de 1979, y las Reglas de Hamburgo, de 31 de marzo de 1978. La última manifestación en la evolución normativa está representada por las Reglas de Rotterdam, aprobadas en noviembre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los citados instrumentos de origen internacional son complementados con la situación normativa de origen interno, cuyo desarrollo ha resultado especialmente conflictivo.

### A) *La normativa internacional*

El origen de la regulación especial internacional se encuentra en la situación generalizada de abuso contractual por parte de los armadores, que se produce a finales del siglo XIX, y que llega a provocar una pérdida de confianza en los conocimientos de embarque en el plano comercial y financiero (5).

En los Estados Unidos, cuyo tráfico mercantil se realizaba en esta época fundamentalmente en buques ingleses, los portadores de mercancías consiguen en 1893 provocar la intervención del Congreso, que aprueba el 13 de febrero la *Harter Act*. Esta Ley impone en los transportes marítimos con origen y destino en los Estados Unidos un régimen de responsabilidad por daños o pérdidas de las mercancías de carácter coactivo, en el que aparece por vez primera el concepto de faltas náuticas de los dependientes del naviero. Este se ve legalmente exonerado de esta clase de negligencias, pero es declarado responsable en el caso de que no cuide razonablemente de la navegabilidad del buque o en el caso de faltas comerciales de sus auxiliares.

El movimiento de reforma se extiende de inmediato al ámbito internacional, en el que los intereses de los cargadores del Imperio Británico presionan en pro de una legislación mínima y protectora. En este ámbito nacen en 1921 las Reglas de La Haya, aprobadas por el Comité Marítimo Internacional, que se presentan como un conocimiento de embarque tipo, cuya adopción voluntaria se propone a los porteadores y cargadores. No se trata de un Convenio, sino de unas reglas que se pretende que las partes adopten voluntariamente en sus contratos de transporte. El fracaso en la práctica de esta iniciativa conduce rápidamente a la convocatoria de una Conferencia Internacional que aprueba un verdadero texto normativo, el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque. El contenido de este Convenio es muy similar a las Reglas anteriores, por lo que se le conocerá como las Reglas de La Haya.

---

(5) Por su rigor y carácter sumario, reproducimos en parte la exposición de la evolución de Gabaldón García, J. L., y Ruiz Soroa, J. M.ª, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, *op. cit.*, págs. 546 y sigs.

El Convenio de 1924 prevé que las partes signatarias puedan darle efectividad, bien otorgándole en su país fuerza de ley, bien introduciendo sus reglas en una forma apropiada a su sistema jurídico. Esta alternativa en el desarrollo del Convenio ha sido la generalmente aplicada.

El Convenio de 1924 se encuentra en la actualidad en vigor, y su éxito ha sido muy amplio. España ratificó y publicó el texto del convenio en la Gaceta Oficial de 31 de julio de 1930. El Convenio debe, en gran medida, su éxito al carácter de transacción entre sectores económicos con intereses en conflicto, como son los navieros y los cargadores. De un lado, el Convenio impone a los navieros un régimen mínimo inderogable de responsabilidad por pérdida o daño de las mercancías, que aunque es un régimen atenuado en comparación al legal en materia de transporte, es más severo que la irresponsabilidad práctica lograda a través de las cláusulas de los conocimientos. En este aspecto, ceden los porteadores marítimos, quienes a cambio, obtienen una limitación cuantitativa de su responsabilidad por unidad de carga, en términos aceptables para ellos a efectos del aseguramiento de su responsabilidad.

El convenio define su ámbito material de aplicación por remisión al dato documental. La aplicación del Convenio procede si la posición del destinatario de las mercancías está definida por un conocimiento de embarque. El carácter unificador del Convenio es patente en el ámbito geográfico, al disponer que las reglas se aplican a todo conocimiento formalizado con un Estado contratante, lo que incluye el tráfico interno y el internacional. No obstante, se permite que los países signatarios excluyan del campo de aplicación el cabotaje interno siempre que no se utilicen conocimientos de embarque.

Hay que esperar a 1968 para que se apruebe el primer Protocolo modificativo de las Reglas de La Haya, conocido como las Reglas de Visby. Las modificaciones operan en la regulación sustantiva de algunos aspectos de la responsabilidad del porteador y, fundamentalmente, en el ámbito geográfico de aplicación (art. 10).

El segundo Protocolo modificativo, de 21 de diciembre de 1979, se dedica a resolver el problema derivado de la desmonetización del oro y su impacto sobre el límite de responsabilidad del porteador marítimo (6). Dicho Protocolo establece el denominado derecho especial de giro.

Los Protocolos de 1968 y 1979 no han tenido una acogida tan amplia como el Convenio original. España no ratificó en su momento el Protocolo de 1968, pero sí el de 1979 *(BOE* de 11 de febrero de 1984), lo que conllevó la introducción en nuestro derecho de ambos.

En la década de los setenta se desarrolló un amplio movimiento internacional, apoyado sobre todo por países en vías de desarrollo y socialistas, para la revisión profunda del régimen de las Reglas de La Haya-Visby. El régimen de dichas Reglas se consideraba demasiado favorable a los intereses de los armadores, desde el momento que exceptuaba de su responsabilidad supuestos que, en una distribución congruente de riesgos contractuales, deberían recaer sobre el porteador. Resultado de dicho movimiento fue el Convenio de las Naciones Unidas, de 31 de marzo de 1978, aprobado por una Conferencia Diplomática de Hamburgo, y que entró en vigor el 1 de septiembre de 1992.

---

(6) En torno a esta modificación en el valor de referencia para el cálculo del límite de responsabilidad, en el ámbito de la limitación global por créditos marítimos, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, 486 págs.

Las Reglas de Hamburgo han sido calificadas por la doctrina como un texto muy superior, en el plano técnico-jurídico, a sus antecesoras, además de mucho más equilibradas en su contenido, que resulta equiparable a otros tipos de transporte. A pesar de ello, estas Reglas han encontrado una fuerte oposición de los intereses de los armadores, oposición que influye en la política que practican los Estados de economía desarrollada. En la actualidad, los países que las han ratificado carecen de peso en el comercio mundial y los países desarrollados parecen optar ahora por una vía distinta de la ratificación de estas Reglas, consistente en una nueva revisión limitada del Convenio de 1924.

Las Reglas de Rotterdam son la última novedad en la normativa especial que nos ocupa. En el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el 11 de diciembre de 2008, su Asamblea General acordó aprobar el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (A/RES/63/122) (7), más popularmente conocido como las Reglas de Rotterdam (8) y su origen se encuentra en el Convenio de UNCITRAL sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Este Convenio nace con el objetivo de poner fin a la multiplicidad de regímenes vigentes en torno a las responsabilidades aplicables al transporte marítimo de mercancías, incluido el específico del transporte multimodal. Habrá que valorar en el futuro el éxito del intento (9). Entre tanto, el primer Estado en ratificar las Reglas de Rotterdam ha sido España, y por ende, el primero que forma parte del citado Convenio de las Naciones Unidas.

---

(7) Nótese, respecto a la evolución de los trabajos en torno a este texto legal, los documentos (A/CN.9/WG.III/WP80) y (A/CN.9/WG.III/81). Entre otros, interpretan este instrumento normativo: Morán Bovio, D., «Ocean Carriers' Duty of Care to cargo in port: The Rotterdam Rules of 2009», en *Fordham International Law Journal,* vol. 32, núm. 4, abril de 2009, págs. 1175 y sigs., viene a explicar los antecedentes y esquemática de las Reglas de Rotterdam. *In extenso,* cfr., Berlingieri, F., «A review of some recent analyses of the Rotterdam Rules», en *DM,* fascículo IV, 2009, págs. 955 a 1036, donde se contiene una reseña de la doctrina que ha escrito acerca del nuevo texto legislativo sistematizado por capítulos. Vid., a su vez, el trabajo del Institute of Maritime Law, University of Southampton, *The Rotterdam Rules: A practical annotation.* UK: Informa, 2009.

(8) Cfr., la Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/63/438), 63/122, relativo al Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (A/RES/63/122), en su punto 3, «Autoriza la celebración de una ceremonia de apertura a la firma del Convenio en Rotterdam (Países Bajos) el 23 de septiembre de 2009, y recomienda que las normas plasmadas en el Convenio se conozcan como las "Reglas de Rotterdam"». Según el Profesor Illescas Ortiz: «El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», en *DN,* núm. 221, 2009, pág. 1, «*denominado oficialmente Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo CCTIMTPM*». Vid., *in totum,* Martín Osante, J. M. (coord.): *Las reglas de Rotterdam, la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar,* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010, 368 págs.

(9) Por su estrecha relación con el contrato de transporte marítimo de mercancías, vid., el reciente estudio en torno al impacto previsible de las Reglas de Rotterdam en el seguro de las mercancías, objeto del citado transporte, de Candelario Macías, I. y De la Vega Justribó, B., «La influencia de las Reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», en AA.VV., *Las Reglas de Rotterdam*, dirs.: Illescas Ortiz, R., y Alba Fernández, M., Thomson, Madrid, 2012, 43 págs.

De entrar en vigor (10), las Reglas de Rotterdam supondrán importantes cambios respecto del régimen jurídico actualmente aplicable al transporte internacional de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque, en su intento de desarrollar y modernizar las conocidas como Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, así como en la regulación de contratos de transporte internacional multimodal, donde la fase relevante es la marítima. Se ha de anticipar una interpretación amplia y extensa acerca de este nuevo texto legislativo respecto a la Convención de Bruselas (Reglas de La Haya), de 1924; Protocolo de Visby de 1968 (11) y, con el paso del tiempo, las Reglas de Hamburgo en 1978 (12), que nos encontramos —en la actualidad— ante una nueva normativa más ajustada y flexible a la realidad vigente tanto por el reconocimiento de su amplia casuística como por su mejorada técnica legislativa, que goza de defensores (13) y detractores (14). Las Reglas de Rotterdam aspiran a lograr superar la dispersión normativa (15) hasta ahora existente, ofrecer una mayor seguridad jurídica (16) y, en definitiva, optimizar los recursos en aras de alcanzar una eficiencia (17) en el sector del transporte por vía marítima.

---

(10) El estado de firmas, ratificaciones, adhesiones y entradas en vigor del Convenio en los distintos Estados puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.htm.

(11) Más en Berlingieri, F., y Zunarelli, S., «Dalle regole dell'Aja-Visby alle regole di Rotterdam. Effetti del cambiamento sul comercio marittimo. Analisi comparata delle regole dell'Aja-Visby e delle regole di Rotterdam», Genova, 19-20 de octubre de 2009, en http://www.aidim.org/pdf/Aja_Rottterdam.pdf (consultado por última vez el 1 de marzo de 2010).

(12) Vid., los Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978, publicación de las Naciones Unidas, documento (A/CONF.89/13, anexo I).

(13) Berlingieri, Delebecque, Fujita, Illescas, Sturley, Van der Ziel, Von Ziegler, Zunarelli: «The Rotterdam Rules, an attempt to clarify certain concerns that have emerged», en comitemaritime.org/Rotterdam-Rules/0,2748,14832,00.html, 5 August 2009, 28 págs.; 27 de octubre de 2010, Illescas *et alii, Las Reglas de Rotterdam. Una respuesta Latinoamericana a la «Declaración de Montevideo»*, págs. 1 a 21. Los documentos relevantes sobre el proceso de las Reglas de Rotterdam pueden consultarse en la web del Comité Marítimo Internacional.

(14) Formulan críticas a las Reglas de Rotterdam, Alcántara, Hunt, Johansson, Oland, Pysden, Ramberg, Schmitt, Tetley, y Vidal: «Particular concerns with regard to Rotterdam Rules», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, abril y octubre de 2010, vol. 2, núm. 1, págs. 5-15.

(15) Cfr. Gómez Segade: «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», en *RDM,* 1980, págs. 222 y sigs.

(16) Para Illescas Ortiz, R., «El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», *op. cit.*, pág. 3: «*El Convenio de UNCITRAL tiene igualmente por finalidad aumentar la seguridad jurídica mediante la consolidación y codificación de reglas procedentes de décadas de jurisprudencia y prácticas de la industria, así como a través de la clarificación de textos anteriores allí donde claramente resultaba necesaria: va, así pues, mucho más allá de la mera revisión del régimen de responsabilidad para el transporte puerto-a-puerto*».

(17) Declara, en este sentido, el Profesor Illescas Ortiz, «El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», *op. cit.*, pág. 2, «*se trata de una industria que necesita normas actuales, previsibles y uniformes para funcionar de manera eficaz y eficiente*».

B) *El estado de la legislación española*

La doctrina coincide en que el estado de la legislación española, en el ámbito del transporte marítimo de mercancías, es confusa y discutida. El origen se encuentra en la deficiente técnica legislativa adoptada en ocasiones por el legislador español con relación a la introducción de las normas de origen internacional en esta materia.

España fue uno de los primeros países en ratificar el Convenio de 1924, depositando su ratificación en fecha de 2 de junio de 1930 y publicándolo en la Gaceta Oficial de 31 de julio de 1930. Conforme a la práctica doctrinal y jurisprudencial vigente entonces (18), por el solo hecho de la ratificación y publicación el Convenio pasó a formar parte de nuestro Derecho interno.

En aplicación de una técnica incorrecta, el legislador procedió posteriormente a dictar la Ley de transporte marítimo de mercancías de 1949 (LTM), con la finalidad de incorporar a nuestro Derecho las reglas del referido Convenio. La incorrección descrita no puede salvarse utilizando como argumento la alternativa que el propio Convenio en su Protocolo de firma otorgaba a los Estados signatarios, en el sentido de poder darle fuerza de ley directamente o de incorporarlo en manera adecuada al sistema nacional. La razón de ser estriba en la previa publicación oficial que impedía esta opción. A pesar de todo, la jurisprudencia ha venido aplicando, pacíficamente desde 1949, los preceptos de la Ley de transporte marítimo de mercancías, sin plantearse su posible ineficacia.

Una segunda fuente de dudas surge, y es debatida por la doctrina, en torno a la averiguación de la norma vigente, una vez operadas las reformas del Convenio por los Protocolos de 1968 y 1979. En el caso de España, no ratifica el Protocolo de 1968 en su momento, dejando pasar el plazo para hacerlo. Sin embargo, el 4 de junio de 1980 se ratifica el Protocolo de 1979, lo cual provoca unos efectos claramente negativos. El Protocolo de 1979 diferenciaba con nitidez los diversos efectos que tenía su ratificación para un Estado que hubiera ratificado en su momento el de 1968, o no lo hubiera hecho. Este último era el caso de España, para quien «la ratificación del Protocolo de 1979 valdrá asimismo para el Convenio» (art. VI.2.º), y «por Convenio se entiende el Convenio internacional de 25 de agosto de 1924, enmendado por el Protocolo hecho en Bruselas el 23 de febrero de 1968» (art. I). En consecuencia, la ratificación por España del Protocolo de 1979 supuso la ratificación del conjunto normativo constituido por el Convenio de 1924, más los Protocolos de 1968 y de 1979, que ingresaron de este modo en nuestro ordenamiento jurídico en 1984.

En evitación de los efectos perjudiciales que hemos señalado, el legislador debería haber denunciado previamente el texto del Convenio de 1924, para evitar la anómala situación de que dicho Convenio formara parte por partida doble del ordenamiento jurídico español. La falta de renuncia al respecto, conlleva que en la actualidad, y en el estricto plano jurídico, se encuentran simultáneamente en vigor en España el texto de 1924 (bien en su versión adaptada a la Ley de transporte marítimo de 1949, bien en su forma original), y el texto del Convenio actualizado (es decir, el Convenio de 1924 con los dos Protocolos de 1968 y 1979). Como ya comentamos, esta circunstancia obedece a que el Convenio no sustituye, sin más, al primero de 1924.

(18) En la actualidad, esta práctica se regula en el artículo 96 de la Constitución española y el artículo 1.5 del Código Civil.

Un sector doctrinal se ha inclinado por no considerar las consecuencias descritas, y entender que el único efecto de la ratificación de los Protocolos en 1980 ha sido el de modificar la vigente Ley de transporte marítimo. Como consecuencia de ello, la Ley interna de 1949 es la que debe ser aplicada en su versión adaptada del Convenio de 1924, con las modificaciones operadas por los Protocolos de 1968 y 1979. Esta solución práctica no resulta siempre sencilla porque la Ley interna no coincide plenamente, sino más bien difiere del Convenio de 1924, en ocasiones.

El Tribunal Supremo adopta una solución similar porque, en un primer momento, negó que los Protocolos supusieran una modificación a la Ley interna española puesto que son «*simplemente aspectos complementarios de la normativa contenida en la Ley interna de 1949*» (STS de 14 de febrero de 1991, Arz. 1265). Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha afirmado que «*se encuentra vigente la Ley interna de 1949 introductora en la legislación española de las normas del Convenio de 1924, en cuanto estas no se han visto modificadas por los Protocolos de 1968 y 1979*» (STS de 7 de abril de 1995, Arz. 3419). En suma, la práctica judicial parece inclinarse por aplicar, como disposición plenamente vigente, la Ley de transporte marítimo de 1949 (19) con las modificaciones derivadas de los Protocolos de 1968 y 1979.

En el estricto ámbito del ejercicio de las acciones de indemnización, y en defensa de los porteadores, los ordenamientos jurídicos han establecido normalmente unos breves plazos de prescripción de la acción de indemnización por pérdida o avería de la mercancía y la necesidad de que el consignatario realizase una denuncia de los defectos o averías en términos brevísimos.

En relación al plazo de prescripción, conviene realizar al menos, en este momento, una referencia a la existencia de un régimen doble en nuestro Derecho interno, comprendido por lo previsto en el Código de Comercio y en la Ley de Transporte Marítimo. La comparación de ambos regímenes sugiere que el trato a los porteadores es más favorable en el Código de Comercio que en la Ley de Transporte Marítimo. En este sentido, el Código de Comercio es relativamente más favorable a los porteadores, ya que las acciones por daños o faltas en la entrega del cargamento decaen y «*no podrán ser ejercitadas si al tiempo de la entrega de las respectivas expediciones, o dentro de las veinticuatro horas siguientes, cuando se trate de daños que no apareciesen al exterior de los bultos recibidos, no se hubiesen formalizado las correspondientes protestas o reservas*», *ex* artículo 952, párrafo 2.º del número 2 (20). Estas acciones prescriben al año, que se cuenta a partir del día de la entrega si es por daños o pérdida del cargamento. Si la acción se basa en el retraso o en la pérdida total, se cuenta el plazo de prescripción del año a partir del día en que la entrega debía verificarse (art. 952, párrafo 1.º del número 2) (21).

Por el contrario, la Ley de Transporte Marítimo resulta menos dura para los receptores de las mercancías, desde el momento en que no disciplina una decadencia similar. Tan solo si el consignatario no hace la reserva antes o en el

---

(19) Emiten un juicio crítico de la Ley de transporte marítimo de 1949, y en particular de sus artículos 3, 6 y 7, GABALDÓN GARCÍA, J. L., y RUIZ SOROA, J. M.ª, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, *op. cit.*, pág. 550.

(20) En este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1982 *(RJ* 1982/5578), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de enero de 1990 *(RJ* 1990/30), en la que se declara inaplicable ese plazo si las mercancías se transportan en contenedores.

(21) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1984 *(RJ* 1984/393); 2 de marzo de 1988 *(RJ* 1988/1542), y 21 de junio de 1998 *(RJ* 1998/7285).

momento de retirar la mercancía si los daños son aparentes, o a los tres días si no lo son, «*el hecho de retirar las mercancías constituirá, salvo prueba en contrario, una presunción de que han sido entregadas por el porteador en la forma consignada en el conocimiento*» (art. 22 LTM). En el artículo 3.4.º, en su apartado cuarto (según la redacción efectuada por el Protocolo de 1968, que modificó el Convenio de 1924 y, en consecuencia, el art. 22 LTM), establece que el porteador y el propietario del buque «*quedarán en todo caso descargados de cualquier responsabilidad relacionada con las mercancías, a menos que se entable la acción correspondiente dentro de un año a contar desde la entrega de las mismas, o desde la fecha en que hubieran debido entregarse. Dicho plazo podrá prorrogarse, sin embargo, mediante acuerdo concertado entre las partes con posterioridad al hecho que dio lugar a la acción*».

Como veremos más adelante, esta posibilidad de prórroga del plazo ratifica la opinión mantenida por nuestra jurisprudencia, de considerar ese plazo de caducidad y no de prescripción. Este plazo de caducidad se amplía más allá del año, cuando se trate del ejercicio de acciones de repetición contra terceros (art. 3.6 bis, modificado por el Protocolo de 1968).

Una vez que ha sido expuesto el conjunto normativo aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías, a partir de este punto, dejamos al margen el problema de armonía y compatibilidad entre el Convenio de Bruselas, Reglas de La Haya-Visby, y la Ley de transporte marítimo de 1949, y si debe primar uno sobre la otra (22), pues en el objeto de este comentario dichas normas parecen coincidentes, y además su exposición excedería los límites de este trabajo. En suma, ambas normas son prácticamente iguales en cuanto al plazo en materia de responsabilidad, que es de caducidad.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 26 DE MAYO DE 2011, RELATIVA A LA NATURALEZA DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL CARGADOR FRENTE AL TRANSITARIO

El análisis jurídico de la última sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2011 (23), relativa a la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario, en el marco de un contrato de transporte marítimo de mercancías, permite concluir que el plazo para el ejercicio de la acción por la cargadora contra la transitaria demandada era el establecido en el artículo 3, apartado 6, del Convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1924, y artículo 22 de la Ley de transporte marítimo, de 22 de diciembre de 1949, y dicho plazo había vencido cuando la demanda fue interpuesta.

En la citada sentencia del Tribunal Supremo, se clarifica que M. en la posición de la cargadora contrató con K&A, en la posición de transitaria, la organización de un transporte internacional de unos troqueles que había fabricado y vendido a una

(22) Vid., un estudio sobre el derecho aplicable en SANCHO GARGALLO, I., «Transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en *El contrato de transporte*, vol. I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, 2002, págs. 29 y sigs.

(23) Una reseña de la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2011, que comentamos, se recoge en «Transporte marítimo: caducidad de la acción de la cargadora a la transitaria», en *Actualidad Aseguradora*, 18-7-2011, núm. 17, 2011, cuya exposición de los hechos reproducimos por su claridad.

sociedad norteamericana, en cuyo establecimiento debía entregar e instalar las piezas. El transporte había de ejecutarse en contenedores y por distintos modos.

La organizadora del transporte quedó obligada por el contrato a manipular los troqueles para introducirlos en los contenedores y sujetarlos debidamente, en evitación de daños durante el trayecto.

La prestación la ejecutó un tercero por cuenta de la obligada. La carga se trasladó por mar, desde Valencia y, al llegar a Montreal, una parte había resultado dañada. Se ha probado que los daños se produjeron durante el trayecto marítimo, por la acción indirecta de la mar, pero que la causa primera de los mismos fue la inadecuación del sistema de trincaje empleado, esto es, de los medios de fijación de los troqueles en los contenedores, colocados en el origen del transporte.

Con esos antecedentes, M. demandó a K. con la pretensión de que fuera condenada a indemnizarle por el deterioro de la carga y de las negativas consecuencias económicas del consiguiente retraso en el íntegro cumplimiento de las obligaciones que había asumido ante la compradora de los troqueles.

La demandada opuso la excepción de caducidad, la cual fue acogida por el Juzgado de lo Mercantil para desestimar la demanda, con el argumento de que la responsabilidad de la transitaria era la de un porteador marítimo y la cargadora no había interpuesto aquel escrito dentro del plazo que establece el artículo 3, apartado 6, del Convenio de Bruselas.

Sin embargo, la Audiencia estimó el recurso de apelación y, al fin, la demanda, al entender que para identificar el régimen de prescripción o de caducidad de la acción de responsabilidad de la transitaria había que estar, no a la fase del transporte en que se produjo el daño (la marítima), sino al momento en que se generó la causa primera del mismo. Con tal argumentación declaró que, como el incumplimiento por la transitaria demandada de una de las prestaciones que debía ejecutar —la de sujetar firmemente la carga dentro de los contenedores— había sido la principal causa del daño, y tenido lugar antes del inicio del transporte marítimo propiamente dicho, esto es, antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque, la acción ejercitada en la demanda quedaba sujeta al régimen del artículo 1964 del Código Civil, y no al de los artículos citados del Convenio de Bruselas y al artículo 22 de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949.

La demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia, dirigido a obtener la declaración de que la acción ejercitada en la demanda había caducado cuando M. la interpuso. En relación con dicha cuestión, en nuestro sistema, aunque referido a los transportes terrestres, es aplicable a otros (los transitarios), cuando contratan en nombre propio y ocupan frente al cargador la posición de transportista. Y si el transporte se ejecuta con el empleo de distintos modos, como también ha sucedido en el caso, su responsabilidad se regirá por las normas que regulen la del porteador al que se equiparan y, en concreto, al que lo sea en la fase en que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar.

La prestación consistente en acondicionar y sujetar debidamente los voluminosos y pesados objetos dentro de cada contenedor no fue independiente sino accesoria de la de transporte. De ahí que, al ser uno mismo el sujeto contractualmente obligado, la responsabilidad nacida de una deficiente realización de aquella haya de ser la establecida para el incumplimiento de las obligaciones principales asumidas, en consecuencia, la del transportista marítimo.

## III. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN FRENTE AL PORTEADOR: ARTÍCULO 3, APARTADO 6, DEL CONVENIO DE BRUSELAS, DE 25 DE AGOSTO DE 1924, Y ARTÍCULO 22 DE LA LEY DE TRANSPORTE MARÍTIMO, DE 22 DE DICIEMBRE DE 1949

En relación a la cuestión abordada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2011, que examinamos en estas páginas, relativa a la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción de daños en el transporte marítimo de mercancías, la doctrina ha comentado los aspectos procesales que resultan relevantes para su calificación, bien de caducidad o bien de prescripción. Por el contrario, nuestro análisis parte de una perspectiva sustantiva y, de manera especial, de las instituciones de Derecho marítimo por la luz que arrojan en el supuesto estudiado.

El apartado final del artículo 3.6 fue modificado por el Protocolo de 1968, de forma tal que ha de considerarse que el párrafo correspondiente del artículo 22 de la LTM ha quedado derogado. El texto vigente dice: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 bis, el porteador y el buque quedarán, en todo caso, descargados de cualquier responsabilidad relacionada con las mercancías, a menos que se entable la acción correspondiente dentro de un año, a contar desde la entrega de las mismas o desde la fecha en que hubieran debido entregarse. Dicho plazo podrá prorrogarse, sin embargo, mediante acuerdo concertado entre las partes con posterioridad al hecho que dio lugar a la acción*».

El Protocolo de 1968 introdujo un nuevo párrafo al artículo 3 del Convenio de Bruselas, que denominó 6 bis, y que se refiere a las acciones de repetición que puedan ejercitarse contra terceros. La versión española del precepto, publicada en el *BOE,* dispone que: «*Podrán ejercitarse acciones de repetición contra terceros, incluso después de expirado el plazo de un año previsto en el párrafo precedente, siempre y cuando ello se haga dentro del plazo fijado por la ley del Tribunal que entiende del asunto. Sin embargo, dicho plazo no podrá ser inferior a tres meses, a contar desde el día en que la persona que ejercita la acción de repetición haya liquidado la reclamación o haya recibido notificación de la acción correspondiente, en una acción contra ella*».

### 1. El ámbito de aplicación del artículo 3.6 del convenio

El párrafo final del artículo 3.6 del Convenio (y el art. 22 de la LTM) limitaban el alcance de este precepto a los supuestos de responsabilidad del porteador por daños y pérdidas, pues decían: «*en todo caso, el porteador y el buque estarán exentos de toda responsabilidad por pérdidas o daños*», mientras que el texto vigente, que hemos reproducido, se dice que: «*el porteador y el buque quedarán, en todo caso, descargados de cualquier responsabilidad relacionada con las mercancías*». En este punto es preciso tener en consideración los trabajos preparatorios de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby (24). En efecto, la modificación introducida por el Protocolo de 1968, pero que parte de la Conferencia de Estocolmo de 1963, se debió a una proposición de la Asociación de Derecho Marítimo de Estados Unidos tendente a aclarar y simplificar el régimen de las

(24) Vid. *The Travaux préparatoires of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules*, CMI, Amberes, 1957.

Reglas entonces vigente, relativo al plazo de limitación respecto al tiempo (*a limitation as to time*) de la responsabilidad del porteador, no solo con relación a los daños a las mercancías sino también con relación a otros aspectos (*but in other respects as well*).

Al tratarse de cualquier responsabilidad relacionada con las mercancías ha de entenderse, en principio, que tanto las responsabilidades en el campo contractual contra el porteador, entendiendo este término en el sentido amplio del artículo 3 de la LTM (es decir, comprendiendo tanto al naviero propietario del buque, al armador y al fletador), como en el extracontractual sobre la base de lo establecido en el párrafo primero del artículo 4 bis del Convenio de Bruselas.

Igualmente afectará lo establecido en el párrafo final del artículo 3.6 del Convenio, y por lo tanto la decadencia con el transcurso de un año, a las eventuales reclamaciones contra los dependientes del porteador (*servants or agents*) (25) en los términos establecidos en los párrafos 2.º a 4.º del artículo 4 bis, de forma que el conjunto de la reclamación dirigida contra el porteador y sus dependientes no podrá superar los términos previstos en el Convenio, pero ni esta limitación de la deuda, ni el plazo de un año podrán alegarse frente al demandante en los casos de actuación dolosa de los dependientes.

En el párrafo comentado, también ha de estimarse comprendido, y ser considerado equivalente al ejercicio de la acción ante los Tribunales, el inicio de un procedimiento arbitral, por lo que será aplicable a este el plazo del año previsto en este apartado del Convenio (26).

Por otro lado, este párrafo del artículo 3.6 quiso dejar al margen el problema de las acciones de repetición, por lo que comenzó diciendo: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 bis*», en el que, a diferencia de lo que había sucedido en la redacción original del Convenio, se afrontó la cuestión de esas acciones como un caso particular.

### 2. El cómputo del plazo y la prórroga

El plazo para el ejercicio de la acción contra el porteador (y eventualmente contra sus dependientes) es de un año. Duración establecida originariamente en el Convenio y, aun cuando se opuso su ampliación a dos años en la Conferencia de Estocolmo, el texto final del Protocolo de Bruselas de 1968 lo mantuvo como estaba originariamente. Sánchez Calero recuerda que originariamente, con relación al Convenio de 1924, se produjo una evolución similar pues en las Reglas de La Haya se hablaba de doce meses, en lugar de un año, plazo que en la Conferencia de Londres se propuso su elevación a dos, si bien esa Conferencia lo dejó reducido a uno (27). Por el contrario, las Reglas de Hamburgo han fijado el plazo en dos años.

El cómputo del plazo, esto es, la determinación del *dies a quo* en que comienza a correr el plazo del año, se inicia a partir del día de la entrega de las

---

(25) En relación a las reclamaciones contra los dependientes, en el ámbito del transporte marítimo de mercancías, De la Vega Justribó, B., «Acciones contra los dependientes», en *ADM*, 2000, vol. XVII, págs. 147-204.

(26) En este sentido, Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of lading*, 20.ª ed., (al cuidado de S. C. Boyd, A. S. Burrows y D. Foxton), Londres, 1996, pág. 436.

(27) Sánchez Calero, F., *El contrato de transporte marítimo de mercancías (Reglas de La Haya-Visby)*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 462 y nota núm. 70.

mercancías al destinatario o en el caso de pérdida de las mercancías desde la fecha en que las mercancías hubieran debido entregarse.

Ese cómputo ha de efectuarse, por consiguiente, no desde la descarga de la mercancía, sino desde la fecha en que se produjo la entrega, de la efectiva *traditio*, que es un acto complejo en el que ha de concurrir no simplemente la puesta a disposición de la mercancía por el porteador, sino su recepción por parte del destinatario; lo que implica la tradición material de las mercancías de uno a otro de los contratantes, o de sus representantes respectivos. Entrega que, cuando se trata de un cargamento grande o complejo, puede durar más de un día y en tal supuesto habrá de tenerse en cuenta el último en que terminó la entrega. En la hipótesis de falta de entrega de la mercancía —esto es, en el caso de pérdida de la misma— comienza a correr el plazo en la fecha en que hubiera debido entregarse; lo que se interpreta en el sentido de que esa fecha se concreta en el día en que el buque deja el puerto de entrega (28).

La demanda ha de presentarse en el plazo de un año, ya que el término no se puede suspender ni interrumpir, pues nos hallamos ante un supuesto de caducidad y, como dice el párrafo al que nos estamos refiriendo, transcurrido ese plazo el porteador y el buque quedan *en todo caso descargados de cualquier responsabilidad*. No obstante, incluso bajo la redacción originaria del último párrafo del artículo 3.6 del Convenio, que guardaba silencio en este punto, se estimaba por un sector de la doctrina y claramente por la jurisprudencia que el plazo podía prorrogarse y de hecho se prorrogaba, siempre que tal prórroga se hiciera de común acuerdo antes del vencimiento de ese término. SÁNCHEZ CALERO comenta que en el *Gold Clause Agreement*, celebrado el 1 de agosto de 1959 bajo los auspicios de la *British Maritime Association*, se extendió —por considerarse insuficiente el término de un año señalado por la Ley— doce meses más la posibilidad de actuar contra el porteador, siempre que hubiera producido un aviso de los daños o pérdidas dentro de los primeros doce meses, y que quien recibe las mercancías o los consignatarios o aseguradores no hayan sido culpables de un retraso injustificado en presentar las reservas y en formular las reclamaciones (este acuerdo ha sido revisado el 1 de julio de 1977). La posibilidad de ampliar el plazo se reconoció con carácter general por el Protocolo de 1968.

La jurisprudencia española se orientó a favor de la prórroga del plazo del año en casos anteriores a la vigencia del protocolo de 1968, que entró en vigor en España tras su publicación en el *BOE* de 11 de febrero de 1984. En este sentido, son relevantes las sentencias, entre otras, de 30 de junio de 1987 *(RJ* 1987/4831), que tras citar el artículo 22 de la Ley de transporte marítimo, declara que: «*es eficaz el referido pacto de prórroga, ante el principio básico del imperio de la autonomía de la voluntad, doctrina que definitivamente legitima el ejercicio de la acción indemnizatoria el día 8 de enero de 1972, ya que el plazo prorrogado convencionalmente expiraba el 11 de ese mismo mes y año*» (Fundamento 3.º).

En la revisión de ese párrafo por el Protocolo de 1968 se estableció que el plazo de un año podía prorrogarse mediante acuerdo entre las partes con posterioridad al hecho que dio lugar a la acción. Del texto aprobado resulta, en primer lugar, que la prórroga ha de ser acordada por acuerdo de las dos partes;

---

(28) Citando jurisprudencia italiana, TULIO, L., y DEIANA, M., *Codice dei Trasportti, Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza,* Giùffre, Milano, 2011, págs. 755 y sigs.; RIGHETTI, G., *Codice della navigazione marittima, interna e aerea,* 7.ª ed., Giuffrè, Milano, 2009, págs. 868 y sigs.

en segundo término, que tal acuerdo ha de tener lugar posteriormente a la causa que dé lugar a la acción, lo que parece implicar que se quiere excluir la existencia de una cláusula que establezca la prórroga del plazo antes de iniciarse el transporte, y por último, que tal acuerdo entre las partes tenga lugar antes de que haya decaído la acción por el transcurso del tiempo. Para SÁNCHEZ CALERO (29), esto no debe impedir que sea válido un segundo acuerdo de prórroga entre las partes antes de que haya concluido el plazo del primero. No así la Ley francesa de 1966 (art. 41). En cuanto a las Reglas de Hamburgo, califican el plazo de dos años como de prescripción (art. 20.1 y el rótulo del propio artículo). No obstante, frente a la norma que domina en general en el derecho continental de la inderogabilidad de las disposiciones sobre la prescripción —y por consiguiente— respecto a la fijación de los plazos, el artículo 20.4 prevé la prórroga del plazo de dos años. En las Reglas de Rotterdam, como hemos señalado, el plazo es calificable igualmente como de caducidad.

### 3. LA NATURALEZA DEL PLAZO COMO DE CADUCIDAD Y NO DE PRESCRIPCIÓN

Un problema discutido en torno al plazo indicado por el artículo 3.6 del Convenio para el ejercicio de las acciones contra el porteador, por cualquier responsabilidad relativa a las mercancías, es la determinación de la naturaleza de este término, precisando si se trata de un término de prescripción o bien de caducidad.

Si bien es notoria la imprecisión que existe para delimitar ante supuestos concretos la determinación de esta naturaleza, dada la relativa importancia práctica que tiene esta distinción, ante la diversidad de los regímenes jurídicos de esas dos instituciones, la doctrina jurisprudencial se ha inclinado por considerar ese término de caducidad y no de prescripción.

Esta interpretación, defendida por SÁNCHEZ CALERO desde el principio, encuentra su apoyo no ya simplemente por la dicción literal del precepto al indicar que el porteador y el buque estarán en todo caso dispensados de cualquier responsabilidad (*shall in any event discharged from all liability whatsoever*) a menos que una acción no sea planteada dentro del año siguiente a la entrega de la mercancía, sino porque se tiende hacia una rápida liquidación de esta situación. Ello es así hasta el punto que el artículo 942.2.º del Código de Comercio, al regular la prescripción de las acciones frente al porteador y tras fijar un año como plazo de prescripción, hace preceder ese ejercicio de la denuncia de un término muy breve de los daños o faltas bajo la sanción de decadencia de la acción (denuncia en el mismo momento de la entrega si los daños son aparentes y veinticuatro horas cuando no lo son): decadencia que en este caso no opera de la misma forma, sino cuando transcurre el término de un año. Interpretación que se ve reforzada, si se advierte que el origen de ese párrafo en las Reglas de La Haya hay que unirle con la institución anglosajona de la *limitation of action*, que tiene carácter esencialmente procesal y que se configura en forma similar a la caducidad.

Por otro lado, la configuración de este término como de caducidad debe conjugarse con la declaración del artículo 3.8 del Convenio (art. 10 de la Ley de transporte marítimo) que declara nula toda cláusula que exonere al porteador de

(29) SÁNCHEZ CALERO, F., *El contrato de transporte marítimo, op. cit.*, pág. 463 y nota núm. 76.

sus obligaciones o deberes que derivan del Convenio, al tiempo que su artículo 5.1 (art. 13 de la Ley de transporte marítimo) consiente el incrementarlos. Por eso, el término de un año puede ser prorrogado, pero no disminuido.

La jurisprudencia española, como se ha dicho, se ha orientado claramente en el sentido de considerar el plazo previsto por el artículo 22 de la Ley interna (conforme a la redacción primitiva del art. 3.6 del Convenio y también tras su modificación por el Protocolo de 1968). En este sentido se declara en la sentencia de 10 de enero de 1996 *(AC* 1996/198), de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: señora FRESNEDA), «*el artículo 3.6.º del Convenio de Bruselas de 1924, modificado por posteriores protocolos, viene a decir lo mismo que el artículo 22. Dicho lapso anual de tiempo debe calificarse de caducidad y no de prescripción, y ello porque de la literalidad del citado precepto se desprende que a la concedida para reclamar por pérdidas o daños se le concede una duración limitada de forma que la inactividad durante el referido plazo exonera "en todo caso" de responsabilidad al porteador y al buque (sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 1986* [RJ *1986/675]), calificación de caducidad que lleva aparejada que los modos interruptivos aplicables a la prescripción, no lo sean a la caducidad, según constante doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de abril de 1949* [RJ *1949/303], 10 de marzo de 1942* [RJ *1942/323], 7 de junio de 1945* [RJ *1945/699], 17 de noviembre de 1948* [RJ *1948/1413], 25 de septiembre de 1950* [RJ *1950/1406], 26 de junio de 1974* [RJ *1974/3375], 7 de mayo de 1981* [RJ *181/1984], 1 de febrero de 1982* [RJ *1982/371], y 30 de mayo de 1984* [RJ *1984/2808], etc.*».

Además de la sentencia de 14 de febrero de 1986 *(RJ* 1986/675) (Ponente: señor PÉREZ GIMENO), cabe citar, entre otras del Tribunal Supremo, en el mismo sentido, las sentencias de 22 de enero de 1987 *(RJ* 1987/401) (Ponente: señor LÓPEZ VILAS), 2 de marzo de 1988 *(RJ* 1988/1542) (Ponente: señor LÓPEZ VILAS), 19 de febrero de 1990 *(RJ* 1990/697), y 3 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990/9542) (Ponente: señor MARTÍNEZ-CALCERRADA).

Como consecuencia de esta concepción, al tratarse de caducidad, la doctrina del Tribunal Supremo ha indicado que no son posibles los actos de interrupción de la misma, a diferencia de lo que acontece con la prescripción, si bien ha sido admitida esa interrupción en algunos supuestos excepcionales. Por el contrario, mientras que los plazos de prescripción fijados por la Ley se consideran como improrrogables, los de la caducidad, salvo que se prevea lo contrario por el ordenamiento positivo, se estima que sí lo son, como acontece con lo establecido, según hemos visto, en el artículo 3.6 del Convenio. Conviene tener en cuenta que la prórroga, en cierta medida, es propiciada por la intervención de los aseguradores para la liquidación del siniestro con sus asegurados, propietarios o titulares de la carga dañada. Entre las sentencias que abordan la posibilidad de prórroga, destaca la sentencia de 18 de octubre de 1988 *(RJ* 1988/7587) (Ponente: señor FERNÁNDEZ-CID), al igual que la de 30 de junio de 1987 *(RJ* 1987/4831).

Una parte de la doctrina (30) se ha pronunciado acerca de la interrupción de la prescripción en relación a dos sentencias, que resolvieron desfavorablemente sobre la naturaleza de la acción como de prescripción (sentencias de 4 de diciembre de 2001, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Sevilla, y de 27 de noviembre de 2002, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla). En

(30) ARROYO MARTÍNEZ, I., y FRANCO ARIAS, J., «Transporte marítimo, incompetencia territorial y caducidad de la acción (examen de las sentencias de 4 de diciembre de 2001 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Sevilla, y de 27 de noviembre de 2002 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla)», en *ADM*, núm. 22, 2005, págs. 25-80, en particular, págs. 74 a 76.

relación al supuesto de las sentencias, señalan que si se acepta que el plazo es de prescripción, la interposición de la primera demanda interrumpía el plazo de prescripción aunque se hubiera puesto fin al primer proceso debido a la declinatoria. El plazo no se volvió a iniciar hasta que quedó firme la resolución que puso fin al primer proceso estimando la declinatoria (31). Finalmente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de noviembre de 2008 (32), declaró que la caducidad de la acción se impone en el caso en que la demanda se presente ante un Juzgado territorialmente incompetente y este, declarando su incompetencia, no remite lo actuado al Juzgado competente, de modo que, presentada la demanda ante este último Juzgado, transcurrido el plazo de caducidad, la demanda no puede prosperar, toda vez que el plazo de caducidad no es susceptible de suspensión.

En el ámbito estrictamente civil, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (33) también considera que la estimación de una declinatoria fundada en falta de competencia territorial no impide que la demanda haya producido la interrupción de la prescripción: «*cuando la apertura de la cuestión competencial se deja a voluntad del demandado, por hipótesis el proceso ha de proseguir, por lo que es lógico reconocer a la de la demanda el efecto de interrumpir la prescripción, aun cuando su llegada a manos del juez competente se produzca después del transcurso del plazo de prescripción porque, en todo caso, el proceso continúa abierto. Cuando la cuestión de competencia concluya con la resolución judicial que la declare, en nuestra opinión, deberemos aplicar las mismas reglas que a todo proceso que fenece sin sentencia de fondo. En términos generales, el proceso sobre el derecho ejercitado ha quedado abierto y el efecto de interrupción de la prescripción se ha producido*».

En efecto, el artículo 944.2 del Código de Comercio dispone que la prescripción no se considera que es interrumpida por la interpelación judicial cuando fuese desestimada la demanda. Esta disposición podría suscitar dudas sobre si la estimación de una declinatoria impide la interrupción de la prescripción; sería entender que se refiere exclusivamente a la demanda que es totalmente desestimada en cuanto al fondo. Pese a la estimación de la declinatoria, la prescripción queda interrumpida desde la interposición de la demanda. La estimación de la declinatoria no comporta la desestimación de la demanda en sentido estricto, ni su nulidad. Ni tan siquiera implica una verdadera finalización del proceso, sino el mero traslado de los autos de un tribunal a otro.

En todo caso, aunque el artículo 944 del Código de Comercio no contempla la interrupción de la prescripción mediante la mera reclamación extrajudicial, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia lo acepta (34).

---

(31) A la misma conclusión llega Górriz López, C., *Responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal),* Bolonia, pág. 893. El autor no considera aplicable, al supuesto planteado en las sentencias sevillanas comentadas, lo dispuesto en el artículo 944.2 del Código de Comercio.

(32) Vid. Gutés Pascual, M. R., «Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008. Caducidad de la acción por daños a la carga en transporte marítimo internacional». Reseña de las sentencias del Tribunal Supremo, en *ADM*, vol. XXVII, 2010, págs. 654-656.

(33) Díez-Picazo y Ponce de León, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, pág. 106.

(34) En el ámbito de contrato de transporte de mercancías, Gorriz López, C., *Responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías, op. cit.,* pág. 888, reconoce que la interpretación mayoritaria es favorable a la interrupción cuando media una reclamación extrajudicial, y expone los argumentos en contrario que pueden tenerse en cuenta.

Junto a la interpretación a favor de la caducidad, que es sostenida por buena parte de la doctrina maritimista y por la jurisprudencia, se han esgrimido algunos argumentos a favor de la prescripción que no son desechables (35). Para este sector doctrinal, se puede defender con solvencia tanto la caducidad como la prescripción. Los argumentos que fundamentan esta postura, en la que el plazo no ha de ser considerado necesariamente de caducidad, son los cinco que exponemos resumidamente (36).

En primer lugar, el fundamento de la prescripción es la seguridad jurídica. Se establece para evitar la pendencia ilimitada de la realización de un derecho. La caducidad se refiere a la actuación de facultades temporalmente limitadas por su propia naturaleza. En el caso que nos ocupa, cuando se fija un plazo para ejercitar el derecho, se persigue esencialmente evitar la inseguridad que se podría generar al porteador si la reclamación de su responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones no estuviera sometida a un plazo temporal. Presenta una naturaleza que le acerca más a la prescripción que a la caducidad.

Un segundo argumento parte de que se trata del ejercicio de un derecho patrimonial y no de unas facultades nacidas por su propia naturaleza para ejercitarlas limitadamente durante un tiempo específico. También esta circunstancia acerca a la prescripción el plazo establecido para el ejercicio del derecho examinado.

Otro argumento señala que en el Derecho español, la prescripción es la regla general y la caducidad la excepción. No hay norma que expresamente considere el plazo como de caducidad. También en el Derecho del transporte en general la regla frecuente es la prescripción y no la caducidad, siendo la única excepción el Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo.

Un cuarto argumento se refiere a la posibilidad de prorrogar el plazo por acuerdo de las partes, lo que de nuevo lo acerca también a la prescripción. La caducidad se vincula de ordinario con un plazo exigido por una norma imperativa de obligada aplicación e incluso vinculada al orden público. La posibilidad relativa a que las partes puedan prorrogar el plazo de común acuerdo, una vez producidos los hechos de los que deriva la responsabilidad que contempla la normativa, no encaja con la naturaleza de la caducidad.

Un último argumento apunta a que parece apropiado que el plazo se interrumpa cuando el acreedor del transporte evidencia su voluntad de realizar su derecho.

En relación a la cuestión de si la naturaleza del plazo es de caducidad o de prescripción, existe incluso una sentencia que se inclina por la prescripción. Se trata de la sentencia de Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2001 *(RJ* 2001/884), que en su fundamento octavo establece:

*«B) En segundo lugar, aunque lo ya manifestado ha de considerarse decisivo, puede añadirse que de ningún precepto de dicha Ley se desprende que el plazo de un año que establece su artículo 22, párrafo cuarto, sea de caducidad y no de prescripción. A atribuirle esta última naturaleza se inclina el texto del artículo 3.6, párrafo cuarto del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en*

(35) ARROYO MARTÍNEZ, I., y FRANCO ARIAS, J., «Transporte marítimo, incompetencia territorial y caducidad», *op. cit.,* pág. 73.

(36) Resume las respectivas posturas a favor de la caducidad y de la prescripción, ARROYO MARTÍNEZ, I., «Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación», en *Estudios de Derecho Marítimo,* vol. I, Barcelona, 1985, págs. 484 y sigs.; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías, op. cit.,* págs. 889 y sigs.

*materia de conocimiento de embarque, de 25 de agosto de 1924* (RCL *1930/1105, y* ApNDL *13277), según modificaciones de los Protocolos de 1968 y 1979 (modificaciones publicadas conjuntamente en el* Boletín Oficial del Estado, *de 11 de febrero de 1984* [RCL *1984/340, y* ApNDL *8737]), en cuyo cumplimiento ha sido promulgada la Ley citada, a tenor de la cual el plazo a que nos referimos podrá ser prorrogado si las partes así lo acuerdan, con posterioridad al hecho que haya dado lugar a la acción*».

En la misma dirección de considerar que el plazo es de prescripción, se sitúan las nuevas corrientes legislativas. Entre los trabajos prelegislativos destaca el Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima de 2004 (37), y el posterior Proyecto de Ley General de Navegación Marítima de 2008 (38), que se encuentra en fase de enmiendas. En el Título IV del Proyecto se regulan los contratos de utilización del buque, y en el Capítulo II, relativo al contrato de fletamento, y en su único artículo (art. 323) de la Sección 8.ª, regula la prescripción de las acciones disponiendo que «*1. Las acciones nacidas del contrato de fletamento prescribirán en el plazo de un año. 2. En las acciones para indemnización de pérdidas, averías o retrasos sufridos por las mercancías, el plazo se contará desde la entrega de estas al destinatario o desde el día en que hubieran debido entregarse. 3. De la misma forma se computará el plazo para la reclamación de fletes, demoras y otros gastos del transporte. Sin embargo, en el fletamento por tiempo, el plazo se contará desde el día en que el flete u otros gastos fueran exigibles conforme a la póliza*».

En el ámbito internacional, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (39), denominadas Reglas de Hamburgo, en su artículo 20 amplían el plazo de reclamación a dos años y señala que el plazo es de prescripción.

Por lo que respecta a las Reglas de Rotterdam, si bien no se encuentran en vigor, confirman la tendencia en la configuración de la naturaleza como de caducidad, y no de prescripción, del plazo de las acciones frente al porteador marítimo. En efecto, las Reglas de Rotterdam, sin modificar la naturaleza del plazo establecido para el ejercicio de las acciones que, al igual que en el régimen de las Reglas de La Haya-Visby, hemos de seguir considerando como de caducidad, si bien prorrogable por voluntad del reclamado, extendiéndose a dos años a contar desde la entrega de las mercancías o, a falta de entrega, desde la fecha en que deberían haber sido entregadas. El plazo para el ejercicio de la acción de repetición, sin embargo, deberá determinarse conforme a la *lex fori* o, en ausencia de disposición sobre esta materia, noventa días a contar desde el pago de la reclamación o desde el emplazamiento respecto de la reclamación.

Conviene tener presente que la aplicación del régimen de responsabilidad establecido en las Reglas de Rotterdam cede ante determinadas excepciones.

---

(37) En la propuesta de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima, presentada por la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia (Madrid, 2004), se establece que las acciones nacidas del contrato de fletamento prescribirán en el plazo de los dos años (art. 341).

(38) Vid., el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima (121/000014). *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 14-1, de 19-12-2008. Proyecto de Ley General de Navegación Marítima (121/000014). *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 14-1, de 19-12-2008.

(39) Conviene tener en cuenta que las Reglas de Hamburgo han entrado en vigor a nivel internacional el 1 de noviembre de 1992, si bien el Estado español no las ha ratificado.

La primera de ellas, respecto de las acciones de reclamación que se emprendieran frente a aquellas partes ejecutantes que no puedan ser calificadas como marítimas. Otra excepción de gran calado es la prevista en el artículo 26 de las Reglas de Rotterdam (40), que se refiere al transporte precedente o subsiguiente al transporte por mar. Conforme dicho precepto, las reglas de responsabilidad que, para el porteador, se establecen en las Reglas de Rotterdam, «*no impedirán la aplicación de las disposiciones de otro instrumento internacional que, al producirse la pérdida o daño de la mercancía, o dicho hecho o circunstancia causante del retraso*» resulten de aplicación con carácter imperativo. En otras palabras, el régimen aplicable a la responsabilidad del porteador previsto en estas Reglas cede en favor de la aplicación imperativa de otras normas internacionales (41). Este excepcional régimen se aplicará cuando la pérdida o el daño se haya producido *exclusivamente* antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque o *exclusivamente* después de ser descargadas de este. Esta excepción de régimen aplicable ha de cumplir cumulativamente los requisitos de que el instrumento internacional resulte aplicable a aquella fase lo sea con carácter imperativo, y que la norma aplicable regule expresamente junto al régimen de responsabilidad del porteador, la limitación de dicha responsabilidad y el plazo para ejercitar las acciones tendentes a reclamar la responsabilidad. Como consecuencia de que el régimen de las Reglas de Rotterdam solo cede ante instrumentos de carácter internacional y que cumplan los requisitos expresados, las normas nacionales que pudieren resultar aplicables en ningún caso pueden impedir la aplicación preferente de estas Reglas. En España cabe citar el ejemplo, pese al declarado carácter imperativo de las normas sobre responsabilidad (art. 46.1) y prescripción (art. 78) contenidas en la Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (42), la responsabilidad del porteador habría de establecerse conforme a las Reglas de Rotterdam, de aplicación preferente a la citada ley que rige en el ámbito interno.

---

(40) Los artículos 26 y 82 de las Reglas de Rotterdam han suscitado la discusión acerca de su carácter unimodal o multimodal. Vid. esta cuestión en LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., «Las Reglas de Rotterdam (I)», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo de 2010, págs. 165-185. El Profesor ILLESCAS califica las Reglas de Rotterdam como «un convenio que es potencialmente más que marítimo», en su ponencia «El transporte total o parcialmente marítimo según las Reglas de Rotterdam», en el Seminario: *Las Reglas de Rotterdam desde la perspectiva del contrato de seguro*, organizado por SEAIDA el 28 de septiembre de 2010.

(41) Vid., la aplicación de otros regímenes imperativos de responsabilidad en el ámbito del transporte internacional de mercancías, GÓRRIZ LÓPEZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías, op. cit.* Entre las normas internacionales que resultan de aplicación imperativa, como excepción al régimen de responsabilidad previsto en las Reglas de Rotterdam, por reunir los requisitos necesarios para su aplicación, se encuentran las convenciones CMR (para el transporte internacional por carretera), COTIF-CIM (para el transporte internacional por ferrocarril) y en los instrumentos internacionales que conforman el denominado «Sistema Varsovia» y en el Convenio de Montreal de 1999 (en relación, ambos, con el transporte aéreo internacional). Dichos textos internacionales pueden resultar de aplicación si concurren los requisitos que delimitan su ámbito, en todo caso, internacional (arts. 1 del Convenio CMR, 1 del Convenio COTIF-CIM y 1 del Convenio de Montreal de 1999); y, de ser así, resultarían imperativamente aplicables (arts. 41 del Convenio CMR, 5 del Convenio COTIF-CIM y 49 del Convenio de Montreal de 1999), estableciendo, todos ellos, normas sobre la responsabilidad del porteador, su limitación y plazo para el ejercicio de acciones.

(42) Ley 15/2009, de 11 de noviembre de 2009, del contrato de transporte terrestre *(BOE,* núm. 273, de 12 de noviembre de 2009).

Este indudable carácter imperativo puede sufrir algunos problemas derivados de la distinta regulación en los instrumentos relativos al transporte internacional de mercancías. En particular el problema se puede suscitar respecto a los plazos y a cuál resulte la jurisdicción competente para reclamar la responsabilidad, toda vez que el ejercicio de la acción de recobro puede verse frustrada (43).

## IV. CONCLUSIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2011, es la última de una serie de sentencias en las que dicho Tribunal lleva a cabo la interpretación y calificación de la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al porteador marítimo, como de caducidad, en el marco de un contrato de transporte marítimo de mercancías.

El análisis de la sentencia se ha realizado a través de la revisión de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la discusión caducidad *versus* prescripción, y de las consecuencias relativas a la interrupción, prórroga, ampliación y disminución.

Sin duda, cabe afirmar que se ha consolidado una jurisprudencia pacífica en favor de la caducidad, si bien no falta alguna decisión aislada en sentido contrario.

En el plano normativo, internacional e interno, relativo a normas ya derogadas, las vigentes e, inclusive, las actuales corrientes prelegislativas acogen, en el mismo sentido, la naturaleza de la acción como de caducidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁNTARA, HUNT, JOHANSSON, OLAND, PYSDEN, RAMBERG, SCHMITT, TETLEY y VIDAL: «Particular concerns with regard to Rotterdam Rules», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, abril y octubre de 2010, vol. 2, núm. 1, págs. 5-15.

ARROYO MARTÍNEZ, I.: «Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación», en *Estudios de Derecho Marítimo*, vol. I, Barcelona, 1985, págs. 484 y sigs.

ARROYO MARTÍNEZ, I., y FRANCO ARIAS, J.: «Transporte marítimo, incompetencia territorial y caducidad de la acción (examen de las sentencias de 4 de diciembre de 2001, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 4 de Sevilla, y de 27 de

(43) En particular, son de interés los instrumentos como el Convenio CMR, el Convenio COTIF-CIM y el Convenio de Montreal de 1999. Si la pérdida o daño exigible al porteador queda amparada por el artículo 26 de las Reglas de Rotterdam, el plazo para reclamar no sería el de dos años establecido en el artículo 62 de las Reglas de Rotterdam, sino el específicamente establecido en el convenio internacional aplicable. Así, por ejemplo, si bien el plazo para reclamar conforme al Convenio de Montreal de 1999 es igualmente de dos años (art. 35 del Convenio de Montreal de 1999), el general de prescripción (salvo específicas excepciones contempladas para el supuesto de actuación dolosa) de los convenios reguladores del transporte terrestre es de un año (arts. 32 del Convenio CMR y 48 del Convenio COTIF-CIM). En relación a la jurisdicción competente para reclamar frente al porteador cuando el régimen de responsabilidad ha de determinarse conforme a los citados convenios, los foros competentes previstos en el artículo 66 de las Reglas de Rotterdam pueden no serlo para exigir la responsabilidad, frente a este mismo porteador, al amparo de dichos convenios que establecen sus propios foros de competencia judicial internacional (art. 31 del Convenio CMR, 46 del Convenio COTIF-CIM y 33 del Convenio de Montreal de 1999).

noviembre de 2002, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla)», en *ADM*, núm. 22, 2005, págs. 25-80.

ARROYO MARTÍNEZ, I., y GOÑI, J. L.: «La responsabilidad del transportador de mercaderías por agua: prescripción», en *Seminario de Buenos Aires,* 1980, Milano, 1983, págs. 136 y sigs.

BERLINGIERI, F.: *Prescrizione e decadenza nel trasporto marittimo di merci*, Padova, 1953.

— *La disciplina della responsabilitá del vettore di cose*, Milano, 1978.

— «A review of some recent analyses of the Rotterdam Rules», en *DM*, Fascículo IV, 2009, págs. 955 a 1036.

BERLINGIERI, F., y ZUNARELLI, S.: «Dalle regole dell'Aja-Visby alle regole di Rotterdam. Effetti del cambiamento sul comercio marittimo. Analisi comparata delle regole dell'Aja-Visby e delle regole di Rotterdam», Genova, 19-20 de octubre de 2009, en http://www.aidim.org/pdf/Aja_Rottterdam.pdf

BERLINGIERI, DELEBECQUE, FUJITA, ILLESCAS, STURLEY, VAN DER ZIEL, VON ZIEGLER, ZUNARELLI: «The Rotterdam Rules, an attempt to clarify certain concerns that have emerged», en comitemaritime.org/Rotterdam-Rules/0,2748,14832,00.html, 5 August 2009, 28 págs.

CANDELARIO MACÍAS, I., y DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B.: «La influencia de las Reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», en AA.VV.: *Las Reglas de Rotterdam*, dirs.: ILLESCAS ORTIZ, R., y ALBA FERNÁNDEZ, M., Thomson, Madrid, 2012, 43 págs.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B.: «Acciones contra los dependientes», en *ADM*, 2000, vol. XVII, págs. 147-204.

— *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, pág. 106.

FERRARINI: «Sulla prorrogabilitá del termine per l'esercicio dell'azione contro il vettore stabilito dalla convenzione di Bruelles sulla poliza di carico», en *Annali della Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Genova*, 1966.

FOGLIANI: «Sul termine per l'azione contro il vettore secondo la convenzione di Bruxelles del 1924», en *DT*, II/1988.

— «Natura del termine estintivo del art. III n. 6 della Convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico», en *DT,* 2001.

GABALDÓN GARCÍA, J. L., y RUIZ SOROA, J. M.ª: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

GÓMEZ SEGADE: «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», en *RDM*, 1980, págs. 222 y sigs.

GÓRRIZ LÓPEZ, C.: *Responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, págs. 889 y sigs.

GUTÉS PASCUAL, M. R.: «Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008. Caducidad de la acción por daños a la carga en transporte marítimo internacional», Reseña de las sentencias del Tribunal Supremo, en *ADM*, vol. XXVII, 2010, págs. 654-656.

ILLESCAS ORTIZ: «El nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», en *DN,* núm. 221, 2009.

INSTITUTE OF MARITIME LAW, UNIVERSITY OF SOUTHAMPTON*: The Rotterdam Rules: A practical annotation*. UK: Informa, 2009.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C.: «Las Reglas de Rotterdam (I)», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo de 2010, págs. 165-185.

MARTÍN OSANTE, J. M. (coord.): *Las reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010, 368 págs.

MORÁN BOVIO, D.: «Ocean Carriers' Duty of Care to cargo in port: The Rotterdam Rules of 2009», en *Fordham International Law Journal*, vol. 32., núm. 4, abril de 2009, págs. 1175 y sigs.

RIGHETTI, G.: *Codice della navigazione marittima, interna e aerea*, 7.ª ed., Giuffrè, Milano, 2009, págs. 868 y sigs.

RUIZ SOROA, J. M.ª: «Aplicación del régimen jurídico propio de las acciones de responsabilidad por averías o pérdidas en el cargamento o daños al pasajero», en *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Donostia, 1996, págs. 89-124.

RUIZ SOROA, ZABALETA Y GONZÁLEZ: *Manual de transporte marítimo*, 2.ª ed., Vitoria-Gasteiz, 1997.

SCRUTTON: *SCRUTTON on Charterparties and Bills of lading*, 20.ª ed. (al cuidado de S. C. BOYD, A. S. BURROWS y D. FOXTON), Londres, 1996.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Roma-Madrid, 1957.

SÁNCHEZ CALERO, F.: «Determinación del daño de las mercancías transportadas por mar, cláusula "bordo a bordo" y suspensión de la prescripción (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1957)», en *RDM*, núm. 69, 1958, págs. 197 y sigs.

— «Los conocimientos emitidos en virtud de una póliza de fletamento en la Ley de 22 de diciembre de 1949», en *Estudios Garrigues, I*, pág. 399.

— «Consideraciones sobre la clasificación de los contratos de explotación del buque», en *Estudios en Homenaje al Profesor Polo*, págs. 1061 y 1066.

— *El contrato de transporte marítimo de mercancías (Reglas de La Haya-Visby)*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

— *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, 2.ª ed., Pamplona, 2010.

SANCHO GARGALLO, I.: «Transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en *El contrato de transporte*, vol. I, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, 2002, págs. 29 y sigs.

— «Transporte marítimo: caducidad de la acción de la cargadora a la transitaria», en *Actualidad Aseguradora*, 18-7-2011, núm. 17, 2011, pág. 4.

TULIO, L., y DEIANA, M.: *Codice dei Trasportti, Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Giùffre, Milano, 2011, págs. 755 y sigs.

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

«The Travaux préparatoires of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules», CMI, Amberes, 1957.

«Propuesta de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima», presentada por la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia (Madrid, 2004).

«Proyecto de Ley General de Navegación Marítima (121/000014)». *BOCG*. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 14-1, de 19-12-2008.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 21 de octubre de 1978 *(RJ* 1978/3291).
STS de 25 de mayo de 1979 *(RJ* 1979/1893).
STS de 29 de octubre de 1982 *(RJ* 1982/5578).
STS de 31 de enero de 1984 *(RJ* 1984/393).
STS de 2 junio de 1984 *(RJ* 1984/3209).
STS de 29 de enero y 11 de octubre de 1985 *(RJ* 1985/807 y 4736).
STS de 24 de enero y 14 de febrero de 1986 *(RJ* 1986/407 y 675).
STS de 22 de enero de 1987 *(RJ* 1987/401).
STS de 30 de junio de 1987 *(RJ* 1987/4831).
STS de 2 de marzo de 1988 *(RJ* 1988/1542).
STS de 18 de octubre de 1988 *(RJ* 1988/7587).
STS de 2 de enero de 1990 *(RJ* 1990/30).
STS de 19 de febrero de 1990 1990 *(RJ* 1990/697).
STS de 3 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990/9542).
STS de 14 de febrero de 1991, Arz. 1265.
STS de 7 de abril de 1995, Arz. 3419.
STS de 21 de junio de 1998 *(RJ* 1998/7285).
STS de 28 de julio de 2000 *(RJ* 2000/6204).
STS de 19 de abril de 2001 *(RJ* 2001/884).
STS de 30 de diciembre de 2005 *(RJ* 2006/171).
STS de 15 de julio de 2008.
STS de 7 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008/7700).
STS de 26 de mayo de 2011.
SAP de Madrid, de 10 de enero de 1996 *(AC* 1996/198).
SAP de Sevilla, de 27 de noviembre de 2002.
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, de 4 de diciembre de 2001.

*RESUMEN*

*CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS CADUCIDAD DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EL CARGADOR FRENTE AL TRANSITARIO*

*Se pretende repasar la interpretación doctrinal y jurisprudencial de la discusión en torno a la calificación del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario, en el marco de un contrato de transporte marítimo de mercancías. En particular, si el mismo es de caducidad o de prescripción y sus consecuencias relativas*

*ABSTRACT*

*BILL OF LADING CONTRACT EXPIRATION OF THE TERM FOR TAKING ACTION SHIPPER VS. FORWARDING AGENT*

*This is a review of the interpretative light that legal thought and case law throw upon the issue of how to categorize the period during which a shipper may take action against a forwarding agent under a bill of lading contract. Particular emphasis is given to whether the period is one that may expire or lapse and what the consequences might be regarding interruption, extension, expansion and reduction. Consolidated case*

*a la interrupción, prórroga, ampliación y disminución, habiéndose consolidado una jurisprudencia pacífica en favor de la caducidad, si bien no falta alguna decisión aislada en sentido contrario.*

*law is in favour of expiration, although there are some isolated decisions that say otherwise.*

# *LOS DAÑOS MORALES EN LOS INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATOS DE ADQUISICIONES DE EMPRESAS. UN PROBLEMA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE JUNIO DE 2010*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

*Profesor de Derecho Civil y Abogado*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DAÑO MORAL Y LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES. LOS LÍMITES PARA SU RESARCIMIENTO.—III. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1107.2 DEL CÓDIGO CIVIL. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.—IV. RECAPITULACIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Como ya tuvimos ocasión de adelantar en nuestro trabajo anterior sobre esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 *(RJ* 2010/5151), donde analizábamos la cuestión de los deberes precontractuales de información en los contratos de adquisición de empresas (1), en la misma se razonaba sobre el resarcimiento del daño moral sufrido por el adquirente de una empresa como consecuencia del incumplimiento doloso del contrato por parte del vendedor. En la resolución casacional se estimaba la suficiencia de la imputación objetiva del daño moral al incumplimiento, como consecuencia de los padecimientos morales y físicos soportados durante el cierre de la empresa por causa del incumplimiento contractual doloso del demandado.

Según adelantamos, la controversia traía causa en que con fecha 24 de enero de 2002, el recurrente en casación compró a los demandados en escritura pública todas las participaciones de la entidad Fast English, S. L. (franquiciada de Open Master Spain, S. A.) por importe de 204.344,44 €. A partir del segundo trimestre del año 2000 la sociedad franquiciadora entró en una difícil situación económica al fracasar la expansión de su negocio, haciéndose pública su crítica

(1) Vid. REDONDO TRIGO, «El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 727 págs. 2773-3003.

situación económica en el mes de febrero de 2002, declarándose en quiebra en el mes de mayo de 2002, con la repercusión negativa que ello supuso para sus franquiciadas, ya que en el mes de marzo de 2002 la franquiciadora dejó de prestar servicios a sus franquiciadas. En el mes de septiembre de 2001, los demandados recibieron de la franquiciadora las llamadas «tablas de presupuestos provisionales» (previsiones económicas para el siguiente ejercicio 2001/2002) que eran sustancialmente inferiores a las de años anteriores. Además, y «*…a pesar de conocer la difícil situación financiera de la empresa, los demandados, para conseguir su propósito de venta, ocultaron al comprador la verdadera situación de la misma, consiguiendo que el mismo aceptara evaluarla con las cuentas del ejercicio 2000/2001 aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, de las que se deducía una rentabilidad neta del 5 ó 6 por 100 (…) y que en lugar de una empresa saneada y rentable entregaron una empresa inservible para el negocio, con cuantiosas deudas, con obligaciones de futuro contraídas extremadamente gravosas, con unos derechos de franquicia y arrendamiento que se extinguieron al poco tiempo, habiendo tenido que afrontar el comprador numerosas dificultades, pagos, reclamaciones judiciales laborales y de acreedores, reclamaciones de alumnos, penalidades y coacciones que incidieron negativamente en su vida personal y familiar causándoles daños morales*».

Si bien la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2006, apreció la existencia de dolo en el vendedor, desestimó no obstante la petición de 100.000 € por daños morales, en base a los siguientes razonamientos:

«*La Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales. Tal y como expone la STS de 7 de marzo de 2005: "Como señala la sentencia de 11 de noviembre de 2003, el reconocimiento del daño moral indemnizable —como ha recogido la citada sentencia de 31 de mayo de 2000— requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico —sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999— y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. —ver sentencias de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996, 27 de enero de 1998 y 12 de julio y 24 de septiembre de 1999—". La sentencia de 31 de octubre de 2002, en un supuesto de ruina funcional del artículo 1591 del Código Civil, declara: "No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de este es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera individual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona", y tal y como concluye dicha sentencia: "no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación del daño patrimonial", doctrina esta aplicable al caso ahora enjuiciado en que los daños relatados por el actor y en los que pretende sustentar su petición de indemnización por daño moral no pueden ser considerados como constitutivos de daño moral*».

Sin embargo, la sentencia de casación, de 15 de junio de 2010, estima el recurso sobre la base de los siguientes razonamientos acerca del daño moral:

*«Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, art. 10:301). La dificultad para determinar el alcance de los bienes de la persona que son susceptibles de padecer un menoscabo imputable a la acción de otras personas y la estrecha relación de los daños morales con los avatares de la convivencia humana impiden aplicar exclusivamente criterios fenomenológicos de causalidad para determinar su conexión con la conducta del deudor que incumple y exigen tener en cuenta criterios de imputación objetiva, entre los cuales debe figurar el criterio de la relevancia del daño, pues solo aplicando estos podrá admitirse la lesión de un interés protegido por el Derecho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual resulta asimismo significativo, como criterio para calibrar la imputabilidad, el alcance obligatorio del contrato para quienes en él intervienen, de acuerdo con lo que resulte de su interpretación.*

*En el caso de incumplimiento doloso del contrato, esta imputabilidad resulta ampliada. El Código Civil, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (art. 1107.I CC), el deudor, en caso de dolo, responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (art. 1107.II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia [SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982* (RJ *1982/4249), y 23 de octubre de 1984* (RJ *1984/4971)] ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad. Pero el artículo 1107 del Código Civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 del Código Civil , es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento.*

*A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9:501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que este sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales. La inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento se prevé también en los Principios sobre contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT (art. 7.4.2) (…).*

*En el caso examinado, dada la naturaleza puramente económica y mercantil del contrato, no consta que en el contenido del contrato se hubiesen tomado en consideración, implícita o explícitamente, los daños morales que pudiera producir su incumplimiento. Sin embargo, la sentencia de instancia declara que el incumplimiento fue doloso, por lo cual la imputación objetiva alcanza a los daños morales relevantes derivados del incumplimiento, independientemente de que el*

*cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños.*

*La conclusión a que llega la sentencia recurrida no se ajusta a esta doctrina, pues afirma que: «[l]a Sala muestra su disconformidad con la petición de 100.000 euros que formuló el actor por daños morales, por considerar que los padecimientos relatados no pueden ser considerados como daños morales» y justifica esta consideración en que no cabe reclamar daño moral «si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial».*

*Considerado, pues, por la sentencia recurrida implícitamente como existente el daño que la sentencia de primera instancia declara probado; descrito este como una serie de acontecimientos que suponen un grave menoscabo de la integridad de la persona del demandante en su vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar; y demostrado igualmente que este daño se produjo como consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada, que la sentencia recurrida considera de carácter doloso, concurre un criterio de imputación objetiva, sancionado por el artículo 1107 del Código Civil, que obliga al deudor a responder de los daños morales causados».*

Para una correcta ubicación del problema en cuanto al enjuiciamiento del daño moral otorgado en el caso de autos, de nuevo retomamos brevemente nuestra opinión concerniente a que en este supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, puede argumentarse la infracción de un deber de información precontractual que al referirse sobre las cualidades y satisfacciones que el objeto del contrato habían de proporcionar al comprador el régimen y remedios propios del incumplimiento de la prestación contractual debida (2), siendo de aplicación a la presente cuestión el artículo 1.107.2 del Código Civil —como de hecho también entiende la sentencia de casación analizada, aunque luego discrepemos de su fallo en cuanto a la estimación del resarcimiento del daño moral— ya que, como afirma MORALES

(2) Sin embargo, tal y como expusimos en su momento, no ha sido este el tratamiento dado por RODRIGO BERCOVITZ al comentar la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010. Este autor afirma lo siguiente al respecto:

«Puede llamar la atención que la doctrina establecida en esta sentencia se refiera a la interpretación del artículo 1107 del Código Civil, esto es, a la indemnización de daños por incumplimiento de obligaciones, cuando el conflicto no deriva de un supuesto semejante, sino de un supuesto de dolo. Así resulta de los hechos alegados por el demandante y probados. Los demandados le vendieron una empresa mediante engaño, ocultándole que se trataba de una empresa inviable, habida cuenta de los datos que ya conocían entonces, derivados fundamentalmente de la mala marcha de la empresa cuya franquicia explotaban. Es un caso del artículo 1269 del Código Civil, cuya sanción, en principio, es la anulación del contrato a instancia de la parte que sufrió el vicio de consentimiento (arts. 1265, 1300 y 1301 CC).

¿Cómo se pasa de los mencionados artículos relacionados con el dolo contractual al artículo 1107.II, relacionado con el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, de las obligaciones contractuales en este caso, esto es, con el incumplimiento de contrato? Hay que tener en cuenta que el comprador engañado no ejerció la acción de anulación, sino que ejerció una acción de indemnización de daños y perjuicios, basada en los artículos 1101, 1102 y 1124 del Código Civil. Hay que tener en cuenta también que en el momento de interponer la demanda, la empresa ya había sido liquidada». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil,* núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

MORENO (3) en su análisis del artículo 1.107.2 del Código Civil: «el dolo puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones del incumplimiento, susceptibles de generar responsabilidad contractual. Así, en el incumplimiento (doloso) de deberes precontractuales de información, en el de deberes de prestación, en el de deberes de cuidado».

Por tanto y en función de lo anterior, si entendemos la existencia de un incumplimiento contractual en el caso de autos, el examen de la cuestión, en lo que ahora nos atañe, reside en el tratamiento del resarcimiento del daño moral en los incumplimientos contractuales y el análisis del problema desde la causalidad e imputación objetiva del daño, lo cual nos lleva —según adelantamos— a no compartir el criterio de la sentencia de casación en cuanto al resarcimiento del daño moral en el caso enjuiciado por la misma.

Una crítica —también en términos de imputación objetiva— a esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, ha sido realizada por GARCÍA VICENTE (4). Para este autor (5): «La respuesta del Tribunal Supremo en lo que concierne tanto a la interpretación del artículo 1107.II del Código Civil como a la indemnización del daño moral y su justificación, es, a nuestro entender, por un lado "insuficiente" y por otro "inadecuada". (i) Insuficiente es el modo de construir una regla susceptible de generalizarse en los incumplimientos dolosos sin haber deslindado con claridad el alcance del criterio de imputación objetiva propuesto: la "conexión objetiva" nada añade a la causalidad en general (…) Por otro lado, la respuesta del Tribunal Supremo es "inadecuada" (…) es la escapatoria que utiliza el Tribunal Supremo para no infracompensar al comprador decepcionado, aunque los daños padecidos e indemnizables fueran otros y otra su justificación».

A nuestro juicio, el razonamiento que ofrece el Tribunal Supremo para la indemnización de daños morales, en este caso, no se ajusta a los parámetros que por imputación objetiva entendemos. Es decir, pese a intentar asirse a esta doctrina de la imputación objetiva en su *ratio decidendi*, nuestro Tribunal Supremo en función de lo que denomina *conexión objetiva* concede un resarcimiento por daño moral con base más cercana a una teoría de pura causalidad que a una doctrina de imputación objetiva.

## II. EL DAÑO MORAL Y LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES. LOS LÍMITES PARA SU RESARCIMIENTO

En la actualidad puede afirmarse que existe un sentir en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la posibilidad de que el daño moral pueda ser indemnizado, con carácter general, como consecuencia de un incumplimiento contractual.

---

(3) MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante.* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de número, pág. 176.

(4) GARCÍA VICENTE, «Sentencia de 15 de junio de 2010: Compraventa de participaciones sociales: *dolo in contrahendo,* incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil: la "conexión objetiva"», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 86/2011.

(5) Vid. *op. cit.,* págs. 778 y 779.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO (6) entiende que: «El problema es de delimitación del concepto mismo de daño moral, del que no resulta posible ocuparse en este lugar. El descrédito en el ámbito comercial o profesional y la pérdida de clientela, que se encuentra en la raíz del caso que examinó la STS de 9 de mayo de 1984 (abogado omitido en la guía), no son con probabilidad daños morales, sino estrictamente daños económicos y capítulos de un posible lucro cesante. Por lo demás y tratando el tema con carácter general, parece correcta la idea de que, en este punto, debe jugar, de manera rigurosa la norma del artículo 1107. No puede excluirse la indemnización de los daños morales por el hecho de que la relación entre las partes sea de naturaleza contractual. Lo que debe determinarse es si tal daño era previsible para el deudor en los términos del artículo 1107 y si la relación obligatoria le imponía, en relación con la prestación comprometida, especiales del deber de diligencia o de protección, tendentes a evitar aquel daño».

Pese a ello, no es menos cierto que el debate o la polémica al respecto, lejos de estar concluido, sigue vivo a pesar de admitirse genéricamente dicha posibilidad de resarcimiento, ya que la cuestión ha de solucionarse en cuanto al caso concreto, previo análisis del concepto del daño moral y de los límites existentes en cuanto al resarcimiento del mismo (7).

Por ello no es propósito de este trabajo el primero de los problemas, a saber, el análisis del concepto del daño moral, así como su admisibilidad dentro de los daños resarcibles *ex* artículo 1106 del Código Civil —ambos aspectos, admitidos jurisprudencialmente [sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de julio de

---

(6) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Vol. II. *Las Relaciones Obligatorias,* 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2008, pág. 793.

(7) Aceptando, además con carácter previo, el primer obstáculo a la indemnización de los daños morales que pudiera suponer una lectura del artículo 1106 del Código Civil, que no hace referencia a los daños no patrimoniales. A favor de entender comprendidos los daños morales dentro de los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1106 del Código Civil, puede citarse a CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales,* t. XV, vol. 1 Madrid, 1989 (págs. 669-703, comentario al art. 1106) (págs. 747-748, comentario al art. 1107) y a PARRA LUCÁN, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 35, abril-agosto de 1994, núm. 935, págs. 569 y sigs. Con mayor detalle en cuanto al análisis y crítica de las tesis contrarias, RODRÍGUEZ GUITIÁN, «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15, 2007, págs. 243-246.

En contra, ESPIAU ESPIAU, «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* T. II, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones,* Ed. Thomson-Civitas, 2003, pág. 1795, quien razona que: «…Pero es que, sobre todo, los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación a que alude el artículo 1107 del Código Civil, deben determinarse con relación a los conceptos que contemplados en el artículo 1106 del Código Civil, es decir, con relación al daño emergente y al lucro cesante. En este sentido, y dado el componente esencialmente patrimonial de ambos conceptos, resulta evidente que ni a uno ni a otro puede reconducirse un daño que, por definición, carece de esta característica. La extensión o alcance de los daños y perjuicios resarcibles, a que se refiere el artículo 1106 del Código Civil, es incompatible con una indemnización por daño moral: ni puede conciliarse con la pérdida sufrida por el acreedor, ni mucho menos con la ganancia que haya dejado de obtener. No es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto o de interpretación restrictiva: es que el resarcimiento de un daño no patrimonial dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil».

1994 *(RJ* 1994/6787) y de 21 de octubre de 1996 *(RJ* 1996/7235)] y en la doctrina mayoritaria— y sí los límites existentes a su resarcimiento en supuestos de incumplimientos contractuales en caso de dolo y por juego del artículo 1107.2 del Código Civil —aspecto menos tratado— aunque creamos que una correcta solución de un determinado problema no puede efectuarse analizando aisladamente solo esto último. Es decir, solo tras la atención a un correcto concepto de daño moral pueden abordarse con seguridad los límites del resarcimiento del daño moral en sede de incumplimientos contractuales.

Como hemos dicho, el primer problema relativo a la conceptualización del daño moral ha sido tratado de forma extensa tanto por doctrina (8) como por jurisprudencia, no así tanto la cuestión de los límites a dicho resarcimiento, más concretamente el derivado de la aplicación a los hechos del artículo 1107 del Código Civil. En cuanto al concepto del daño moral, somos de lo que hoy casi podríamos denominar opinión minoritaria si la comparamos con la mostrada por la actualidad jurisprudencial (9), es decir, partimos de un concepto estricto y restringido del mismo, en función tanto de sus antecedentes históricos como del sentido que ha de dársele a esta partida del daño. Así, el daño moral indemnizable solo ha de venir dado por el *pretium doloris* en cuanto daño que haya afectado a los derechos de la personalidad o hayan producido un grave trastorno psicofísico, de ahí que una mera adopción de dicha concepción estricta del daño moral ya nos pudiera hacer rechazar *ab initio* el resarcimiento del referido daño moral en la sentencia de casación analizada (10).

---

(8) Destaca sobre el tema, el opúsculo de DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral,* Editorial Thomson-Civitas, 2008.

Con abundantes citas y referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema: RODRÍGUEZ GUITIÁN, vid., *op. cit.,* págs. 239-263; SOLÉ FELIU, «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», en *Indret,* febrero de 2009.

(9) Pueden verse al respecto tras la línea aperturista iniciada con las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1984 *(RJ* 1984/2403) y 13 de diciembre de 1984 *(RJ* 1984/6111), entre otras y como postura mayoritaria jurisprudencial, las sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000 *(RJ* 2000/5089) y 3 de mayo de 2006 *(RJ* 2006/4070), que admite el resarcimiento del daño moral no solo en aquellos supuestos de *pretium doloris,* a los que hacíamos referencia, sino también en casos de «impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre» o «el trastorno de ansiedad, impacto emocional e incertidumbre consecuente».

Por el contrario, dentro de lo que podríamos denominar postura jurisprudencial minoritaria que acoge un sentido estricto del daño moral cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2002 *(RJ* 2002/9736), cuando al referirse al concepto del daño moral lo hace razonando que «es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material», diciendo que: «hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona». En esta línea, también destacamos la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1991 *(RJ* 1991/2419), que entiende que «la situación derivada de la falta de comunicación alegada no encaja en el concepto de daños morales, que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales».

(10) DÍEZ-PICAZO se expresa sobre el particular haciéndose eco de la mencionada evolución jurisprudencial, razonando lo siguiente: «Son características de esta evolución jurisprudencial las sentencias que condenan a pagar un daño moral al abogado que actúa con falta de diligencia, como si su cliente experimentara el mencionado daño, o en los supuestos

No obstante lo anterior, la conciencia de que en nuestra actualidad jurisprudencial existe una opinión favorable —y podríamos decir, consolidada— a la extensión del daño moral es lo que nos lleva a centrarnos en este trabajo al aludido artículo 1107.2 del Código Civil, en lo relacionado con la admisibilidad o no del resarcimiento por daño moral que efectúa la sentencia de casación analizada (11), debido a la caracterización de incumplimiento doloso que efectúa la sentencia de casación, para poder sostener también que desde la interpretación que consideramos correcta del meritado artículo 1107.2

---

que se denominan de "pérdida de oportunidades" como aparece en las sentencias de 22 de enero de 1998, 26 de enero de 1999, ó 4 de junio de 2003.

De esta suerte el daño moral arranca del disgusto, la ansiedad o la trascendencia que psicológicamente ha podido experimentar un sujeto por lo que puede ser considerado como un contratiempo, como pone de relieve también alguna sentencia en la que quiere derivarse daño moral del hecho de no haber recibido información completa, de manera que se pudo estropear un viaje de novios, o el hecho de encontrar ocupado el asiento reservado en una plaza de toros. A nuestro juicio, una concepción como esta es absolutamente inadmisible. En ningún lugar está dicho que el ordenamiento garantice a todos los miembros de la comunidad jurídica una vida tranquila y sin problemas especiales, de manera que si sufre lo que hemos llamado "contratiempos" tiene derecho a recibir por ello una indemnización (…).

El daño moral guarda una relación imborrable con la *pecunia doloris* y, por consecuencia, es un efecto de lo que se ha podido llamar la perturbación del estado de ánimo del lesionado. Mas si aceptamos la anterior proposición, habrá que admitir también que la indemnizabilidad de un daño llamado moral solo puede encontrarse ligada con los sucesos en los que se pueda reconocer una especial gravedad, lo que hay que situar, como hay hizo en su momento R. Scognamiglio, en la previa lesión de derechos y bienes de la personalidad. Lo que significa que en términos generales, que puede unirse un daño moral al daño consistente en la pérdida de la vida o la lesión corporal, o en aquella otras como la difamación que puede afectar gravemente al espíritu humano». Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual,* Civitas, 2011, págs. 322 y 323.

(11) Rodríguez Guitián (vid., *op. cit.*) propone la siguiente tesis intermedia entre la concepción estricta del daño moral y una que lo hace o presenta más amplio (es decir, como el sufrimiento psíquico que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico y no referido solo a derechos de la personalidad o extrapatrimoniales), al exponer lo siguiente: «La solución a este complicado dilema quizá radique en una vía intermedia. Ni se trata de negar, como regla general, la indemnización del daño moral contractual mediante la adopción de un concepto estricto del daño moral, ni tampoco de admitir tal reparación de forma ilimitada manejando como único criterio de resolución un concepto amplio de esta clase de daño. Probablemente sea más conveniente tomar como punto de partida un concepto amplio de daño moral, sobre todo porque, como ya se ha subrayado antes, la tesis que aboga por un concepto estricto de daño moral tiene el alto coste de excluir de la reparación a perjuicios no patrimoniales que derivan de la lesión de intereses revestidos de gran importancia en la actualidad, pero que no constituyen bienes de la personalidad en sentido estricto. Además de que la batalla por un concepto puro, estricto de daño moral, casi con toda seguridad está perdida ya, y tanto la actual corriente jurisprudencial aperturista como los citados trabajos preparatorios de un futuro derecho europeo de contratos son una buena prueba de ello. Por eso la determinación de unos criterios que delimiten en qué casos ha de repararse el daño moral derivado del incumplimiento de contrato es un camino más adecuado, a mi juicio, para impedir, en la medida de lo posible, esta degradación del concepto de daño moral que sin duda se está produciendo. Pueden proponerse los siguientes criterios que marcan límites a la reparación del daño moral contractual: el primero es la aplicación del artículo 1107 del Código Civil (previsibilidad del daño moral) y, el segundo, la exigencia de que el daño moral sea de una cierta entidad».

del Código Civil, no tendría que haber habido lugar a la indemnización por daño moral que concede la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 (12), donde se están enjuiciando unos hechos que a lo sumo supusieron un desequilibrio emocional, grave inquietud o tristeza en el espíritu, pero no una lesión a los derechos de la personalidad, que sí son bienes que pertenecen a la esfera patrimonial de una persona, tales como la integridad física o psíquica o la intimidad, por ejemplo.

Por ello, el daño producido al comprador de autos de carácter extrapatrimonial ha de analizarse, en cuanto a los límites para su resarcimiento desde el artículo 1107.2 del Código Civil, al haberse calificado como doloso el incumplimiento contractual del vendedor.

## III. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1107.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Si difícil es dar un concepto verdaderamente científico del daño moral, no entraña menor complicación el ofrecimiento de una interpretación del artículo 1107.2 del Código Civil, relacionándola con el tema tratado.

La dificultad en el entendimiento de esta norma jurídica puede ilustrarse con el hecho de que en algunos casos este precepto ha sido tildado por algún autor de «enigmático» (13) e incluso de «norma absurda» (14).

---

(12) Carrasco Perera se hace eco del fallo equivocado de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, cuando afirma lo siguiente: «Es cierto que existe mucha jurisprudencia que afirma que el dolo del deudor comporta la exclusión de limitaciones de responsabilidad contractual, conforme a los artículos 1102 y 1107.II. Pero es bien curioso que todas estas declaraciones hayan sido hechas *obiter dicta* y que no se pueda encontrar *ninguna* sentencia que haya condenado al deudor a una cifra de responsabilidad superior a la pactada o a la ordinaria del artículo 1107.I del Código Civil, por el hecho de que este vendedor haya conocido directa o indirectamente la existencia de la contingencia que constituye dolo *in contrahendo* o haya incumplido posteriormente el contrato *voluntariamente*».

Este autor cita las siguientes sentencias en apoyo de su anterior opinión, criticando al final la solución dada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010: «SSTS de 23 de febrero de 1973 *(RJ* 1973/538), 21 de junio de 1980 *(RJ* 1980/2726), 14 de junio de 1982 *(RJ* .../3425), 16 de julio de 1982 *(RJ* 1982/4249), 17 de julio de 19983 *(RJ* 1983/4233), 23 de octubre de 1984 *(RJ* 1984/4971), 15 de febrero de 1989 *(RJ* 1989/964), 17 de junio de 1989 *(RJ* 1989/4695), 20 de junio de 1998 *(RJ* 1998/4904), 15 de julio de 1991 *(RJ* 1991/5572), 22 de octubre de 1993 *(RJ* 1993/7762), 30 de noviembre de 1999 *(RJ* 1999/8439), 30 de junio de 2000 *(RJ* 2000/6447), 29 de marzo de 2001 *(RJ* 2001/3189). Con una excepción (equivocada, en mi opinión): según la STS de 15 de junio de 2010 *(JUR* 2010/326833), en aquellos casos de daño contractual en que por regla no procediera indemnización del daño moral, sin embargo este se compensaría, si el incumplimiento ha si doloso». Carrasco Perera, *Derecho de Contratos,* Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010, págs. 1270 y 1271.

(13) Cristóbal Montes, «El enigmático artículo 1.107 del Código Civil español», en *Centenario del Código Civil,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, págs. 559-575.

(14) Carrasco Perera, «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», en *Revista de Derecho Privado,* XVI, 1088 a 1124, Madrid, 1989, artículo 1107, VI, 5, afirma lo siguiente:

«En efecto, puesto que el artículo 1107 es una norma absurda, hay que interpretarla de la manera en que mayormente pudiera tener sentido. Y solo lo tendría de interpre-

Para la inteligencia de la misma resulta conveniente abordar sus antecedentes históricos, lo que pasa por ubicar la mayor gravedad de la responsabilidad del deudor doloso en el propio *Corpus Iuris*, siendo el caso más relevante el que conforma la responsabilidad del vendedor de un animal enfermo de una enfermedad contagiosa.

De esta forma, el Digesto 19.1.13 (Ulpiano. 32. ed.) expone el siguiente caso (15): «Juliano, 15 "dig". hace una distinción, entre aquel que vende una cosa conscientemente y el que lo hace con ignorancia, en la condena por acción de compra; pues dice que aquel que "me" vendió ganado enfermo o una viga defectuosa, si lo hizo sin saberlo, habrá de responder por la acción de compra solamente de aquella cantidad en que lo habría comprado de menos de haber conocido yo que se hallaba así; pero si calló a sabiendas y engañó al comprador, habrá de responder al comprador de todos los daños que de aquella compra se derivasen para él. Así, pues, si la casa se derrumbó por defecto de la viga, el valor de la casa; si perecieron los ganados por contagio del enfermo, hará de responder del interés del comprador en que se vendiesen cosas idóneas».

La Constitución del Emperador Justiniano, del año 531, «De las sentencias que se profieren respecto a los intereses» (C.7, 47) regula los límites de la indemnización exponiendo lo siguiente: «Como se han llevado hasta lo infinito las antiguas dudas respecto a los intereses, nos ha parecido mejor restringir tal prolijidad, en cuanto es posible. Así, pues, mandamos, que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas y en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna de la cantidad del duplo; pero que en los demás casos, que parece que son inciertos, investiguen con su sutileza los jueces, que se encargan de dirimir las causas, para que restituya el daño que en realidad se infiere, y no se lleve por virtud de ciertas maquinaciones y de inmoderadas alteraciones a inextricables rodeos, no sea que elevándose el cómputo al infinito quede sin efecto por su propia imposibilidad, pues sabemos que es conforme a su naturaleza que se exijan solamente aquellas penas que se profieren con la competente moderación, o que por las leyes se establecen encerradas en ciertos límites. Y esto lo comprende nuestra constitución no solamente respecto del daño, sino también en cuanto al lucro, porque también respecto a este determinaron los antiguos el interés. Y sea para todos término de la antigua prolijidad, conforme a lo que se ha dicho, el contexto de esta constitución» (16).

---

tar el "conocidamente" como "probadamente"; el acreedor tendrá que justificar que el daño deriva "probadamente" del incumplimiento, y habría que considerar no satisfecha la prueba cuando el daño fuese *too remote*. En estos casos, no estaría dada la prueba. Imaginemos lo absurdo que sería interpretar de otra manera el artículo 1488: el vendedor conocía el vicio (lo que supone dolo), pero la cosa se pierde después, sin relación con el defecto, por la culpa del comprador; indemnizar "todos los daños" no puede querer decir pagar el valor de la cosa, sino simplemente redhibición por el precio contratado y gastos del contrato».

(15) *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. *Constituciones Preliminares y Libros 1-19*. Versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca. M. García-Garrido y J. Burillo, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

(16) *Corpus Iuris Civilis*. *Codex Iustinianus*. 7.47.1. *De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur.* Krueger *(Corpus Iuris Civilis,* II, Berlin, 1954).

Por los juristas del *Ius Commune* no se aceptó globalmente esta limitación de responsabilidad establecida en las Fuentes (C.7, 47) y con antecedente en el Digesto 19.1.13 ya se excluía la misma en los supuestos de *dolus* (17).

Con estos antecedentes, POTHIER (18) parte de la regla de indemnización íntegra del daño en los casos de responsabilidad del deudor por dolo, razonando lo siguiente:

«166. Los principios hasta aquí sentados no tienen lugar en los casos en que provengan los daños y perjuicios del dolo que haya usado el deudor en el contrato. Entonces el resarcimiento deberá ser completo, de todos ellos indistintamente, ya sea que el acreedor los haya experimentado por razón de la cosa misma objeto de la obligación, *propter rem ipsam*, ya sean resultados extrínsecos que hayan afectado sus demás bienes; sin que tampoco se de lugar á la averiguación de si puede ó no presumirse que el deudor pensó en ellos al tiempo de obligarse. Cualquiera que comete dolo, se somete *ipso facto velit nolit*, y todos los daños y perjuicios que de su mal proceder resulten.

Ejemplo: Un ganadero me ha vendido algunas reses que padecían una enfermedad contagiosa, la cual comunicada á mis ganados me ha acarreado pérdidas de consideración: si, como suponemos, el sabia esta enfermedad, su disimulo ha sido un dolo, Y este dolo le sujeta al pago completo de todos los daños y perjuicios que del contagio me resultan, no solo por lo que respeta á las reses vendidas, sino también por lo tocante al resto de mis ganados. L. 13 *ff de act. empt. ff.,* pues que el dolo es la causa de todas estas perdidas».

No obstante dicha reparación completa del daño en casos de dolo, POTHIER, consciente de la gravedad de la misma, lleva a cabo una limitación en función de la aplicación de la causalidad próxima y la causalidad remota, excluyendo de la indemnización a los daños ulteriores o remotos. De esta forma expone sus argumentos:

---

*Imperator Justinianus. Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare.*

*1. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.*

*2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. * IUST. A. IOHANNI PP. *«A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV. CC».*

(17) FACHINEUS, *Controversiarum iuris libri tredecim,* Coloniae Agripinae, 1626 (n. 13); ALCIATUS, *De eo quod interest,* Lugduni, 1537 (n. 18); DUMOULIN, *De eo quod interest,* Venetiis, 1584; PÉREZ, *Praelectiones,* nr. 11 a C.7.47; apud. Helmut COING, *Derecho Privado Europeo.* Tomo I. Fundación Cultural del Notariado, 1996, pág. 556.

(18) POTHIER, *Tratado de las Obligaciones,* Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1839, págs. 101-102.

«167. Mas ¿se extenderá la responsabilidad del deudor á todos los otros perjuicios que mas lejana é indirectamente derivan del dolo? El contagio, supongamos, ha muerto ó hecho enfermar mis bueyes, y por esto no he podido cultivar mis tierras: está claro que ese contratiempo es consecuencia del dolo del que me ha vendido las reses pestilentes, pero también es claro que esta consecuencia es algo remota é indirecta; así que ¿estará el ganadero tenido á indemnizarme de esta perdida? Aun mas, si suponemos que las desgracias acaecidas en mis ganados, y el haber quedado sin cultivo mis tierras, me ha impedido acudir i satisfacer á mis acreedores que han instado y obtenido por aquella razón un mandamiento ejecutivo contra mis bienes, y los han vendido á muy bajo precio, ¿esta otra perdida, consecuencia asimismo del dolo primitivo, correrá á cuenta del ganadero? La regla que para tales casos me parece que ha de sentarse y seguirse es, que no deben comprenderse en los daños y perjuicios, cuyo pago incumbe al deudor doloso, aquellos que además de ser una consecuencia remota del dolo, no derivan de el necesariamente, y pueden tener al mismo tiempo otras concausas.

Ejemplo: Insiguiendo en la misma especie arriba propuesta, no será responsable de la ejecución y mala venta de mis bienes el ganadero cuyo dolo, es verdad, ha dado margen á ella, pero de una manera muy indirecta y como causa muy remota: además de que también otras causas á mas de la pérdida de los ganados pueden haber contribuido á la ruina de mi fortuna: esta desgracia no es consecuencia necesaria de aquella.

Tampoco deberá cargar, según opino, con el resarcimiento al menos por entero de los perjuicios provenientes de haber quedado sin cultivo mis tierras, pues si bien estos perjuicios tienen un origen mas inmediato en el dolo del vendedor, no eran sin embargo tan inevitables, que no hubiese podido obviarlos buscando otros bueyes para arar y trabajar mis tierras, ó cediéndolas á un colono. Con todo como aun acudiendo á estos expedientes es indudable que no habría sacado tanto provecho como cultivándolas por mi mismo y con mis bueyes, esto siempre deberá atenderse y estimarse en algo en el computo de los daños y perjuicios».

Es decir, POTHIER acepta por tanto el resarcimiento de los daños producidos en el animal enfermo y en el resto de animales contagiados. En cuanto a los daños provenientes de no haber podido cultivar sus tierras (lucro cesante), sí opina que sería estimable un resarcimiento al menos parcial de dichos daños ya que pese a que el acreedor podría haber mitigado el daño buscando otros animales para seguir cultivando sus tierras o incluso cediendo el provecho de las mismas a un tercero, seguramente no habría obtenido el mismo rendimiento que cultivándolas el mismo con sus mismos bueyes. Lo que sí estima que no puede ser objeto de resarcimiento, debido al carácter remoto del daño (lo que en la actualidad enjuiciaríamos mediante la imputación objetiva) es el perjuicio proveniente por el hecho de no haber podido pagar a sus acreedores y estos en el proceso de ejecución como consecuencia del embargo hubieran obtenido un precio ínfimo por las tierras que no pudieron ser cultivadas por el contagio de los bueyes.

Los anteriores razonamientos de POTHIER se observan en el artículo 1151 del Código Civil francés (19) cuando prescribe que: «*Artículo 1151. Aun en el caso de*

(19) Utilizo la siguiente edición: *Código Civil Francés*. Traducido y anotado por don Pío LABORDA Y GALINDO, Madrid, 1830. Imprenta de don José María Alonso.

*que la falta de cumplimiento del pacto nazca de dolo del deudor, no se comprenderá bajo el concepto de daños é intereses con respecto á la pérdida esperimentada por el acreedor y á la ganancia de que fué privado, sino aquello que es una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del pacto*». Es decir, el deudor solo responderá de los daños que sean una «*consecuencia inmediata y directa*» derivada de la falta de cumplimiento del contrato.

El antecedente de nuestro artículo 1107.2 del Código Civil se encuentra en el artículo 1016 del Proyecto de 1851, que recogía lo siguiente: «*En caso de dolo, se estenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él*». García Goyena (20) escribió sobre él lo siguiente: «En caso de dolo. En este segundo párrafo nos apartamos también del artículo 1151 Francés, y damos mayor extensión que él a la responsabilidad: la citada ley del Código no ponía tasa ó coto a élla en los delitos. Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habría tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: vé los artículos 1399 y 1408, párrafo 2. Pero, aun después de todo lo espuesto, será preciso convenir en que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas ú ocasión del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto mas fino y mayor sagacidad que para lo segundo: puede verse á Pothier, números 160, 169, y siguientes, tomo primero *De la venta*».

El artículo 1124 del Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888) (21) con cita como antecedentes del artículo 1016 del Proyecto de 1851, el Código Civil italiano (22) y del artículo 1154 del Anteproyecto belga de Laurent (aunque ciertamente la influencia del mismo se reduce a la responsabilidad del deudor de buena fe) (23), expresamente recoge lo siguiente: «*En caso de dolo les serán exigibles todas las que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación*».

Estos son los antecedentes, pues, de nuestro artículo 1107.2 del Código Civil, cuya redacción definitiva fue la siguiente: «*En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*».

En nuestra doctrina consideramos que ha sido Pantaleón Prieto quien ha ofrecido con gran acierto una correcta interpretación del artículo 1107.2 del Código Civil en función de sus antecedentes históricos, con crítica de la redac-

---

(20) García Goyena, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español.* Tomo III, Madrid, 1852.

(21) Vid. Peña Bernaldo de Quirós, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 2.ª ed., Consejo General del Notariado, 2006.

(22) Utilizo la siguiente edición, *Codice Civile del Regno d'Italia,* Torino Tipografia Eredi Botta, Palazzo Carignano, 1865.

El artículo 1229 del Código Civil italiano de 1865 prescribía lo siguiente: «*Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione*».

(23) Salvador Cordech, Josep Santdiumenge, *La influencia del Avant-Project de Revision du Code Civil Belga, de François Laurent en el Código Civil Español de 1889.* Centenario del Código Civil. Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II, Madrid, 1990, págs. 1937 y 1938.

El artículo 1.154 del *Avant-Project* preveía lo siguiente: «*Quand le débiteur est de bonne foi, il n'est tenu que des domages et intérêst dont la cause a été prévenue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat*».

ción ofrecida por García Goyena, al problema en el artículo 1016 del Proyecto de 1851 (24), al proponer lo siguiente (25):

«El artículo 1107 del Código Civil sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar— , e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código Civil francés y 1223 del vigente Código Civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107.II del Código Civil dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de

---

(24) Pantaleón Prieto, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo XLV, fascículo 3.º, 1991, págs. 1089 y 1090. La interpretación histórica que realiza este autor es el siguiente:

«Naturalmente, el hecho de que la citada ley de Codex, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimientos dolosos, en modo alguno implica que en estos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non.* A mi juicio, el despropósito de García Goyena solo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

i) Dicho autor interpretó erróneamente las palabras *une suite immédiate et directe* del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables solo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19,1,21,3. En efecto, en su glosa al artículo 1016 del Proyecto de 1851, escribió García Goyena, que en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés «se hallan reemplazadas por la de "consecuencia inmediata y necesaria" que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit* (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código Civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que este? Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanes les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

ii) García Goyena partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado pero que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondeatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código Civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate et directe* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso)».

(25) Pantaleón Prieto, *op. cit.,* págs. 1090 y 1091.

> que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es solo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la «familia latina», también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso».

De esta forma, entendemos también que la interpretación del artículo 1107.2 del Código Civil conforme a sus antecedentes históricos supone ciertamente la eliminación de la regla de la previsibilidad que se establece para el deudor no doloso, es decir, el resarcimiento de todos los daños *circa rem* (intrínsecos) y de los daños *extra rem* (extrínsecos), ¿pero se resarcen todos estos daños?, evidentemente no, solo los que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables.

Más recientemente MORALES MORENO (26) expone la solución a la imputación objetiva que ha de ser objeto de razonamiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el del artículo 1107.2 del Código Civil, sobre la base de la teoría de la adecuación, de la siguiente forma: «A mi modo de ver, la teoría de la adecuación debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107.II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos.

El artículo 1107.II del Código Civil hemos de referirlo al criterio de la adecuación. No hemos de encontrar en su texto graves obstáculos para ello, si entendemos que «conocidamente» no significa «probadamente», aunque por supuesto los daños deban ser probados, sino daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

Es decir, con ello MORALES MORENO entiende que el deudor doloso solo responde de los daños cuya causación es conocida en el momento de ejecutar la acción dolosa, o bien, de los que le puedan ser imputados según el conocimiento de un observador imparcial, o sea, el deudor responde de los daños que por el conocimiento de la situación particular tenga prevé que causará en el acreedor del daño, o bien, los que le pudieran ser imputados objetivamente según el juicio cognoscitivo de un tercero imparcial (27).

---

(26) MORALES MORENO, vid., *op. cit.*, pág. 179.

(27) PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación.* Centenario del Código Civil. Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II, Madrid, 1990, págs. 1590 y 1591, también entiende que el criterio de la adecuación es útil para la resolución de problemas con cursos causales completamente irregulares o anormales. A

Por tanto, la fórmula propuesta de forma correcta en nuestra opinión es la imputación objetiva —en este caso— al deudor doloso del correspondiente daño a efectos de su resarcimiento, distinguiéndola de la mera causalidad ofrecida por el conocido principio *causa como condición* asentado en la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual la causa es la condición *sine qua non* del daño, de tal forma que de no haber acaecido tal causa no se hubiera producido el correspondiente daño (28).

Esta teoría de la equivalencia de condiciones —a la que parece apuntar aunque no sea esa su intención manifestada la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010— ya fue criticada de antaño por nuestra doctrina civilista (29), ya que como razonó PANTALEÓN PRIETO (30), dicha crítica «no podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a un indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de condiciones, o la fórmula de la *conditio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de la imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable».

Ciertamente las primeras elaboraciones de una construcción entre la distinción entre la causalidad e imputación objetiva se debe a la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo.

De esta forma se pronunciaba la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1981 *(RJ* 1981/2247):

«*Que el delito de imprudencia como todos los tipos de resultado suscita el problema de la relación o nexo causal, que es presupuesto primero y esencial de la imputación "objetiva", y a falta de toda norma legal su regulación ha quedado confiada a la elaboración jurisprudencial, predominando en las resoluciones de esta Sala la doctrina de la equivalencia que concede el valor de causa a todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero como este criterio provoca una ampliación insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad criminal se ha sentido la necesidad de acotar y restringir el campo del nexo causal antes de llegar al plano de la culpabilidad, utilizando a estos fines la doctrina de la causa adecuada o eficiente que contempla el problema desde el punto de vista de la acción,*

---

estos efectos y de forma ilustrativa, cita la siguiente decisión del Common Law, Overseas Tankship (U.K) v. Mortss Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound) [1961] A.C. 388 (p.C): «A causa de la negligencia de los demandados, una gran cantidad de aceite de las calderas se descargó desde el barco de aquellos a la bahía, extendiéndose sobre una buena parte de ella. Llegó, en concreto, cerca de un muelle perteneciente a los demandantes, constructores y reparadores de barcos, que estaban ocupados en el arreglo de uno, y utilizaban al efecto equipo de soldadura eléctrico y de oxiacetileno. Los demandantes, creyendo que el aceite sobre el agua no era inflamable, continuaron sus trabajos. Al día siguiente, empero, metal incandescente que cayó desde el muelle hizo arder el aceite, y el incendio causó muy graves daños en la propiedad de los demandantes. Se absolvió a los demandados, sobre la base de que ni conocieron ni pudieron razonablemente conocer que el aceite de las calderas, extendió sobre el agua, podía prenderse fuego».

(28) Para un estudio histórico de la teoría de la imputación objetiva, vid. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927).

(29) Vid. DE COSSÍO, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil,* 1966, págs. 531 y sigs.

(30) Vid. PANTALEÓN PRIETO, *Causalidad…,* pág. 1566.

*o refiriéndose a las consecuencias naturales, lógicas o racionales que lo consideran desde la vertiente del resultado, pudiendo afirmarse como síntesis de lo expuesto, que quien ha puesto una condición* sine qua non *del resultado ha causado el resultado, pero para que este pueda serle "objetivamente" atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente, o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción —vid. sentencia de 20 de junio de 1979* (RJ *1979/2714), entre otras—*».

Asimismo, la también sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1983 *(RJ* 1983/2242), razonó lo siguiente:

«*Por ello es obligado, en cada caso concreto, examinar este elemento de la causalidad; elemento delito que, como es sabido, es previo y antecedente al de la culpabilidad. La sentencia de esta Sala, de 20 de mayo de 1981* (RJ *1981/2247), ya ha distinguido con la precisión posible dentro de la difícil doctrina de la causalidad, entre relación causal e imputación objetiva, como categorías independientes y sucesivas, y que para la responsabilidad penal no basta con la constancia de la relación causal —a determinar según el criterio de la equivalencia de condiciones— sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, para lo que se requiere la adecuación de la causa para producir aquel como consecuencia lógica y natural de aquella. Es decir, como se tiene adelantado, que la imputación objetiva se sitúa en un momento anterior a la llamada imputación subjetiva. La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y esta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya conceptuación doctrinal sigue en evolución*».

Para el correcto entendimiento de lo anterior y en general del problema que ofrece la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, coincidimos con Maraver Gómez (31) en las reflexiones que realiza a las críticas de la teoría de la imputación objetiva por parte de García Ripoll (32), cuando dice que: «La teoría de la imputación objetiva, desarrollada fundamentalmente en el ámbito del Derecho Penal, se caracteriza por intentar ofrecer un instrumento dogmático —sustitutivo o complementario de la causalidad con el que establecer la relación entre un determinado resultado y la conducta de la persona a la que preten-

(31) Maraver Gómez, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Derecho Civil y en Derecho Penal. A propósito del libro de Martín García Ripoll Montijano, Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables», Granada, 2008, en *Anuario de Derecho Civil,* núm. LXIII-1, 2010, págs. 335-348.

(32) García Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables,* Granada, 2008.

de hacerse responsable de ese resultado—. Es una teoría sobre la imputación porque trata de averiguar si el resultado producido puede verse como obra de la persona y no como fruto del azar o de la casualidad. Es una teoría sobre la imputación objetiva porque procura no tener en cuenta la voluntad del agente y operar de igual modo con independencia del carácter doloso o imprudente de su conducta (…).

En contra de lo que sostiene GARCÍA-RIPOLL, el carácter objetivo de la imputación del daño no se ve necesariamente cuestionado por lo establecido en el artículo 1107 del Código Civil en materia de responsabilidad contractual (págs. 135 y sigs.). Si, como parece afirmar GARCÍA-RIPOLL, lo que se deduce de este precepto es que los conocimientos especiales del sujeto condicionan el alcance de la responsabilidad (pág. 146), no hay nada que objetar, pues eso es algo que, como se ha venido diciendo, reconocen los propios partidarios de la teoría de la imputación objetiva, sin considerar que ello impida establecer diferencias con el posterior juicio de imputación subjetiva. Si, en cambio, como también parece afirmar GARCÍA-RIPOLL, lo que se deriva de este precepto es que el dolo condiciona el alcance de la responsabilidad y que puede convertir en ilícito algo que sin dolo no lo sería (pág. 147), resulta necesario reiterar la crítica anterior, insistiendo en que los conocimientos especiales del sujeto no pueden ser directamente identificados con el dolo. Al fin y al cabo, los conocimientos del sujeto también pueden ser tenidos en cuenta para determinar el carácter meramente imprudente de la conducta. Es cierto, en todo caso, que la redacción del artículo *1107 del Código Civil* puede hacer pensar que el alcance de la responsabilidad es distinto en función de que el incumplimiento contractual se produzca con imprudencia (buena fe) o con dolo, pues mientras que en el primer caso el apartado i) limita la responsabilidad a los daños previstos o previsibles en el momento de constituirse la obligación —y que además sean consecuencia directa de su incumplimiento—, en el segundo caso el apartado ii) extiende la responsabilidad a todos los daños que se deriven del incumplimiento de la obligación. Sin embargo, también cabe pensar que ese diferente tratamiento no obedece a la necesidad de utilizar diferentes criterios de imputación, sino solo a la necesidad de tomar como referencia dos momentos o dos fundamentos distintos de la responsabilidad por el daño producido: el momento de constituir la obligación en el primer caso y el momento del incumplimiento (doloso) de la obligación en el segundo caso; de tal manera que la delimitación de los daños pueda producirse conforme a los criterios propios de la imputación objetiva (adecuación y fin de protección) en los dos casos, pero situando la conducta fundamentadora de la imputación en dos momentos diferentes. También con respecto al apartado ii) del artículo 1107 del Código Civil puede reconocerse, en definitiva, la necesidad de limitar los daños indemnizables mediante criterios de imputación objetiva. Una interpretación distinta podría suponer que el mero carácter doloso de la conducta diera lugar a una mayor responsabilidad por razones meramente sancionatorias, lo cual es descartado por el propio GARCÍA-RIPOLL (pág. 146)».

Es decir, lo que ha de analizarse de acuerdo con la teoría de la imputación objetiva es si el resultado de daños morales que estima la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, era realmente un resultado imputable al incumplimiento del vendedor de las participaciones sociales o bien fue fruto de la mera causalidad. Ello es así, asumiendo por nuestra parte, que la solución dada por el Alto Tribunal debería haber sido previamente contrastada y posteriormente asumida exclusivamente desde criterios objetivamente imputables al

vendedor de las participaciones sociales y no por obra de la causalidad remota que parece existir en el caso, pese a su recurso a lo que denomina —sin explicar— «conexión objetiva».

La utilización que realizamos de la imputación objetiva y de la teoría de la adecuación como criterio de imputación objetiva la consideramos correcta, pese a las críticas que se han efectuado en relación con ella (33) (34). En nuestra opinión, la referida doctrina de la imputación objetiva y la teoría de la adecuación suponen un recurso válido para la limitación de los daños que el deudor doloso ha de afrontar como consecuencia de su conducta. La postura contraria podría conllevar al reconocimiento de una pluralidad de daños cuyo origen traiga igualmente causa en una causalidad múltiple e ininterrumpida.

Por ello, desde la imputación objetiva defendida, la clave para la *quaestio iuris* que encierra esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, pasa por que la atención al momento temporal para llevar a cabo la valoración jurídica de la conducta del agente del daño ha de ser el momento del incumplimiento de la obligación (en materia, claro está, de responsabilidad contractual) y en referencia con el mismo es cuando ha de realizarse el correspondiente juicio objetivo valorativo sobre el riesgo que encierra la actitud del agente del daño y el resultado que el mismo ofrece (35).

---

(33) Díez-Picazo las expone del siguiente modo: «No cabe duda que la tesis o teoría de la causalidad adecuada presentó en su momento un evidente progreso respecto de las posiciones doctrinales anteriores. Se le han opuesto, sin embargo, algunas objeciones que no son de escaso calado. Por lo que se refiere en concreto a la propuesta de Träeger, como recuerda Trimarchi, había señalado que el juicio de probabilidad o el juicio de adecuación remitido a los acontecimientos *ex ante* del ideal observador experimentado, más se parece a un juego de un omnisciente, que cierra uno de sus ojos para no llegar a prever todo lo que ocurrirá. Por otra parte, se ha señalado también que el pretendido hallazgo de un criterio inevitablemente aplicable, con validez tanto para el Derecho Penal como Civil y dentro de este para responsabilidad contractual y extracontractual y que pudiera resolver incluso los problemas de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad por riesgo o los de la *compensatio lucri cum damno,* termina siendo una cabal ficción. En todo caso, subsiste el arduo problema, más arriba señalado y a por nosotros, de los criterios con arreglo a los cuales se debe formar la descripción del supuesto de hecho, para después formular el juicio de probabilidad del resultado, pues el juicio se modifica ostensiblemente, y su implícita referencia al concepto de "probabilidad", según se sumen o se resten características o elementos caracterizables al supuesto de hecho. Desde el punto de vista penal, la teoría de la adecuación ha sido criticada por Claus Roxin (*Derecho Penal, Parte General,* traducción española, Madrid, 1997, pág. 361), diciendo que el ámbito operativo de esta teoría en lo esencial se limita a excluir los cursos causales anómalos cuando hay otras numerosas constelaciones de casos, en los cuales es posible entender que hay una causalidad adecuada, aunque se debe rechazar la imputación». *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual,* Civitas, 2011, págs. 365 y 366.

(34) Maravez Gómez, vid. *op. cit.,* págs. 346 y sigs., explica como García-Ripoll recoge las críticas a la teoría de la adecuación objetiva, siendo principalmente dos: «la primera se refiere a la posible incoherencia sistemática en la que incurre esta teoría al tomar en consideración aspectos subjetivos de la conducta, y la segunda se refiere al confuso solapamiento que se produce entre los criterios de imputación objetiva y los criterios tradicionalmente utilizados para determinar la ilicitud de la conducta y de su relación con el resultado».

(35) Maravez Gómez, —vid. *op. cit.,* pág. 348, concluye al respecto que: «no sería justo dejar de reconocer que los estudios realizados en el marco de la teoría de la imputación objetiva pueden ser sumamente útiles para desarrollar criterios de análisis con los que determinar el alcance de la responsabilidad civil, tal y como sostiene el propio García-Ripoll.

Por otra parte, este criterio de imputación objetiva, como es la causa adecuada, resulta en la actualidad frecuentemente utilizado por la Jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (36) (37) (la que, por otro lado, parece obviar esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, pese a su referencia nominal y su particular alumbramiento de lo que denomina «conexión objetiva»), incluso en casos tan específicos como el que nos ocupa, a saber, los contratos de compraventa de acciones o participaciones sociales.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 *(RJ* 1981/4001), aunque sin referencia expresa a la doctrina de la imputación objetiva o a la teoría de la adecuación es cierto que afirma lo siguiente:

«*Que todos los motivos insertos en el recurso de dichas partes van enderezados a la demostración del error padecido por la sentencia al no otorgar a los mismos, en la cuantía solicitada, la indemnización por daños y perjuicios derivados, a causa del dolo invalidante del contrato, de los gastos efectuados por los mismos respecto al pago de salarios e indemnizaciones por despido al personal contratado para el ejercicio de la industria comprada en virtud del convenido anulado, y a tal efecto, en el motivo primero, al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación del artículo 1107.2.º, en relación con los 1101 y 1102, todos del Código Civil, reprochable a la Sala de instancia porque después de decir esta "que el daño indemnizable se concibe en un sentido amplio, incluyéndose toda lesión sufrida", luego lo restringe y limita, desconociendo el nexo causal entre el dolo y el daño, según la parte causado, motivo, sin embargo, que no puede ser estimado, porque si bien es cierto que la sentencia hace aquella formulación general, no lo es menos que después, al estudiar detalladamente los distintos gastos y conceptos resarcibles, hace exclusión de los aquí discutidos en razón a no apreciar el nexo o relación entre el acto doloso causante y el gasto que*

---

Es cierto que el fundamento de la responsabilidad puede ser distinto en los ámbitos penal y civil, y que, en ese sentido, los parámetros utilizados para valorar la ilicitud de la conducta y de su relación con el resultado pueden ser también distintos en uno y otro ámbito; pero desde el punto de vista dogmático no hay motivo para no generalizar los planteamientos propios de la teoría de la imputación objetiva. El primer paso sería reconocer que a la hora de determinar la responsabilidad civil lo importante no es tanto la relación de causalidad o la previsibilidad del resultado como la valoración jurídica del riesgo que objetivamente encierra la conducta y la valoración jurídica de su posterior relación con el resultado. A partir de ahí, el siguiente paso sería sistematizar los criterios de imputación o valoración y ajustarlos a las particularidades propias de la responsabilidad civil. Las críticas que realiza García Ripoll a la teoría de la imputación objetiva pueden resultar más o menos acertadas, pero desde luego no parecen ser razón suficiente para dejar de profundizar en el estudio de esta teoría o para dejar de valorar detenidamente en qué medida puede resultar útil en materia de responsabilidad civil. La detallada exposición que hace el propio García Ripoll de la estructura y el contenido de la teoría de la imputación objetiva pone de manifiesto, precisamente, que más allá de cuestiones terminológicas y sistemáticas, esta teoría ha servido para desarrollar numerosos criterios de imputación o valoración que merecen ser tenidos en cuenta en el análisis de la responsabilidad civil».

(36) Vid. la jurisprudencia citada al efecto por Montés Penadés, «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas"», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Ed. Thomson-Civitas, 2003, págs. 2607 y sigs.

(37) Vid., igualmente al respecto, el trabajo del propio ponente de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, Xiol Ríos, «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil,* 2 (2010).

*se reclama como perjuicio indemnizable, a tenor del párrafo 2.º del artículo 1107 del Código Civil, apreciación que obtiene de que ya en la fecha de 4 de diciembre de 1974 (carta de la demandada advirtiendo de no ser dueña) las compradoras, conociendo la situación anómala dominical dicha, pudieron haber evitado el gasto hecho por pago de salarios e indemnizaciones por despido de personal, con solo no haber mantenido la plantilla desde aquella fecha, puesto que no solicita el cierre de la industria hasta junio de 1975, concluyendo por otra parte que no resultaba una influencia directa de la situación posesoria de la finca y el desfavorable resultado económico obtenido, apreciación que no se desvirtúa en el motivo, no solo porque en cuanto a los hechos en que se basa es materia peculiar de los tribunales de instancia, sino porque la descalificación del nexo causal está hecha de modo correcto, sin desviación alguna de lo normalmente razonable y a tenor del término que la ley emplea, "conocidamente", al referirse a aquellos perjuicios que de modo notorio, es decir, sin duda alguna en cuanto a su conocimiento, se deriven del incumplimiento por dolo, noción que aunque sea más amplia que la de las "consecuencias necesarias" que el párrafo 1.º del artículo 1107 en cuestión, aplicable al deudor de buena fe, no por eso implica que no se deba discriminar aquellos perjuicios que la apreciación de una realidad, con el empleo de la zona crítica, aconsejen ser excluidos, por no ser normalmente imputables, so pena de sancionar con exceso o desproporcionadamente la conducta dolosa, todo ello por muy respetable que pueda ser la opinión en contrario de los recurrentes, mas sin llegar al extremo de sustituirla por la del juzgador, que, según reiterada doctrina ha de prevalecer».*

O sea, en un caso de compraventa de empresa donde se aprecia la existencia de un dolo por parte de la vendedora, el Tribunal Supremo afirma que han de excluirse —pese a la existencia del referido dolo— aquellos daños que no sean «normalmente imputables», sobre la base de un correcto entendimiento del artículo 1107.2 del Código Civil, puesto que esta norma no tiene carácter punitivo sino resarcitorio.

Más concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2000 *(RJ* 2000/1027), sobre los daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de sindicación de acciones que obligó a los socios a vender sus acciones por un valor depreciado, se razona lo que extractamos a continuación:

«*La doctrina de esta Sala ha seguido la tesis de la causalidad adecuada para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la causa, en este caso, incumplimiento de contrato y el efecto, perjuicio resultante, exigiendo que el resultado sea una consecuencia natural, suficiente y adecuada, o sea propicia entre tal incumplimiento y el resultado dañoso, o sea, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, no siendo suficientes las meras conjeturas, precisándose una prueba terminante del nexo causal —sentencias, por todas, de 3 de julio de 1998* (RJ *1998/5411), 14 de febrero y 2 de marzo de 2000* (RJ *2000/675 y 1304)—. Pero admite la existencia de otras concausas, que sin interferir el nexo causal, concurren y cooperan al resultado, como acontece* ad exemplum *en la de 14 de febrero de 2000. Por ello no pueden ser imputados al señor C., enteramente los resultados negativos de la venta de las acciones, puesto que de la propia sentencia recurrida se admite que existe un factor interfiriente para determinar el precio del mercado. Efectivamente, los actores han podido vender antes o después, tener más habilidad y resistir más o menos la venta decidida y ello se debe tener en cuenta en ejecución de sentencia*

*para valorar el daño y la responsabilidad en el mismo del recurrente, tomándose en valoración los factores ajenos a la conducta del señor C. y determinantes del resultado*».

O sea, el Tribunal Supremo exige, para el resarcimiento del daño, la existencia de una causa adecuada entre el incumplimiento y el hecho dañoso, es decir, una relación de necesidad sin que basten las meras conjeturas.

Por otro lado, esta tesis sobre la necesidad de la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad contractual ha sido acogida plenamente en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (38) cuando en su artículo 1208 se estipula lo siguiente: «*El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si este no hubiera sido doloso, solo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*».

Desde otra parcela y en el ámbito de la armonización del Derecho Privado europeo, también cabe destacar las previsiones más cercanas al respecto.

En los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) (39), se parte de la regla general de la *conditio sine qua non*, como recoge su artículo 3:101 al decir que: «*Una actividad o conducta (en adelante actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido*», no obstante, se mitigan las consecuencias de una adopción plena de dicha teoría mediante la introducción de criterios de imputación objetiva que habían sido elaboradas tradicionalmente por la doctrina, con atención expresa a la teoría de la adecuación —art. 3:201.*a)*—. De esta forma, el artículo 3:201 prevé lo siguiente: «*Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este capítulo, la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes:* a) *la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad;* b) *la naturaleza y valor del interés protegido (art. 2:102);* c) *el fundamento de la responsabilidad (art. 1:101);* d) *el alcance de los riesgos ordinarios de la vida; y* e) *el fin de protección de la norma que ha sido violada*».

Por su parte, el artículo VI-4:101 [1] del *Draft Common Frame of Reference* (DFCR) (40) —en sede de responsabilidad extracontractual— sin llevar a cabo una separación entre la causalidad y la imputación objetiva simplemente recoge lo siguiente: «*una persona causa un daño jurídicamente relevante a otra si el daño debe considerarse consecuencia de la conducta de esa persona o de la fuente de peligro de la que aquella persona es responsable*».

---

(38) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

(39) Para un análisis de los mismos y su relevancia, vid. los trabajos de Martín Casals: «Líneas generales de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil», 2005, disponible en www.asociacionabogadosrcs.com; y «La modernización del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual», disponible en www.derechocivil.net, 2011.

(40) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR).* Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

En sede contractual, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) (41) —en el art. 9:503— adoptan el criterio de la previsibilidad salvo los casos de incumplimiento deliberado (dolo) o negligencia grave, al regular que: «*La parte que incumple solo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente*». Asimismo, con igual excepción a la regla general, el artículo 3:703 del *Draft Common Frame of Reference* (DFCR) establece que: «*Foresee ability. The debtor in an obligation which arises from a contract or other juridical act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably expected to have foreseen at the time when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent*» (42).

## IV. RECAPITULACIÓN

Según hemos tenido oportunidad de comprobar, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, ha estimado la responsabilidad por daño moral de un incumplidor doloso (art. 1107.2 del CC) sobre la base de lo que denomina «conexión objetiva», ya que entiende que el daño moral está causado por el incumplimiento contractual del deudor doloso por lo que «*es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento*».

Su razonamiento reside en que pese a no resultar necesario observar la previsión resarcitoria al efecto en el contrato —lo cual resulta correcto, ya que esto sería aplicable al deudor no doloso *ex* art. 1107.1 del Código Civil, desde lo que se conoce como fin de protección del contrato— al existir un incumplimiento doloso se resarcen todos los daños (incluidos los morales) que sean «*consecuencia del cierre de la empresa directamente acarreado por los incumplimientos de la demandada*».

Al comenzar la lectura de los argumentos de la sentencia, el recurso «nominal» que utiliza a la imputación objetiva nos inclinaba a pensar que su razonamiento final sería el «adecuado» en términos de causalidad. Sin embargo, la sentencia no lleva a la práctica lo que denomina «conexión objetiva», lo cual entendemos que parece ser una forma de referirse a la teoría de la adecuación como criterio de imputación objetiva.

Su juicio lógico se funda —a nuestro parecer— en un proceso analítico basado en una causalidad estricta, semejante a la que obtendríamos en sede de equivalencia de condiciones. Es decir, el verdadero razonamiento de la sentencia es el siguiente: ha existido un incumplimiento contractual doloso; como el deudor doloso responde de todos los daños causados, también responde de los daños morales. Esta conclusión es la que no consideramos que se ajuste a un verdadero criterio de imputación objetiva donde lo que tendría que examinarse es si el daño moral resulta «consecuencia directa e inmediata» del incumplimiento del deudor

---

(41) *Principios de Derecho Contractual Europeo.* Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo». Edición: Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española.

(42) Para un mayor análisis en materia contractual, vid. Soler Presas, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR», disponible en www.indret.com, 2009.

doloso. O lo que es lo mismo, si conforme a la teoría de la adecuación, el deudor doloso era consciente en el momento del incumplimiento de la obligación si su conducta pudiera ser susceptible de infringir un daño moral, o bien, si a juicio de un observador —en dicho momento— se pudiera apreciar dicha adecuación causal. En nuestra opinión, consideramos que no puede ser así.

Además la sentencia obvia como —pese a quedar acreditado en las instancias— los desconciertos anímicos que sufrió el acreedor también fueron causa de las protestas de los alumnos que habían contratado los servicios de enseñanza de idiomas que ofrecía la empresa objeto de adquisición. O sea, la intervención de terceros ajenos a la relación obligacional también provocaron los trastornos psíquicos que sufrió el adquirente de las participaciones sociales. Por tanto, este sería otro aspecto para poder confirmar la interrupción del nexo causal que la sentencia lleva hasta sus últimas consecuencias, insistimos, pese a afirmar en su razonamiento que se basa en criterios de imputación objetiva, lo que no creemos así. Simplemente, se escuda en lo que denomina «conexión objetiva», sin explicar a qué se refiere (entendemos que debería ser la adecuación causal) para ofrecer un resarcimiento congruente con lo pedido por el recurrente, cuando con seguridad hubiera sido la petición de un lucro cesante lo que hubiera colmado sus pretensiones.

No se observa, pues, una correcta aplicación de la imputación objetiva y sus diferentes criterios desarrollados doctrinalmente, que han llevado incluso a ser objeto de propuesta de modificación del Código Civil. ¿Es que el daño moral es una *consecuencia* que se ha producido *directamente* por el cierre de la empresa? A nuestro juicio no, ya que seguramente han influido otra serie de causas que aconsejan la interrupción del nexo causal (actuación de la franquiciadora respecto de su nuevo franquiciante ocultando también la situación delicada del negocio; actuación de los alumnos como consecuencia de la frustración de sus clases; entorno del afectado…). ¿Acaso dicho daño moral es una consecuencia inmediata del incumplimiento contractual? Entendemos que no, si no que es fruto de una inadecuada prolongación causal, sin que un procedimiento objetivo de averiguación nos pudiera ofrecer que en un contrato de compraventa de empresa el vendedor pudiera conocer en el momento de su incumplimiento que este era adecuado en términos causales para la producción del daño moral alegado por el comprador, sin que esto —a buen seguro— pudiera ser acreditado externamente.

Si como acertadamente se ha afirmado por nuestra doctrina que el Ordenamiento Jurídico no puede garantizar situaciones de alivio anímico a una contraparte contractual, tampoco puede estar para resarcir daños provenientes de unas causalidades demasiado remotas para ser objeto de consideración en términos de adecuación causal. De lo contrario el recurso a la utilización indiscriminada del daño moral, estaría plenamente servido, convirtiéndose el concepto del daño moral —ya no en una superación de la tradicional *pecunia doloris*— sino en lo que realmente ocurre en la práctica, es decir, en la alegación de daños morales cuando no se tienen argumentos para acreditar situaciones como las que pudieran derivarse de un lucro cesante, por ejemplo, dada su apreciación restrictiva por los Tribunales que los suele calificar en numerosas ocasiones como «sueños de ganancias».

En definitiva, si una correcta consideración del daño moral —*pretium doloris*— ya nos hubiera llevado a pensar en la inadecuación del resarcimiento del mismo por la presente sentencia, un adecuado entendimiento de la imputación objetiva, también hubiera de suponer un resultado contrario al ofrecido por esta sentencia del Tribunal Supremo.

## V. BIBLIOGRAFÍA


ALCIATUS: *De eo quod interest,* Lugduni, 1537.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «El dolo y la indemnización del daño moral», en *Aranzadi Civil,* núm. 9/2011. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

— «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», año LXIII, enero de 2009.

CARRASCO PERERA: *Derecho de Contratos,* Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010.

— *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales,* t. XV, vol. 1 Madrid, 1989.

— «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», en *Revista de Derecho Privado,* XVI, págs. 1088 a 1124, Madrid, 1989, artículo 1.107.VI, 5.

*Codice Civile del Regno d'Italia*. Torino Tipografia Eredi Botta, Palazzo Carignano, 1865.

*Código Civil francés.* Traducido y anotado por don Pío LABORDA Y GALINDO, Madrid, 1830. Imprenta de don José María Alonso.

COING: *Derecho Privado Europeo,* Tomo I, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

CORDECH, Salvador, y SANTDIUMENGE, Josep: *La influencia del* Avant-Project de Revision du Code Civil *belga de François Laurent en el Código Civil español de 1889.* Centenario del Código Civil, Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II, Madrid, 1990.

CRISTÓBAL MONTES: *El enigmático artículo 1107 del Código Civil español. Centenario del Código Civil,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, 1990.

DE COSSÍO: «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español», en *Anuario de Derecho Civil,* 1966.

DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual,* Civitas, 2011.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. II. Las Relaciones Obligatorias,* 6.ª ed., Thomson-Civitas, 2008.

— *El escándalo del daño moral,* Editorial Thomson-Civitas, 2008.

D'ORS, HERNÁNDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA-GARRIDO Y BURILLO: *El Digesto de Justiniano. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19.* Versión castellana. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

DUMOULIN: *De eo quod interest,* Venetiis, 1584.

ESPIAU ESPIAU: «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Ed. Thomson-Civitas, 2003.

FACHINEUS: *Controversiarum iuris libri tredecim,* Coloniae Agripinae, 1626.

GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Tomo III, Madrid, 1852.

GARCÍA RIPOLL MONTIJANO: *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables,* Granada, 2008.

GARCÍA VICENTE: «Sentencia de 15 de junio de 2010: Compraventa de participaciones sociales: *dolo in contrahendo,* incumplimiento contractual doloso e indemnización del daño moral; interpretación del párrafo segundo del artículo 1107 del Código Civil: la "conexión objetiva"», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 86/2011.

KRUEGER: *Corpus Iuris Civilis,* II, Berlín, 1954.

LANDO y BEALE: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»),* Colegios Notariales de España, 2003, edición española.

LARENZ: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung,* 1927.
MARAVER GÓMEZ: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Derecho Civil y en Derecho Penal. A propósito del libro de Martín García Ripoll Montijano, "Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables"», en *Anuario de Derecho Civil,* núm. LXIII-1, 2010, Granada, 2008.
MARTÍN CASALS: *Líneas generales de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil,* 2005. www.asociacionabogadosrcs.com
— *La modernización del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual.* www.derechocivil.net, 2011.
MONTÉS PENADÉS: «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "concurrencia de culpas"», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Ed. Thomson-Civitas, 2003.
MORALES MORENO: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante.* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010.
PANTALEÓN PRIETO: *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. Centenario del Código Civil.* Editorial de Estudios Ramón Areces, vol. II. Madrid, 1990.
— «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil.* Tomo XLV, fascículo 3.º, 1991.
PARRA LUCÁN: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 35, abril-agosto de 1994, núm. 935.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888),* 2.ª ed., Consejo General del Notariado, 2006.
PÉREZ: *Praelectiones,* nr. 11 a C.7.47.
POTHIER: *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía de J. Roger, 1839.
— *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR).* Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009 (AAVV).
REDONDO TRIGO: «El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI),* núm. 727.
RODRÍGUEZ GUITIÁN: «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 15, 2007.
SOLÉ FELIU: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español», en *Indret,* febrero de 2009.
SOLER PRESAS: *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR.* www.indret.com, 2009.
XIOL RÍOS: «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, 2 (2010).

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1981 *(RJ* 1981/2247).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 *(RJ* 1981/4001).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1983 *(RJ* 1983/2242).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1984 *(RJ* 1984/2403).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1984 *(RJ* 1984/6111).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1991 *(RJ* 1991/2419).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 1994 *(RJ* 1994/6787).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1996 *(RJ* 1996/7235).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2000 *(RJ* 2000/1027).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000 *(RJ* 2000/5089).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2002 *(RJ* 2002/9736).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2006 *(RJ* 2006/4070).
Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010 *(RJ* 2010/5151).
Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2006 *(RJ* 2006/116114).

*RESUMEN*

*CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE EMPRESAS*
*DAÑO MORAL*

*El caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010, nos ofrece un ejemplo de cómo la actitud del vendedor de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada consistente en no informar acerca de irregularidades contables de la misma y de la insolvencia de su franquiciadora puede originar una responsabilidad contractual para el mismo, lo cual supone, a juicio del Tribunal, la existencia de un resarcimiento del daño moral alegado por el adquirente; cuestión que ha de analizarse correctamente desde criterios de imputación objetiva y no desde una mera causalidad.*

*ABSTRACT*

*CORPORATE ACQUISITION AGREEMENTS*
*PAIN AND SUFFERING*

*The case decided on by the Supreme Court's ruling of 15 June 2010 offers us an example of how the attitude of the seller of shares in a private limited company (i.e., failure to inform the buyer about the company's accounting irregularities and its franchisor's insolvency) can lead to contractual liability for the seller, making the buyer's claim for redress for pain and suffering a good one in the court's opinion. This issue must be analyzed correctly from the standpoint of objective charges, not as an issue of mere causality.*

# 3. URBANISMO

## *LA SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN EL TÍTULO REPARCELATORIO A TRAVÉS DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS MOTIVADAS POR SENTENCIA JUDICIAL*

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ
*Abogado*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE RESOLVER SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES QUE AFECTAN A LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN SIN UNA REVISIÓN INTEGRAL DE LOS MISMOS.—II. LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA REPRESENTADA POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010 Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010.—III. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO REPRESENTADA POR LAS RESOLUCIONES DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009, 26 DE MARZO DE 2007 Y 8 DE ENERO DE 1999.—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE RESOLVER SITUACIONES JURÍDICAS PARTICULARES QUE AFECTAN A LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN SIN UNA REVISIÓN INTEGRAL DE LOS MISMOS

Tal y como se comentó desde esta misma tribuna por José Luis LASO MARTÍNEZ en el artículo «Modificación de títulos de equidistribución, operaciones jurídicas complementarias», publicado en el número 676 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* páginas 1337 y siguientes, la experiencia ha demostrado la necesidad de modificar parcialmente el contenido de los títulos reparcelatorios en numerosas ocasiones, bien de manera directa, bien a través de las denominadas operaciones jurídicas complementarias.

Reguladas en la legislación urbanística por asimilación de la previsión de los artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, se presentan como una solución eficaz para corregir errores o defectos del proyecto de reparcelación o compensación sin que estos tengan un alcance general o lo modifiquen sustancialmente, siendo necesaria la intervención del titular afectado y ordinariamente su consentimiento expresado en escritura pública o deducido del expediente administrativo. Sin embargo, en ocasiones, como se demostrará en los apartados siguientes, puede producirse una alteración del Proyecto tramitada a través de esta clase de expedientes que, por proceder de un mandato judicial y por haberse cumplido los trámites adecuados garantizando la defensa del afectado, resulten plenamente eficaces e inscribibles.

## II. LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA REPRESENTADA POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010 Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2010

El desarrollo urbanístico exagerado de los últimos años ha traído como consecuencia no solo la crisis provocada por la denominada burbuja inmobiliaria, sino un extraordinario incremento de los procedimientos de gestión urbanística y con ellos un crecimiento solidario de los problemas y errores en la tramitación de los proyectos de equidistribución.

Esos errores y problemas han dado origen a multitud de recursos y procesos contenciosos y a numerosas sentencias judiciales, constatando la nulidad o anulabilidad del correspondiente proyecto. En muchas de estas sentencias, atendiendo al carácter limitado del defecto, sus contenidos, efectos y la situación de hecho existente al momento de emitirse la resolución judicial definitiva, se ha apreciado la necesidad de adaptar su contenido por la vía menos traumática, que es la operación jurídica complementaria.

Son testimonios de lo dicho el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de julio de 2009, dictado en el P.O. 49/2002, en el que se ejecutaba una sentencia que anulaba un proyecto de compensación y declaraba que debía ser rectificado por no haber recogido la aportación de una finca por el ADIF que con posterioridad se había declarado de su propiedad en sentencia judicial civil firme. El Auto citado, dictado en ejecución de la sentencia que anulaba el proyecto de compensación, acordó lo siguiente:

«*Requerir a la Administración actuante para que tramite y apruebe una operación jurídica complementaria del proyecto de compensación… en la que se reconozca la titularidad de la aportación de los bienes por… y se le adjudiquen, por ello, los aprovechamientos urbanísticos correspondientes, procediéndose igualmente a expedir la certificación a que se refiere la legislación urbanística para la inscripción o rectificación de los asientos registrales*».

En un sentido semejante, la más reciente sentencia de la Sección Primera de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2010, dictada en el Recurso de Apelación 352/2010, declaraba en el fallo en relación con la impugnación de un proyecto de compensación lo siguiente:

«*QUE ESTIMAMOS PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos contra la sentencia dictada en fecha 11 de enero de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 15, en el recurso contencioso-administrativo número 133/2007, la cual revocamos y, en su consecuencia, con estimación parcial del recurso interpuesto contra la Resolución de 30 de septiembre de 2007 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid anulamos la misma exclusivamente en los puntos relativos a las adjudicaciones y aportaciones relativas a la finca implicada lo que podrá ser llevado a cabo a través de la correspondiente operación jurídica complementaria*».

En el Fundamento Cuarto de la sentencia se explicaba la decisión de limitar los efectos de la anulación del proyecto de compensación y ordenar expresamente la tramitación de una operación jurídica complementaria:

«*…sucede en autos que la posición del demandante en la Junta no está determinada, dado que su adhesión no ha sido admitida por posterior resolución administrativa, desconociéndose si es firme tal decisión. A ello se debe añadir que, como ya hemos señalado en anteriores sentencias, y basta citar la reciente de 26 de febrero de 2010 (Apelación 1734/2009), aunque la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, como la gestión urbanística provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación, que tanto la legislación urbanística como la hipotecaria se han preocupado de regular con precisión y necesarias cautelas, para que a la vez que la acción urbanística y los derechos de los no afectados por el conflicto no se resientan, al propio tiempo queden garantizados los derechos de los que impetran la anulación de los instrumentos de equidistribución, sin que se desborden elementales criterios de proporcionalidad, que siendo igualmente eficaces sean menos gravosos para los interesados.*

*En tales circunstancias, la nulidad por el defecto señalado produciría, sin duda, graves perjuicios en el entramado de bienes, intereses y derechos tanto públicos como privados afectados, siendo de recordar que la situación del recurrente ante la Junta, aún no se encuentra determinada, tal y como ya hemos señalado, puesto que de no admitirse, si recurriera judicialmente, su adhesión se volvería a la necesaria expropiación de la finca.*

*Para evitar esas consecuencias, la declaración de anulación debe quedar limitada a los puntos relativos a las adjudicaciones y aportaciones relativas a la finca implicada, una vez se determine la posición del recurrente en la Junta, lo que podrá ser llevado a cabo a través de la correspondiente operación jurídica complementaria. Nuestro fallo, pues, se restringe a declarar la nulidad de esa concreta determinación. Esta solución a la que llegamos es la que mejor armoniza con los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, en línea con la doctrina contenida en las sentencias prospectivas del Tribunal Constitucional (ver, por ejemplo, la STC 52/2004), para no distorsionar gravemente la actividad urbanística, pues los sectores del urbanizable han sido desarrollados, encontrándose en trance de ejecución*».

Compartiendo la misma doctrina, la sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 5 de noviembre de 2010, dictada en el Recurso de Apelación 178/2010, declaró, en relación con la ejecución de otra sentencia anterior, que anulaba parcialmente un Proyecto de Actuación en Segovia por haber compensado en metálico el derecho de ciertos propietarios cuando consideraba que debieron recibir una parcela edificable, lo siguiente:

*a)* En el Fundamento Segundo aclaraba la situación del Proyecto que había sido parcialmente anulado y el alcance limitado de las modificaciones que la sentencia a ejecutar imponía:

«*…Se expresa en el fallo de la sentencia el alcance de esta anulación, sin que deba considerarse el resto del Proyecto de Actuación como anulado, lo que origina que no sea precisa la retroacción de actuaciones sino solo y exclusivamente en cuanto a solucionar las deficiencias recogidas en el Proyecto de Actuación (deficiencias que pueden ser por omisión o por contenidos incorrectos). Por ello, no es preciso que se tramite un nuevo Proyecto de Actuación, sino que solo será necesaria la tramitación precisa como para eliminar esas deficiencias recogidas en la sentencia*».

*b)* En el Fundamento Tercero confirmaba la adecuación del instrumento elegido para la rectificación del Proyecto, que era la operación jurídica complementaria señalando:

«*TERCERO.—Por tanto, la operación jurídica complementaria se ajusta a la legalidad en su conjunto considerada, no habiéndose alegado en el supuesto presente ningún defecto formal en su adopción, ni en su tramitación. No es preciso someter previamente a la consideración de este Tribunal la operación jurídica complementaria para su aprobación, sino que es a la inversa, una vez aprobada podrá alegarse que el contenido de esta resolución, de esta operación jurídica complementaria, no se ajusta a la legalidad, y ello porque quien está obligada a ejecutar la sentencia es la Administración, que además es la competente para aprobar el Proyecto de Actuación que le presenta la Junta de Compensación; y, como consecuencia, también es la competente para aprobar el complemento de este Proyecto de Actuación para que el mismo reúna todos los requisitos que exige la legislación urbanística y a la vez cumpla lo dispuesto en el fallo de la sentencia cuya ejecución se trata.*

*En cuanto a la parte del fallo que se pretende ejecutar y que en este momento se discute su ejecución, es la relativa a la adjudicación en reparcelación de una parcela en proindiviso y en proporción a las aportaciones realizadas, con la finalidad de materializar el aprovechamiento que corresponda; y, como consecuencia de ello, ajustar todo el Proyecto de Actuación en cuanto a los demás parámetros que queden modificados como consecuencia de esto*».

Como se ve, en la jurisprudencia se ha extendido la consideración de la operación jurídica complementaria como el instrumento de gestión urbanística adecuado para rectificar los proyectos de equidistribución en situaciones en que haya que verificar una rectificación parcial y limitada de los mismos, por ejemplo, por haber ignorado titularidades aportadas o por haber errado en el proceso de adjudicación. Es claro que, como se deduce de los tres testimonios señalados, la modificación puede tener efectos sobre distintos apartados del título reparcelatorio, dada su complejidad y la solidaridad entre las aportaciones, las adjudicaciones y la cuenta de liquidación, pero en la medida en la que la modificación sea parcial y no sustancial (concepto jurídico indeterminado a definir en cada caso por la Administración y los Tribunales) y que se produzca en ejecución de sentencia, es adecuada y procedente su verificación a través de una operación jurídica complementaria.

## III. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO REPRESENTADA POR LAS RESOLUCIONES DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009, 26 DE MARZO DE 2007 Y 8 DE ENERO DE 1999

La Dirección General ha reiterado en los últimos años su doctrina en relación con las operaciones jurídicas complementarias, que se parte de integrar los principios de legalidad, fe pública, tracto sucesivo, eficacia administrativa y control judicial, en Resoluciones como las de 8 de enero de 1999, 26 de marzo de 2007 y 1 de diciembre de 2009. Esta última la resumía en los términos siguientes:

«*Vistos los artículos 1, 40, 82 y 211 de la Ley Hipotecaria; artículos 17 y 29 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística; las Resoluciones*

*de este Centro Directivo, de 10 de marzo de 1978; 6 de noviembre de 1980; 27 de junio de 1989; 11 de enero de 1999; 10 de marzo de 2000; 23 de mayo de 2003, y 26 de marzo de 2007.*

*PRIMERO*

*Se debate en este recurso sobre la posibilidad de inscripción de una operación jurídica complementaria a un proyecto de reparcelación ya inscrito, en el que se han seguido los trámites de información pública propios de un expediente reparcelatorio, pero sin que conste el consentimiento expreso de los titulares de las fincas de reemplazo inscritas en virtud del proyecto de reparcelación que ahora se modifica.*

*SEGUNDO*

*El primero de los defectos de la nota de calificación consiste precisamente en la falta de consentimiento de los titulares de las fincas afectadas, por aplicación del principio de tracto sucesivo. Este defecto debe ser confirmado. Para ello debe tenerse presente que las modificaciones que se pretenden introducir en el proyecto de reparcelación ya inscrito, exceden de meras rectificaciones de errores materiales o de meras previsiones complementarias del proyecto de reparcelación originario, como se demuestra por el hecho de que se reducen superficies de fincas de resultado, se suprimen viales, se transfieren volúmenes edificables entre parcelas, se ajustan afecciones al saldo de los gastos de urbanización y se modifican linderos.*

*Como ya señalara este Centro Directivo (véase Resolución de 27 de junio de 1989, 11 de enero de 1999 y demás expresadas en los vistos), es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone, como regla, el consentimiento del titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 LH). Es cierto que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la administración es alterado (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común). No es por tanto, inexcusable siempre y en todo caso, el consentimiento de los titulares afectados a la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas.*

*Lo que ocurre en el caso debatido es que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación y estando inscrito bajo la salvaguarda de los tribunales, no cabe ya, ni so pretexto de alteración del planeamiento ni de una reiteración íntegra de todos los trámites previstos para el expediente reparcelatorio originario introducir en aquel una modificación del alcance que la que ahora se cuestiona (que desborda claramente lo que es un mero error material o de hecho, ni es tampoco una mera previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa ya que introduce alteraciones sustanciales del contenido de los derechos inscritos), pues ello conculcaría el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos (cfr. arts. 102 y sigs. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, y 114 del Reglamento de Gestión Urbanística). En consecuencia, no cabe acceder al reflejo registral de la*

*modificación pretendida si no media el consentimiento de los titulares registrales afectados o la oportuna resolución judicial supletoria. Téngase en cuenta por otra parte que tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente la congruencia del acto o resolución con el procedimiento del que emana (cfr. art. 99 del RH).*

*TERCERO*

*El segundo de los defectos consiste en que se hacen modificaciones de superficies, sin acudir a las reglas generales de la legislación hipotecaria sobre segregaciones, divisiones y agrupaciones, sin ser suficiente la técnica propia de los proyectos de equidistribución. Tratándose de una operación complementaria de rectificación de un proyecto de equidistribución ya inscrito, debe igualmente confirmarse este defecto, por las mismas razones ya apuntadas anteriormente. Sería suficiente la tramitación efectuada y la técnica seguida, si todavía no estuviera inscrito o se tratara de meras rectificaciones materiales o meras previsiones complementarias, pero no ocurre así en el supuesto de hecho debatido, donde las fincas de resultado están recogidas ya en los asientos del Registro, que a su vez están bajo la salvaguarda de los tribunales, y se introducen alteraciones sustanciales de las fincas inscritas.*

*CUARTO*

*El tercer defecto —en realidad son dos acumulados— consiste en que la finca adjudicada al Ayuntamiento, en virtud de la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio, debe estar libre de cargas, y que no queda determinado con claridad que el saldo de la cuenta de liquidación sobre determinadas parcelas sustituye al anteriormente fijado o debe acumularse por subrogación real a las nuevas. Uno y otro defecto deben ser igualmente confirmados. Las cesiones obligatorias a la Administración actuante por definición deben realizarse libre de cargas (cfr. art. 102.2, letra a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y 29 del Real Decreto 1093/1997 sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística), y la determinación de las cargas afectantes a las fincas de reemplazo (entre ellas la afección al saldo de la cuenta de liquidación de los gastos de urbanización) deben quedar claramente establecidas en el título inscribible, por exigencias del principio registral de especialidad, que excluye indeterminaciones o falta de claridad en los asientos, y que no permite que el registrador actúe por deducciones.*

*QUINTO*

*El cuarto defecto hace referencia a que la rectificación de linderos respecto de determinadas fincas deberían implicar la rectificación de los linderos de otras fincas resultantes. El hecho de que los linderos de las parcelas estén perfectamente identificadas por coordenadas UTM en los planos del proyecto de reparcelación aprobado e inscrito, y no sufrir variación alguna estas fincas en la operación jurídica complementaria que se pretende inscribir, obliga a revocar la nota de calificación en este punto. En realidad no hay cambio de linderos de estas concretas parcelas a las que se refiere este punto de la nota de calificación, sino de la denominación de las parcelas colindantes, cuya actualización no es obligatoria, y puede realizarse en los títulos posteriores que se inscriban sobre las mismas fincas.*

*SEXTO*

*El quinto y último defecto consiste en que no se acredita la publicación en el Diario Oficial de la modificación del Plan Parcial de Ordenación ni del estudio de detalle de la Manzana R-7, defecto que en efecto debe ser confirmado, dado que la calificación registral de documentos administrativos se extiende a los trámites esenciales del procedimiento seguido, entre los que se encuentra lógicamente la publicación en el Diario oficial de la modificación del plan, que debe seguir los mismos trámites de publicidad que su aprobación originaria, y que por tanto debe entenderse exigible y comprendido en los términos del artículo 7.1 del Real Decreto 1093/1097, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística.*

*En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso tan solo en cuanto al defecto cuarto y revocarlo en lo demás, confirmando la nota de calificación en cuanto a los defectos primero, segundo, tercero y quinto, en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos».*

Como señalaba LASO MARTÍNEZ en el artículo antes citado, publicado en el número 676 de esta misma Revista, páginas 1341 y 1342, la doctrina de la Dirección General suscita, no obstante, una serie de precisiones que, en lo que interesa al presente comentario, serían:

*«…De acuerdo con este principio, el núcleo central del contenido de la acción conformadora del dominio por causa del planeamiento urbanístico termina en el mismo instante en que el procedimiento concluye. A partir de este momento, que tiene su expresión formal máxima en la inscripción de los proyectos de equidistribución, los bienes entran en el tráfico jurídico ordinario y si bien también quedan sujetos a otras limitaciones de derecho público ello ocurre por motivaciones y causas distintas.*

*En consecuencia, cesa el apoderamiento excepcional reconocido por la Ley a la Administración y los asientos del Registro quedan sustraídos de la intervención administrativa y sujetos únicamente a la salvaguardia y protección judicial de cualquier orden, pero no solo de la Jurisdicción Civil sino también de la contencioso-administrativa que es tan jurisdicción como la primera si se plantea una cuestión de Derecho Administrativo.*

*La cuestión estriba entonces en situar adecuadamente las potestades de la Administración provenientes de las leyes, en aquellos casos en que entre en crisis la presunción de validez de los actos y las garantías que todo el sistema jurídico de publicidad inmobiliaria otorga a los asientos, bien entendido que cuando aludimos a esta no lo hacemos desde una visión o rango meramente formal que exija la intervención del titular como medio de evitar su indefensión, y que ya ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como uno de los derechos fundamentales. Nos referimos realmente a los límites institucionales de las potestades administrativas frente al contenido de los asientos creados por la propia acción administrativa, ya sea que estos exterioricen una titularidad interviniente en el procedimiento de creación del acto administrativo o, lo que es más radical, en relación con los terceros adquirentes extraños y posteriores a él.*

*Avanzando en este enunciado, de acuerdo con las leyes que regulan la acción de la Administración, que según la Constitución es un poder jurídico, estas reconocen junto a la fiscalización jurisdiccional de sus actos, superados los recursos en vía administrativa que mientras no se produzcan, si se interpusieran con carácter potestativo, no permitirían la inscripción, conforme a la reforma de la Ley 4/1999,*

*de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, de 26 de noviembre de 1992, la posible revisión en vía administrativa por virtud de la cual dentro de las condiciones y plazos que marca la Ley, la Administración autora de un acto puede declarar su nulidad, con el mismo alcance que una decisión judicial a instancias de parte o previa declaración de lesividad.*

*En tales casos, en qué situación queda el tercer adquirente, externamente eventual tercer hipotecario frente a una decisión judicial o administrativa que anula el acto inscrito del cual aquel trae causa si del Registro no consta su condicionamiento o no existen medidas cautelares que le afecten? Aún más, si aunque el tercero hubiera sido llamado al proceso, es posible que claudique su derecho por un vicio del acto antecedente de su derecho? Téngase en cuenta, a este respecto, que el tercer hipotecario adquiere significación propia no porque resulte obligado su emplazamiento judicial sino porque queda clamorosamente exento de cualquier vicio antecedente que no le será así oponible, manteniendo su adquisición, "aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante", según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*

*Tales casos, antes impensables, son hoy claramente identificables, más visible porque en el origen está planteada una cuestión patrimonial —no dar a su legítimo titular unos bienes que le pertenecen—, o incluso por razones estrictamente administrativas.*

*En tales casos vedar el acceso al Registro respecto de terceros parece evidente cuando se trata de la revisión en vía administrativa, porque respecto a ella la primación de la salvaguardia judicial no es discutible. Pero en el caso de una sentencia judicial procedente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ¿no es esta una Jurisdicción como la Civil emanada de un solo Poder Judicial?*

*Parece evidente que desde el plano institucional la eficacia judicial de estas sentencias no puede ponerse en duda. La cuestión estriba entonces en el siguiente paso: su eficacia respecto del tercero hipotecario que goce de todas las prerrogativas que la Ley le exige. En tales casos, ¿la anulación del acto, por ejemplo, por incompetencia del órgano administrativo, también deja indemne al tercero? ¿La inscripción produce una clausura definitiva de las prerrogativas de la Administración o tan solo su cesación en ese procedimiento? ¿Todos los vicios del acto cualesquiera que estos sean, producen la deslegitimación de este* per se *y para siempre, o será posible adentrarse en las razones de interés público legitimadora en general de la acción pública de tal manera que podrá haber finalizado un procedimiento pero ello no significa que no pueda iniciarse otro nuevo con el mismo objeto, o podrá diferenciarse de ella las cuestiones meramente patrimoniales conexas con él, que permiten satisfacciones paralelas a favor del recurrente por la vía de la responsabilidad de la Administración o la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia?*

*A fin de llegar a una solución coherente puede decirse inicialmente que, frente a terceros hipotecarios protegidos por el Registro, si se dan las condiciones legales, cesan los efectos anulatorios del acto del que trae aquel causa y se le hacen íntegramente oponibles a la Administración en su totalidad. Sin embargo esta afirmación radical no puede impedir, cuando existan razones de interés público incompatibles con el mantenimiento del dominio, con que la Administración sujete al tercero a los efectos y consecuencias de un nuevo procedimiento que permitan conseguir aquel interés. Así, por ejemplo, siendo de utilidad pública la ejecución de un embalse la aparición de un tercer adquirente, si se produce la anulación del acto de aprobación, no le exime de quedar sujeto a otro nuevo procedimiento en el que se consiga el mismo fin pero desde un comienzo nuevo.*

*Por el contrario cuando las decisiones tomadas tienen solamente efectos patrimoniales, cuando la intervención de la Administración sirvió tan solo para desarrollar una función arbitral, los efectos de la acción se terminan, cosa que no puede ocurrir en cambio si en el proceso arbitral se mezclan los objetivos patrimoniales —de reconfiguración del dominio— con los de utilidad pública, por ejemplo, en la obtención de espacios libres, pues de nada serviría la inoponibilidad ante un tercero, el tercero actual, de una decisión judicial determinada si con ella quedaban sin obtener dotaciones o equipamientos constituyentes del planeamiento, porque frente a este riesgo siempre la Administración podrá reiniciar el procedimiento en el que ya no habrá un tercero incólume sino la necesidad de que el planeamiento cumpliera la función social que debe conseguir.*

*En definitiva, pues, el tercero hipotecario queda protegido frente a las decisiones judiciales que se dicten, de no mediar anotación preventiva del recurso, siempre y cuando el objeto de la misma tenga un alcance meramente patrimonial, como en definitiva se deduce del nuevo artículo 21.1 de la Ley del Suelo, de 13 de abril de 1998, según su inciso final, mientras que respecto del cumplimiento de deberes o las obligaciones puramente urbanísticas prevalecen la subrogación legal del inciso final del mismo precepto, siempre que se den las condiciones legales a través de un nuevo procedimiento.*

### *4. ALTERNATIVAS INTERMEDIAS APLICABLES*

*Expuesto lo que antecede, la operatividad práctica en un abanico de expectativas permitiría contemplar estas hipótesis:*

*a) Si un proyecto de equidistribución inscrito se modifica por otro posterior no puede inscribirse este, ¿cuándo actúa sobre el mismo cuadro de sujetos intervinientes en el primero? ¿Puede el Registrador cuestionar la modificación del anterior proyecto porque se hayan extinguido las potestades de la Administración o también la intocabilidad del acto queda aquí preservada? En nuestra opinión, el acto que modifique un proyecto ya inscrito con la participación de los mismos sujetos que intervinieran en él es también inscribible, aunque el primero esté inscrito, se produzca o no el consentimiento afirmativo de los interesados, es decir, sin necesidad de escritura pública. Es decir, no existiendo terceros hipotecarios, la reiteración del procedimiento entre los mismos afectados entendemos que no puede impedirse por los interesados.*

*b) Por el contrario, si el cuadro de los sujetos ha variado tanto en cuanto al dominio como respecto del estado de cargas, el nuevo proyecto inscribiese, aun habiendo sido citados los nuevos titulares, necesita su conformidad prestada en escritura pública. Ante esta nueva situación, como hemos indicado en el epígrafe anterior, el tercer adquirente, con las condiciones del tercer hipotecario, debe quedar incólume salvo cuando con ello se impida la obtención de las utilidades públicas resultantes del planeamiento, en cuyo caso lo que resultaría obligado es la reiniciación de un nuevo procedimiento con este fin y ello por el principio de subrogación legal.*

*c) Por todo ello el consentimiento de los titulares inicialmente intervinientes respecto del acto modificado no necesariamente debe prestarse en escritura pública, de acuerdo con lo que se acaba de indicar, mientras que sí sería necesario en el caso de que aparezcan terceros no intervinientes*».

## IV. CONCLUSIONES

A la vista de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (que, por su materia, es definitiva, dado que queda excluida de la vía casacional), así como atendiendo la doctrina de la Dirección General, matizada por lo ya dicho en anteriores artículos de LASO & ASOCIADOS, cabe señalar una serie de conclusiones en relación con la creciente proliferación de las operaciones jurídicas complementarias motivadas por anulaciones de proyectos de equidistribución. En ese sentido, dado que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que los derechos inscritos deben protegerse exigiendo el cumplimiento de unos requisitos formales en relación con su modificación, es ineludible exigir, para las operaciones jurídicas complementarias ordinarias, la aportación del consentimiento fehaciente otorgado en escritura pública o, al menos, en el expediente de la propia operación, que se ha debido tramitar siempre con las debidas garantías. No obstante, es una excepción evidente la de aquellos supuestos en que conste en la documentación presentada que la causa de la rectificación no procede de una simple revisión de oficio o de otra circunstancia parecida, sino de una alteración del acto que originó el asiento declarada en resolución judicial firme y esté acreditada la oportunidad de los titulares registrales de haber intervenido en el expediente. Es decir, que si publicada la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se llegó a entender en alguna ocasión que era necesaria, pero suficiente, la revisión del acto de aprobación del proyecto correspondiente (el título) y la intervención en el expediente de los titulares registrales afectados, con mayor motivo será inscribible la aprobación del expediente de rectificación del Proyecto que se limita a adaptar su contenido al mandato judicial recogido en una sentencia firme que lo ha modificado al anularlo parcialmente. Únicamente será requisito ineludible que los titulares registrales afectados hayan sido parte en el expediente. En ese sentido, aunque no puede privársele del derecho a intervenir en el procedimiento ni provocarle indefensión alguna, la voluntad del titular registral no puede condicionar el contenido del proyecto derivado de un pronunciamiento judicial, que está por encima de los deseos del afectado, de la misma manera que para inscribir el proyecto de equidistribución originario no se exige el consentimiento de los titulares registrales sino la válida aprobación por el órgano competente.

Como sucede en el caso de las licencias anuladas, el titular registral no puede ser ignorado por las resoluciones que pretenden la inscripción de la modificación parcial de un proyecto de equidistribución aprobada en ejecución de sentencia, pero, una vez firme esta última y siempre que en el expediente de gestión urbanística derivado de ella se le haya concedido el trámite de alegaciones preceptivo, cumpliendo el procedimiento correspondiente, el propietario protegido por el Registro queda sometido a su contenido inevitablemente.

*RESUMEN*

*REPARCELACIÓN. CALIFICACIÓN. TRACTO SUCESIVO NULIDAD. ANULABILIDAD. EJECUCIÓN DE SENTENCIA*

*Comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de noviembre de 2010, y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 5 de noviembre de 2010, en relación con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de enero de 1999, 26 de marzo de 2007 y 1 de diciembre de 2009.*

*ABSTRACT*

*PLOT REDIVISION. DOCUMENT SCRUTINY FOR DUE LEGAL FORM. CHAIN OF TITLE NULLITY. ANNULLABILITY. EXECUTION OF SENTENCE*

*Commentary of the sentence of 11 November 2010 of the High Court of Justice of Madrid and the sentence of 5 November 2010 of the High Court of Justice of Castilla y León in connection with the decisions of 8 January 1999, 26 March 2007 and 1 December 2009 of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs.*

# ACTUALIDAD JURÍDICA

# I. Información legislativa

## I. NORMAS ESTATALES

### CORTES GENERALES

— Resolución de 12-12-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 19/2011, de 2-12-2011, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2011, de 14-10-2011, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

### JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 18/2011. 18-11-2011. Regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la ONCE y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria *E.coli.*

— Real Decreto-ley 19/2011. 2-12-2011. Modifica el Real Decreto-ley 16/2011, de 14-10-2011, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

— Real Decreto-ley 20/2011. 30-12-2011. Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

— Real Decreto 1822/2011. 20-12-2011. Nombra Presidente del Gobierno a don Mariano Rajoy Brey.

— Instrumento de Adhesión del Acuerdo para la constitución de la Academia Internacional contra la Corrupción como organización internacional, hecho en Viena el 2-9-2010.

— Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18-4-1961.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo. Modifica el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, anejo al Tratado de la UE al Tratado de funcio-

namiento de la UE y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, hecho en Bruselas el 23-6-2010.

— Corrección de errores. Ley 38/2011. 10-10-2011, de reforma de la Ley 22/2003, de 9-7-2003, Concursal.

## PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1742/2011. 21-11-2011. Cese de don José Luis Rodríguez Zapatero como Presidente del Gobierno.

— Real Decreto 1743/2011. 21-11-2011. Cese de los miembros del Gobierno.

— Real Decreto 1823/2011. 21-12-2011. Reestructuran los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1824/2011. 21-12-2011. Vicepresidencia del Gobierno.

— Real Decreto 1825/2011. 21-12-2011. Nombra Vicepresidenta del Gobierno a doña María Soraya Sáenz de Santamaría Antón.

— Real Decreto 1826/2011. 21-12-2011. Nombra Ministros del Gobierno.

— Real Decreto 1827/2011. 21-12-2011. Dispone que doña María Soraya Sáenz de Santamaría Antón, Ministra de la Presidencia, asuma las funciones de Portavoz del Gobierno.

— Real Decreto 1828/2011. 23-12-2011. Modifica el Real Decreto 1094/2011, de 15-7-2011, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

— Real Decreto 1885/2011. 30-12-2011. Modifica el Real Decreto 1094/2011, de 15-7-2011, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

— Real Decreto 1886/2011. 30-12-2011. Establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1495/2011. 24-10-2011. Desarrolla la Ley 37/2007, de 16-11-2007, sobre reutilización de la información del sector público para el ámbito del sector público estatal.

— Real Decreto 1497/2011. 24-10-2011. Determina los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5-10-1961.

— Real Decreto 1630/2011. 14-11-2011. Regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

— Real Decreto 1636/2011. 14-11-2011. Aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX).

— Real Decreto 1707/2011. 18-11-2011. Regula las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios.

— Real Decreto 1708/2011. 18-11-2011. Establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

— Real Decreto 1709/2011. 18-11-2011. Crea y regula el Foro de Cultura Inclusiva.

— Real Decreto 1710/2011. 18-11-2011. Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16-2-2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Real Decreto 1744/2011. 25-11-2011. Modifica el Real Decreto 641/2009, de 17-4-2009, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte.

— Real Decreto 1889/2011. 30-12-2011. Regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

— Corrección de errores. Orden 2915/2011. 28-10-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-10-2011, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones a Cortes Generales y en las elecciones locales parciales.

## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Real Decreto 1779/2011. 5-12-2011. Declara la jubilación forzosa de don José Carlos Dívar Blanco, al cumplir la edad legalmente establecida.

— Acuerdo de 23-11-2011. Atribuye el conocimiento de diversas materias, con carácter exclusivo, a determinados Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1611/2011. 14-11-2011. Modifica el Real Decreto 95/2009, de 6-2-2009, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

— Real Decreto 1612/2011. 14-11-2011. Modifica los Reales Decretos 1426/1989, de 17-11-1989, y 1427/1989, de 17-11-1989, por los que se aprueban los aranceles de los Notarios y los Registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29-3-1973, por el que se aprueba el arancel de los Registradores Mercantiles.

— Real Decreto 1930/2011. 30-12-2011. Cese de doña María Ángeles Alcalá Díaz como Directora General de los Registros y del Notariado.

— Real Decreto 1931/2011. 30-12-2011. Nombra Secretario de Estado de Justicia a don Fernando Román García.

— Real Decreto 1932/2011. 30-12-2011. Nombra Subsecretario de Justicia a don Juan Bravo Rivera.

— Real Decreto 1933/2011. 30-12-2011. Nombra Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia a doña Mireya Natalia Corredor Lanas.

— Real Decreto 1934/2011. 30-12-2011. Nombra Director General de los Registros y del Notariado a don Joaquín José Rodríguez Hernández.

— Orden 3505/2011. 21-12-2011. Modifica la Orden 2423/2011, de 12-8-2011, por la que se resuelve el concurso de méritos convocado por Orden 1598/2011, de 31-5-2011, para proveer plazas de Notarios y Registradores adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

— Resolución de 3-10-2011. Emplazamiento y personación de la herencia yacente al efecto de practicar asientos registrales en procedimientos judiciales contra ella.

— Resolución de 25-10-2011. Declara en situación de excedencia en el Cuerpo y escalafón de Notarios, por incompatibilidad con el cargo de Registrador a don José María García Urbano.

— Resolución de 25-10-2011. Declara a don José María García Urbano en situación de servicios especiales con derecho de reserva de plaza en el Cuerpo y escalafón de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 31-10-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de vehículos, con letras de identificación «F-FC-L», para ser utilizado por la entidad «FCE Bank plc, sucursal en España».

— Resolución de 31-10-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, modelo «F-TARC», utilizado por la entidad «FGA Capital Spain, EFC, S. A.».

— Resolución de 3-11-2011. Publica la lista definitiva de aspirantes admitidos para participar en las pruebas de aptitud de acceso al ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la UE y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y se determina la fecha de celebración de dichas pruebas.

— Resolución de 23-11-2011. Convoca oposición libre para obtener el título de Notario.

— Resolución de 28-11-2011. Aprueban las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras «F-JD», utilizado por la entidad «John Deere Bank, S. A.».

— Resolución de 2-12-2011. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 283.

— Resolución de 2-12-2011. Convoca concurso para la provisión de Notarías vacantes.

— Resolución de 2-12-2011. Publica la relación de aprobados en las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado.

— Resolución de 2-12-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, con letras de identificación «F-FZ», para ser utilizado por la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.».

— Resolución de 2-12-2011. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, con letras de identificación «FD-1», para ser utilizado por la entidad «Mercedes-Benz Financial Services España, EFC, S. A.».

— Instrucción 27-10-2011. Nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central.

— Instrucción 16-12-2011. DGRN y la DG Modernización de la Administración de Justicia. Corrigen errores de la Instrucción 27-10-2011, sobre el nuevo modelo organizativo del Registro Civil Central.

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto Legislativo 3/2011. 14-11-2011. Aprueba el TR de la Ley de Contratos del Sector Público.

— Real Decreto 1491/2011. 24-10-2011. Aprueba las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos.

— Real Decreto 1517/2011. 31-10-2011. Aprueba el Reglamento que desarrolla el TR de la Ley 3954 de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011 de 1-7-2011.

— Real Decreto 1613/2011. 14-11-2011. Desarrolla la Ley 13/2011. 27-5-2011, regulación del juego, en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego.

— Real Decreto 1614/2011. 14-11-2011. Desarrolla la Ley 13/2011, de 27-5-2011, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego.

— Real Decreto 1615/2011. 14-11-2011. Introduce modificaciones en materia de obligaciones formales en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007, y se modifica el Real Decreto 1363/2010, de 29-10-2011, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT.

— Real Decreto 1677/2011. 18-11-2011. Modifica el Reglamento de procedimiento administrativo sancionador de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 12/1989, de 9-5-1989, de la Función Estadística Pública, aprobado por el Real Decreto 1572/1993, de 10-9-1993, y se introducen criterios de calificación de las infracciones y de graduación de las sanciones en el ámbito del Departamento de Aduanas e Impuestos especiales de la AEAT.

— Real Decreto 1782/2011. 16-12-2011. Declara oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas al 1-1-2011.

— Orden 3031/2011. 8-11-2011. Aprueban las normas de gestión, autoliquidación y los modelos de impresos para el pago de la tasa por la gestión administrativa del juego.

— Orden 3067/2011. 8-11-2011. Aprueba la Instrucción de contabilidad para la Administración General del Estado.

— Orden 3081/2011. 8-11-2011. Aprueba la reglamentación básica de las apuestas deportivas mutuas.

— Orden 3124/2011. 16-11-2011. Aprueba el pliego de bases que regirán la convocatoria de licencias generales para el desarrollo y explotación de actividades de juego de la Ley 13/2011, de 27-5-2011, de regulación del juego.

— Orden 3257/2011. 21-11-2011. Desarrollan para el año 2012 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 3358/2011. 15-11-2011. Resolución de expedientes por incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión de incentivos al amparo de la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 3377/2011. 1-12-2011. Aprueba el modelo 193 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del IRPF y sobre determinadas rentas del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes, así como los diseños físicos y lógicos para la presentación en soporte directamente legible por ordenador, y por la que se modifican los diseños físicos y lógicos del modelo 291, aprobado por Orden 3202/2008, de 31-10-2008, y del modelo 196 aprobado por Orden 3300/2008, de 7-11-2008.

— Corrección de errores. Orden 3377/2011. 1-12-2011. Aprueba el modelo 193 de resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del IRPF y sobre determinadas rentas del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes, así como los diseños físicos y lógicos para la presentación en soporte directamente legible por ordenador, y por la que se modifican los diseños físicos y lógicos del modelo 291, aprobado por Orden 3202/2008, de 31-10-2008, y del modelo 196 aprobado por Orden 3300/2008, de 7-11-2008.

— Orden 3378/2011. 1-12-2011. Modifica la Orden 3012/2008, de 20-10-2008, por la que se aprueba el modelo 347 de declaración anual de operaciones

con terceras personas, así como los diseños físicos y lógicos y el lugar, forma y plazo de presentación; la Orden 3787/2008, de 29-12-2008, por la que se aprueba el modelo 340 de declaración informativa regulada en el artículo 36 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, y la Orden 3434/2007, de 23-11-2007, por la que se aprueban los modelos 322 de autoliquidación mensual, modelo individual, y 353 de autoliquidación mensual, modelo agregado, y el modelo 039 de Comunicación de datos, correspondientes al Régimen especial del Grupo de Entidades en el IVA.

— Orden 3382/2011. 1-12-2011. Retira la condición de entidad gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando, Huelva, Jerez, Guadalajara y Sevilla 184.

— Orden 3411/2011. 5-12-2011. Establece el nuevo sistema de Índices de Precios de Consumo, base 2011.

— Orden 3414/2011. 28-11-2011. Resolución de expedientes por incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión de incentivos al amparo de la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 3418/2011. 28-11-11. Resolución de expediente por incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión de incentivos al amparo de la Ley 50/1985, de 27-12-1985, de Incentivos Regionales.

— Orden 3479/2011. 19-12-2011. Publica los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1-1-2012.

— Orden 3496/2011. 15-12-2011. Aprueba la declaración de residencia fiscal a efectos de aplicar la excepción de comunicar el número de identificación fiscal en las operaciones con entidades de crédito, así como la relación de códigos de países y territorios.

— Orden 3551/2011. 13-12-2011. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3552/2011. 19-12-2011. Regula los términos en los que los obligados tributarios pueden ejercitar la posibilidad de señalar días en los que la AEAT no podrá poner notificaciones a su disposición en la dirección electrónica habilitada y por la que se modifica la Orden 661/2003, de 24-3-2003, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo y se determinan el lugar, la forma y los plazos para su presentación.

— Orden 3567/2011. 19-12-2011. Actualizan referencias de códigos de la nomenclatura combinada contenidas en la Ley 38/1992, de 28-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Resolución de 24-10-2011. Publica la revocación de un NIF.

— Resolución de 26-10-2011. Publica la Norma de Control de Calidad Interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.

— Resolución de 17-11-2011. Aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a la Administración General del Estado.

— Resolución de 18-11-2011. Establece las condiciones para el envío centralizado de las deudas no tributarias gestionadas por Departamentos Ministeriales que constituyen recursos del presupuesto del Estado para su gestión recaudatoria, para los intercambios de información que se deriven de dicha gestión y demás aspectos relativos a la recaudación en vía ejecutiva de dichas deudas por la AEAT.

— Resolución de 24-11-2011. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 24-11-2011. Publica la revocación de los NNIIFF que figuran en el anexo.

— Resolución de 12-12-2011. Publica la revocación de un NIF.

— Resolución de 16-12-2011. Establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas a la vista abiertas en entidades de crédito.

— Resolución de 16-12-2011. Establece el procedimiento para efectuar a través de internet el embargo de dinero en cuentas a la vista, abiertas en entidades de crédito cuyos saldos se encuentren total o parcialmente pignorados y de aquellas otras cuya titularidad corresponda a deudores en situación concursal.

— Corrección de errores. Orden 2899/2011. 28-10-2011. Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

## MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1829/2011. 23-12-2011. Crea Subsecretarías en los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1887/2011. 30-12-2011. Establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

## COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Resolución de 16-11-2011. Crea y regula el Registro Electrónico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

— Resolución de 28-12-2011. Corrección de errores. Circular 5/2011, de 12-12-2011, por la que se modifica la Circular 12/2008, de 30-12-2008, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, y la Circular 7/2008, de 26-11-2008, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión,

sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo.

— Circular 4/2011. 16-11-2011. Modifica parcialmente la Circular 4/2008, de 11-9-2008, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición.

— Circular 5/2011. 12-12-2011. Modifica la Circular 12/2008, de 30-12-2008, sobre solvencia de las empresas de servicios de inversión y sus grupos consolidables, y la Circular 7/2008, de 26-11-2008, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las empresas de servicios de inversión, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo.

— Circular 6/2011. 12-12-2011. Modifica la Circular 9/2008, de 10-12-2008, sobre normas contables, estados financieros de información reservada y pública y cuentas anuales de las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, con la exclusión del Banco de España, de las entidades rectoras de los sistemas multilaterales de negociación, de la Sociedad de Sistemas, de las entidades de contrapartida central, de la Sociedad de Bolsas, de las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos rectores de los mercados secundarios oficiales y de sistemas multilaterales de negociación, y de otros sistemas de compensación y liquidación de los mercados que se creen al amparo de lo previsto en la LMV.

— Circular 7/2011. 12-12-2011. Folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo.

— Acuerdo 16-11-2011. Adaptación del Sistema CIFRADOC/CNMV a los servicios de certificación y firma electrónica reconocida y se crea el Registro Telemático de la CNMV.

## BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 2-11-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 11-11-2011. Publica la inscripción en el Registro Especial de Cooperativas de Crédito del alta definitiva de Caja Rural de Albacete, Ciudad Real y Cuenca, Sociedad Cooperativa de Crédito, y de las bajas de Caja Rural de Albacete, Sociedad Cooperativa de Crédito, Caja Rural de Ciudad Real, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caja Rural de Cuenca, Sociedad Cooperativa de Crédito.

— Resolución de 17-11-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-12-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-12-2011. Mensualmente se publican determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 4/2011. 30-11-2012. Modifica la Circular 3/2008, de 22-5-2008, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

— Corrección de erratas. Circular 4/2011. 30-11-2011. Modifica la Circular 3/2008, de 22-5-2008, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

— Circular 5/2011. 30-11-2011. Modifica la Circular 4/2004, de 22-12-2004, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

## MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1541/2011. 31-10-2011. Desarrolla la Ley 32/2010, de 5-8-2010, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

— Real Decreto 1542/2011. 31-10-2011. Aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

— Real Decreto 1543/2011. 31-10-2011. Regula las prácticas no laborales en empresas.

— Corrección de errores. Real Decreto 1543/2011. 31-10-2011. Regula las prácticas no laborales en empresas.

— Real Decreto 1596/2011. 4-11-2011. Desarrolla la Disposición Adicional 53.ª de la Ley General de la Seguridad Social, TR, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20-6-1994, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

— Real Decreto 1620/2011. 14-11-2011. Regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

— Corrección de errores. Real Decreto 1620/2011. 14-11-2011. Regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

— Real Decreto 1621/2011. 14-11-2011. Modifica el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11-6-2004.

— Real Decreto 1622/2011. 14-11-2011. Modifica 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 1698/2011. 18-11-2011. Regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

— Real Decreto 1783/2011. 16-12-2011. Modifica el Real Decreto 196/2010, de 26-2-2010, por el que se establecen medidas para facilitar la reinserción laboral, así como el establecimiento de ayudas especiales a los trabajadores afectados por los expedientes de regulación de empleo 76/2000, de 8-3-2001 y 25/2001, de 31-7-2001.

— Orden 3126/2011. 15-11-2011. Regula el Tablón Edictal de Resoluciones de Extranjería.

— Orden 3293/2011. 30-11-2011. Regula las operaciones de cierre del ejercicio 2011 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.

— Orden 3356/2011. 30-11-2011. Modifica la Orden 2865/2003, de 13-10-2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

— Orden 3412/2011. 2-12-2011. Crea una oficina de registro auxiliar en la DGT del MT e I.

— Resolución de 4-11-2011. Difiere el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas de la Seguridad Social correspondiente a los periodos de liquidación de noviembre y diciembre de 2011 a las empresas que den de alta a personas que participen en programas de formación, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1493/2011, de 24-10-2011.

— Resolución de 19-12-201. Modifica el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en determinadas direcciones provinciales.

## MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 1888/2011. 30-12-2011. Fija el SMI para 2012.

## MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1712/2011. 18-11-2011. Modificación de medios patrimoniales y personales adscritos a las funciones y servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Función Pública Inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por el Real Decreto 895/2011, de 24-6-2011.

— Real Decreto 1713/2011. 18-11-2011. Modifica el Estatuto del Museo Nacional del Prado, aprobado por Real Decreto 433/2004, de 12-3-2004.

— Resolución de 24-10-2011. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2012, a efectos de cómputo de plazo.

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de Singapur al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Modificación de la Declaración de España relativa al artículo 24 del Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20-4-1959.

— Corrección de errores. Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea (Oficina de armonización del Mercado Interior-Marcas, Dibujos y Modelos-OAMI), hecho en Madrid el 20-9-2011.

## MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1492/2011. 24-10-2011. Aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

— Real Decreto 1616/2011. 14-11-2011. Regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de derecho marítimo.

— Orden 3045/2011. 18-10-2011. Califica como preferentes en el periodo 2011 las entidades de crédito colaboradoras seleccionadas para la financiación del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, y se publica su relación y la de las restantes entidades de crédito colaboradoras.

## MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 1618/2011. 14-11-2011. Reconocimiento de estudios en el ámbito de la Educación Superior.

— Real Decreto 1773/2011. 2-12-2011. Configuración jurídica del Colegio de España en París.

— Resolución de 13-10-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-10-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 13-10-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-10-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 13-10-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7-10-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Orden 3321/2011. 21-11-2011. Expedición de título de viaje a extranjeros.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 1364/2011. 7-10-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Duero.

— Real Decreto 1365/2011. 7-10-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil.

— Real Decreto 1366/2011. 7-10-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro.

— Real Decreto 1389/2011. 14-10-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana, por el que se modifica el Real Decreto 650/1987, de 8-5-1987, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

— Real Decreto 1494/2011. 24-10-2011. Regula el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible.

— Real Decreto 1598/2011. 4-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir, por el que se modifica el Real Decreto 650/1987, de 8-5-1987, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos.

— Real Decreto 1626/2011. 14-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Occidental, por el que se modifica el Real Decreto 126/2007, de 2-2-2007, por el que se regulan la composición, funcionamiento y atribuciones de los comités de autoridades competentes de las Demarcaciones Hidrográficas con cuencas intercomunitarias.

— Real Decreto 1627/2011. 14-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua del ámbito de competencia estatal de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Oriental.

— Real Decreto 1704/2011. 18-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo.

— Real Decreto 1705/2011. 18-11-2011. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Segura.

— Orden 3220/2011. 16-11-2011. Fija para el año 2012 la renta de referencia.

## MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1624/2011. 14-11-2011. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31-3-2010, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4.965-2011, en relación con el artículo 141.1 de la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, por posible vulneración del artículo 149.1.18.ª de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.277-2011, en relación con el artículo 73.3, párrafo 3.º, de la Ley 7/1985, de 2-4-1985, reguladora de las Bases del Régimen Local por posible vulneración del artículo 23 de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.727-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE, en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117 y 118 de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.728-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118, todos ellos de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.755-2010, en relación con el artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8-7-2005, por posible vulneración de los artículos 117.1, 24.1, 14 y 39 CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.799-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de

Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE, en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117 y 118 de la CE.

— Recurso de Inconstitucionalidad 3.859-2011, en relación con la Ley 5/2011, de 1-4-2011, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

— Recurso de Inconstitucionalidad 4.308-2011. Apartados cuatro, cinco, siete, trece, catorce, quince, treinta y cuarenta y ocho del Artículo Único de la Ley 9/2010, de 18-10-2010, de modificación de la Ley 15/2001, de 14-12-2001, de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

— Recurso de Inconstitucionalidad 5.040-2000, contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

— Recurso de Inconstitucionalidad 5.051-2000, contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

— Recurso de Inconstitucionalidad 5.099-2000, contra el apartado 3 del artículo 1 y el inciso primero del Decreto Foral 2.ª del Real Decreto-ley 4/2000, de 23-6-2000, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

— Recurso de Inconstitucionalidad 6.596-2011. Artículos 101, apartados 1, 2, 3 y 4; 102; 110, apartado 4; 111, apartado 6, y Disposición Final 1.ª, apartado 1, párrafos primero y último, y apartado 2.*b)* de la Ley 2/2011, de 4-3-2011, de Economía Sostenible.

— Recurso de Inconstitucionalidad 6.642-2011. Artículos 4 a 7, 41.uno, 80, 91 y 110.4 de la Ley 2/2011, de 4-3-2011, de Economía Sostenible.

— Conflicto positivo de competencia número 5.431-2011, contra determinado precepto del Real Decreto 775/2011, de 3-6-2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30-10-2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

## TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 16-11-2011. Estima la cuestión de ilegalidad planteada en relación con el artículo 11.3 del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007.

— Sentencia de 23-11-2011. Fija la siguiente doctrina legal: «Forma parte de la base imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, regulado en el TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5-3-2004, en el supuesto de instalación de plantas fotovoltaicas de energía solar, el coste de todos los elementos necesarios

para la captación de la energía que figuren en el proyecto para el que se solicita la licencia de obras y carezcan de singularidad o identidad propia respecto de la construcción realizada».

— Sentencia de 28-11-2011. Anula el término «física» (dentro de la expresión «persona física») que incluye el artículo 4, apartado primero, letra *a)* del Real Decreto 335/2010, de 19-3-2010.

— Acuerdo 23-11-2011. Habilitando los días 6, 7 y 8-12-2011.

JUNTA ELECTORAL PROVINCIAL NAVARRA

— Acuerdo de 11-11-2011. Declara retirada candidatura a las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, convocadas por Real Decreto 1329/2011, de 26-9-2011.

## COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 6/2011. 2-11-2011. Modifica la Ley 15/1999, de 16-12-1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía.

— Corrección de errores. Ley 6/2011. 2-11-2011. Modifica la Ley 15/1999, de 16-12-1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía.

— Ley 7/2011. 3-11-2011. Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía.

— Ley 8/2011. 5-12-2011. Modificación de la Ley 5/1988, de 17-10-1988, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos.

— Ley 9/2011. 5-12-2011. Modificación de la Ley 1/1986, de 2-1-1986, Electoral de Andalucía; la Ley 2/2005, de 8-4-2005, por la que se regula el estatuto de los ex Presidentes de la Junta de Andalucía; y la Ley 3/2005, de 8-4-2005, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos.

— Ley 10/2011. 5-12-2011. Modifica la Ley 10/2003, de 6-11-2003, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, y la Ley 6/1995, de 29-12-1995, de Consejos Andaluces de Colegios Profesionales.

— Ley 11/2011. 5-12-2011. Regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas con discapacidad auditiva y con sordo-ceguera en Andalucía.

— Ley 12/2011. 16-12-2011. Modificación de la Ley Andaluza de Universidades.

— Ley 13/2011. 23-12-2011. Turismo de Andalucía.

— Ley 14/2011. 23-12-2011. Sociedades Cooperativas Andaluzas.

— Ley 15/2011. 23-12-2011. Promoción del Trabajo Autónomo.

— Ley 16/2011. 23-12-2011. Salud Pública de Andalucía.

— Ley 17/2011. 23-12-2011. Modifica el TR de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos; la Ley de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad; la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía; diversos preceptos relativos al Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); la Ley de reordenación del sector público de Andalucía, y la Ley del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como se adoptan medidas en relación con el Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito en Andalucía.

— Ley 18/2011. 23-12-2011. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012.

— Real Decreto 1414/2011. 14-10-2011. Nombra Fiscal Superior de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Andalucía a don Jesús María García Calderón.

— Decreto-ley 3/2011. 13-12-2011. Aprueba medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

— Decreto 322/2011. 18-10-2011. Crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas.

— Decreto 332/2011. 2-11-2011. Crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

— Decreto 342/2011. 15-11-2011. Modifica determinados artículos del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 250/2005, de 22-11-2005, y del Catálogo de Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 280/2009, de 23-6-2009.

— Decreto 367/2011. 20-12-2011. Modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía.

— Orden 22-11-2011. Modifica la de 29-7-1996, sobre jornadas y horarios en la Administración General de la Junta de Andalucía.

— Orden 27-10-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de determinados bienes rústicos, radicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles

de los ITP y AJD e IS y D, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 7-11-2011. Establece el procedimiento de expedición y activación de la tarjeta sanitaria de Andalucía a los andaluces y andaluzas en el exterior.

— Resolución de 9-11-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 2/2011, de 25-10-2011, por el que se eleva el mínimo exento para personas con discapacidad y se regula el tipo de gravamen del IP en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 4965-2011, en relación con el artículo 141.1 de la Ley 7/2002, de 17-12-2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, por posible vulneración del artículo 149.1.18.ª de la CE.

## ARAGÓN

— Decreto-ley 2/2011. 29-12-2011. Concede un suplemento de crédito para atender obligaciones pendientes de ejercicios anteriores.

— Decreto 384/2011. 13-12-2011. Regula la Comisión de Comunicación Institucional y se distribuyen competencias en materia de comunicación y publicidad.

— Decreto 393/2011. 13-12-2011. Modifica el Decreto 213/2007, de 4-9-2007, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las Comisiones Técnicas de Calificación.

— Decreto 396/2011. 13-12-2011. Deporte aragonés de alto rendimiento.

— Orden 22-12-2011. Determinan las condiciones a las que ha de ajustarse la prórroga del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de 2011, hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos para 2012.

## ASTURIAS

— Ley 3/2011. 16-12-2011. Modificación del TR del Régimen Económico y Presupuestario, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25-6-1998.

— Decreto 273/2011. 15-12-2011. Tercera modificación del Decreto 63/2008, de 9-7-2008, por el que se aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, a efectos de los ITP y AJD e IS y D, así como la metodología seguida para su obtención.

— Decreto 274/2011. 15-12-2011. Primera modificación del Decreto 167/2011, de 19-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Economía y Empleo.

— Decreto 280/2011. 28-12-2011. Regula la aplicación de la prórroga de los Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2011 durante el ejercicio 2012.

— Decreto 281/2011, 28-12-2011. Actualiza los precios públicos de cuantía fija.

— Resolución de 17-11-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 24-11-2011. Rectifica el error advertido en la Resolución de 16-5-2011, por la que se aprueba el calendario de fiestas locales para el año 2012 en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el *BOPA,* número 123, de 30-5-2011.

— Resolución de 13-12-2011. Concesión de ayudas económicas destinadas a la adquisición de Viviendas de Precio Concertado.

— Resolución de 13-12-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

## BALEARES

— Ley 8/2011. 14-11-2011. Autorizaciones financieras durante el periodo de prórroga presupuestaria iniciado el 1-1-2011.

— Ley 9/2011. 23-12-2011. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2012.

— Decreto-ley 6/2011. 2-12-2011. Medidas Tributarias Urgentes.

— Decreto 33/2011. 4-11-2011. Modifica Decreto 12/2011, de 18-6-2011, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 35/2011. 11-11-2011. Confiere a las Consejerías el ejercicio del protectorado de las fundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 108/2011. 11-11-2011. Regula el Consejo Balear de Transportes Terrestres.

— Resolución. Cierra el plazo de presentación de solicitudes para acogerse a diversas líneas de ayudas en el marco del Plan Estratégico de Vivienda 2008-2011 de las Islas Baleares.

## CANARIAS

— Ley 11/2011. 28-12-2011. Medidas fiscales para el fomento de la venta y rehabilitación de viviendas y otras medidas tributarias.

— Ley 12/2011. 29-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2012.

— Decreto 316/2011. 24-11-2011. Modifica el Decreto 310/2011, de 10-11-2011, de ayudas y medidas de carácter excepcional para mitigar los daños producidos por los movimientos sísmicos y erupciones en la isla de El Hierro.

— Decreto 317/2011. 24-11-2011. Modifica el Decreto 170/2011, de 12-7-2011, por el que se determina la estructura central y periférica, así como las sedes de las Consejerías del Gobierno de Canarias.

— Decreto 331/2011. 22-12-2011. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

— Decreto 332/2011. 22-12-2011. Modifica el Decreto 78/2007, de 18-4-2007, por el que se fija la jornada y el horario de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y se establece el sistema de gestión de los mismos.

— Decreto 333/2011. 22-12-2011. Adopta medidas coyunturales para la reducción del gasto público durante el año 2012.

— Resolución de 11-11-2011. Fecha de entrada en funcionamiento de la aplicación del procedimiento de presentación en entidades colaboradoras previsto en la Orden 27-5-2010 a los modelos 650, 651, 652 y 653 de autoliquidación del IS y D, al modelo 655 de liquidaciones practicadas por la Administración Tributaria Canaria en relación con este impuesto y al modelo 792 de liquidación de sanciones practicadas por la Administración Tributaria Canaria.

— Resolución de 15-11-2011. Crea y regula la sede electrónica y el registro electrónico de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural.

## CANTABRIA

— Ley 4/2011. 29-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2012.

— Ley 5/2011. 29-12-2011. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Orden 37/2011. 26-12-2011. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de los ITP y AJD e IS y D para el año 2012, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.727-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE, en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117 y 118 de la CE.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.728-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 todos ellos de la Constitución.

— Cuestión de Inconstitucionalidad 5.799-2011. Artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 CE.

## CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 15/2011. 15-12-2011. Emprendedores, Autónomos y PYMES.

— Decreto 303/2011. 22/12/2011. Establece las condiciones específicas a las que debe ajustarse la prórroga de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 2011 para 2012.

— Decreto 306/2011. 22/12/2011. Establece los requisitos y el procedimiento para la aplicación del índice corrector del margen de dispensación de las oficinas de farmacia que se regula en el artículo 2.8 del Real Decreto 823/2008.

— Decreto 311/2011. 29/12/2011. Modifica el Decreto 173/2009, de 10-11-2009, por el que se aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012.

— Decreto 312/2011. 29/12/2011. Regula, en el ámbito y organización de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el procedimiento para la concesión directa de las ayudas especiales previstas en el Real Decreto 196/2010, de 26-2-2010, por el que se establecen medidas para facilitar la reinserción laboral, así como el establecimiento de ayudas especiales a las personas trabajadoras afectadas por los expedientes de regulación de empleo 76/2000, de 8-3-2001, y 25/2001, de 31-7-2001.

— Orden 23-12-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los ITP y AJD para el año 2012.

— Orden 26-12-2011. Aprueba las normas para la aplicación de los medios de valoración previstos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17-12-2003, General Tributaria, a los bienes inmuebles de naturaleza urbana en el ámbito de los ISD e ITPAJD para el año 2012.

## CASTILLA Y LEÓN

— Ley 6/2011. 4-11-2011. Modifica la Ley 4/2002, de 11-4-2002, de Cooperativas de Castilla y León.

— Decreto 65/2011. 23-11-2011. Regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre.

— Decreto 67/2011. 15-12-2011. Aprueba el Reglamento General de la Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León.

— Decreto 69/2011. 22-12-2011. Crea el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de Castilla y León.

— Decreto 71/2011. 29-12-2011. Regula las condiciones de la prórroga de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2011.

— Orden 1412/2011. 31-10-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1413/2011. 19-10-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1414/2011. 6-10-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1554/2011. 24-11-2011. 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 1598/2011. 29-12-2011. Desarrolla el Decreto 69/2011, de 22-12-2011, por el que se crea el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de Castilla y León y se regula el procedimiento de inscripción y acreditación en el mismo.

## CATALUÑA

— Ley 9/2011. 29-12-2011. Promoción de la actividad económica.

— Ley 10/2011. 29-12-2011. Simplificación y mejora de la regulación normativa.

— Ley 11/2011. 29-12-2011. Reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa.

— Decreto-ley 2/2011. 15-11-2011. Modifica el TR de la Ley de protección de los animales aprobado por el Decreto Legislativo 2/2008, de 15-4-2008.

— Decreto-ley 4/2011. 20-12-2011. Necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria.

— Decreto 410/2011. 29-11-2011. Prestar el servicio de caja en las delegaciones territoriales de la Agencia Tributaria de Cataluña y en las oficinas liquidadoras.

— Decreto 413/2011. 13-12-2011. Reglamento del Consejo Técnico del Gobierno.

— Decreto 414/2011. 13-12-2011. Aprueba el Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

— Resolución de 2-12-2011. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 2-12-2011. Convoca el concurso ordinario número 283 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes.

— Resolución 2927/2011. 15-12-2011. Establece las restricciones a la circulación durante el año 2012.

— Conflicto Positivo de Competencia 5.431-2011 contra determinados preceptos del Real Decreto 775/2011, de 3-6-2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30-10-2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

## EXTREMADURA

— Decreto-ley 1/2011. 11-11-2011. Modifica la Ley 2/1998, de 26-3-1998, de Sociedades Cooperativas.

— Decreto 275/2011. 18-11-2011. Aprueba la alteración parcial de los términos municipales limítrofes de Higuera de Llerena y Maguilla, provincia de Badajoz.

— Decreto 277/2011. 18-11-2011. Creación de la Comisión de Racionalización y Eficiencia del Gasto.

— Decreto 302/2011. 23-12-2011. Modifica el Decreto 207/2011, de 5-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda.

— Orden 23-11-2011. 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.

— Orden 12-12-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de coste de la obra nueva de determinados bienes inmuebles radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación del ITP y AJD para los hechos imponibles que se devenguen en el año 2012, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 12-12-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2012 y que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el MEH.

— Orden 12-12-2011. Aprueba los precios medios en el mercado para estimar el valor real de determinados bienes rústicos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2012, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

— Orden 12-12-2011. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles de los ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2012, se establecen las reglas para su aplicación y se publica la metodología para su obtención.

GALICIA

— Ley 7/2011. 27-10-2011. Turismo de Galicia.

— Ley 8/2011. 9-11-2011. Plan Gallego de Estadística, 2012-2016.

— Ley 9/2011. 9-11-2011. Medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia.

— Ley 10/2011. 28-11-2011. Acción voluntaria.

— Ley 11/2011. 26-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012.

— Ley 12/2011. 26-12-2011. Medidas fiscales y administrativas.

— Decreto Legislativo 1/2011. 28-7-2011. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado.

— Decreto 218/2011. 17-11-2011. Regula la certificación gallega de competencias digitales en ofimática.

— Decreto 229/2011. 7-12-2011. Regula la atención a la diversidad del alumnado de los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Galicia en los que se imparten las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de educación.

— Orden 29-12-2011. Modifica la Orden 30-6-1992, de la Consellería de Economía y Hacienda, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia y se establece la utilización de efectos timbrados para el pago de las tasas por servicios administrativos de compulsa de documentos y de verificación de suficiencia y documentos acreditativos de legitimación.

— Resolución de 23-12-2011. Actualiza los Anexos V, VI y VII de la Orden de la Consellería de Economía y Hacienda, de 30-6-1992, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia y se establece la utilización de efectos timbrados para el pago de las tasas por servicios administrativos de compulsa de documentos y de bastanteo de poderes y documentos acreditativos de legitimación.

— Corrección de errores. Ley 5/2011. 30-9-2011. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

## LA RIOJA

— Ley 6/2011. 22-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para 2012.

— Ley 7/2011. 22-12-2011. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2012.

— Corrección de errores. Ley 7/2011. 22-12-2011. Medidas Fiscales y Administrativas para 2012.

— Orden 4/2011. 23-12-2011. Prorroga la vigencia de medidas excepcionales del plan de vivienda de La Rioja, 2009-2012, aprobado por el Decreto 22/2009, de 8-5-2009, modificado por el Decreto 53/2010, de 19-11-2010.

— Resolución de 21-10-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 14-10-2011, por el que se delega el ejercicio de la potestad sancionadora de las infracciones muy graves, atribuida en la Ley 2/2007, de 1-3-2007, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

## MADRID

— Orden 17-10-2011. Nombra Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 7-10-2011. Publica el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación y Administración General del Estado-Comunidad de Madrid en relación con la Ley 1/2011, de 14-1-2011, por la que se adapta la Ley 4/2003, de 11-3-2003, de Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid, al Real Decreto-ley 11/2010, de 9-7-2010, de Órganos de Gobierno y otros aspectos del Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorro.

MURCIA

— Ley 5/2011. 26-12-2011. Medidas fiscales extraordinarias para el municipio de Lorca como consecuencia del terremoto del 11-5-2011.

— Ley 6/2011. 26-12-2011. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012.

— Ley 7/2011. 26-12-2011. Medidas fiscales y de fomento económico en la Región de Murcia.

— Decreto 302/2011. 25-11-2011. Régimen Jurídico de la Gestión Electrónica de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Orden 22-12-2011. Aprueba los precios medios en el mercado de determinados inmuebles urbanos y rústicos radicados en la Región de Murcia para el 2012.

NAVARRA

— Ley Foral 15/2011. 21-10-2011. Deroga la Ley Foral 18/2001, de 5-7-2001, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo Audiovisual de Navarra.

— Ley Foral 16/2011. 21-10-2011. Deroga la Ley Foral 2/1985, de 4-3-1985, de creación y regulación del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Navarra, y se suprime dicho Consejo.

— Ley Foral 17/2011. 14-11-2011. Concede un crédito extraordinario de 1.390.291,72 euros como subvención a los partidos políticos para la financiación de los gastos electorales de las elecciones al Parlamento de Navarra de 2011.

— Ley Foral 18/2011. 30-11-2011. Modifica la dotación del Fondo de Participación de las Haciendas Locales en los Tributos de Navarra para los ejercicios 2011 y 2012.

— Ley Foral 19/2011. 28-12-2011. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2012.

— Ley Foral 20/2011. 28-12-2011. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto-ley Foral 1/2011. 6-10-2011. Aprueba diversas medidas para el cumplimiento del objetivo de déficit.

— Decreto Foral 230/2011. 26-10-2011. Aprueba el Reglamento de Ordenación de los Apartamentos Turísticos en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 237/2011. 9-11-2011. Modifica el Decreto Foral 128/2011, de 24-8-2011, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Administraciones Públicas e Interior.

— Decreto Foral 247/2011. 28-12-2011. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2012.

— Orden Foral 198/2011. 1-12-2011. Establece la estimación del importe del rendimiento íntegro correspondiente al arrendamiento, subarrendamiento o cesión del uso o disfrute de bienes inmuebles destinados a vivienda que, a efectos del IRPF, podrá realizar la Hacienda Tributaria de Navarra.

— Orden Foral 203/2011. 12-12-2011. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2012.

— Orden Foral 808/2011. 23-12-2011. Aprueba el calendario laboral del año 2012 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Acuerdo del Pleno del Parlamento de Navarra, por el que se convalida el Decreto-ley Foral 1/2011, de 6-10-2011, por el que se aprueban diversas medidas para el cumplimiento del objetivo de déficit.

## PAÍS VASCO

— Ley 1/1998. 6-2-1988. Deroga el artículo 53.3 de la Ley de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 3/1998. 27-2-1998. General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco.

— Ley 6/1998. 13-3-1998. Pesca Marítima.

— Ley 7/1998. 13-3-1988. Modificación de la Ley por la que se crea el Ente Vasco de la Energía.

— Ley 8/1998. 27-3-1998. Modificación de la Ley de creación del Ente Público Radio Televisión Vasca.

— Ley 10/1998. 8-4-1998. Desarrollo Rural.

— Ley 11/1998. 20-4-1998. Modificación de la Ley por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

— Ley 12/1998. 22-5-1998. Contra la Exclusión Social.

— Ley 13/1998. 29-5-1998. Tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 14/1998. 11-6-1998. Deporte del País Vasco.

— Ley 15/1998. 19-6-1998. Modificación de la Ley 5/1990, de 15-6-1990, de Elecciones al Parlamento Vasco.

— Ley 16/1998. 25-6-1998. Cofradías de Pescadores.

— Ley 17/1998. 25-6-1998. Voluntariado.

— Ley 18/1998. 25-6-1988. Prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

— Ley 19/1998. 29-6-1998. Ordenación Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 1/1999. 18-5-1999. Modificación de la Ley 18/1998, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

— Corrección de errores. Ley 1/1999. 18-5-1999. Modificación de la Ley 18/1998, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias.

— Ley 2/1999. 25-6-1999. Medidas complementarias en materia económica, presupuestaria y financiera para el ejercicio 1999.

— Corrección de errores. Ley 2/1999. 25-6-1999. Medidas complementarias en materia económica, presupuestaria y financiera para el ejercicio 1999.

— Ley 3/1999. 16-11-1999. Modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

— Corrección de errores. Ley 3/1999. 26-11-1999. Modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.

— Ley 4/1999, de 29-12-2011. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2000.

— Ley 1/2000. 29-6-1999. Modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi.

— Ley 2/2000. 29-6-1999. Transporte Público Urbano e Interurbano de Viajeros en Automóviles de Turismo.

— Ley 3/2000. 29-6-1999. Creación del Colegio de Ingenieros en Informática del País Vasco.

— Ley 4/2000. 30-6-2000. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1996.

— Ley 5/2000. 30-6-2000. Aprueba la liquidación de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi correspondientes al ejercicio 1997.

— Ley 6/2000. 4-10-2000. Modificación de la Ley 5/1990, de 15-6-1990, de Elecciones al Parlamento Vasco.

— Ley 7/2000. 10-11-2000. Modificación de la Ley 7/1994, de la Actividad Comercial.

— Ley 8/2000. 10-11-2000. Modificación de la Ley contra la Exclusión Social.

— Ley 9/2000. 10-11-2000. Modifica la Ley contra la Exclusión Social.

— Ley 10/2000. 27-12-2011. Carta de Derechos Sociales.

— Ley 2/2001. 30-11-2001. Determina la previsión de las aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002.

— Ley 1/2002. 23-1-2002. Presupuesto Ente Público Televisión Vasca.

— Ley 2/2002. 21-3-2002. De medidas presupuestarias.

— Ley 3/2002. 27-3-2002. Relativa al reconocimiento y compensación a quienes impartieron docencia en ikastolas con anterioridad a su normalización jurídica.

— Ley 4/2002. 27-3-2002. Aprueba el Plan Vasco de Estadística 2001/2004, y se modifica la Ley de Estadística de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Ley 5/2002. 4-10-2002. Segunda modificación de la Ley Reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco.

— Ley 6/2002. 4-10-2002. Metodología de distribución de recursos y de determinación de las aportaciones de las Diputaciones Forales a la financiación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aplicable al periodo 2002-2006.

— Ley 7/2002. 12-12-2011. Voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.

— Ley 8/2002. 27-12-2011. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2003.

— Ley 1/2003. 28-3-2003. Modificación de la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco en relación con la designación de interventores y apoderados.

— Ley 2/2003. 7-5-2003. Reguladora de las parejas de hecho.

— Ley 3/2003. 7-5-2003. Modificación de la Ley de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Ley 3/2004. 25-2-2004. Sistema Universitario Vasco.

— Ley 6/2004. 21-5-2004. Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea.

— Ley 7/2004. 30-9-2004. De segunda modificación de la Ley sobre Prevención, Asistencia e Inserción en materia de Drogodependencias.

— Ley 1/2005. 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo.

— Ley 2/2005. 17-2-2005. Plan Vasco de Estadística, 2005-2008.

— Ley 3/2005. 18-2-2005. Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

— Ley 4/2005. 18-2-2005. Igualdad de Mujeres y Hombres.

— Corrección de errores. Ley 4/2005, de 18-2-2005. Igualdad de Mujeres y Hombres.

— Ley 5/2005, de 29-12-2005. Aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2006.

— Ley 3/2011. 13-10-2011. Lanbide-Servicio Vasco de Empleo.

— Ley 4/2011. 24-11-2011. Modificación de la Ley para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social.

— Ley 5/2011. 22-12-2011. Modificación de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Ley 6/2011. 23-12-2011. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2012.

— Decreto 225/2011. 26-10-2011. Observatorio Vasco de Servicios Sociales.

— Decreto 231/2011. 8-11-2011. Comunicación Audiovisual.

— Decreto 242/2011. 22-11-2011. Aprueba el Acuerdo de 16-11-2011, de la Comisión Mixta de Transferencias, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de turismo.

— Decreto 268/2011. 20-12-2011. Colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo.

— Decreto Foral. Norma 2/2011. 20-9-2011. Aprueba determinadas modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

— Orden de 23-11-2011. Modificación de la orden sobre medidas financieras para rehabilitación de vivienda.

— Resolución de 5-10-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto Foral-Norma 2/2011, de 20-9-2011, por el que se aprueban determinadas modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

— Resolución de 3-11-2011. Dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación y Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 5/2010, de 23-12-2010, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011.

— Resolución de 21-11-2011. Corrige errores en la Resolución de 22-10-2010, por la que se establecen medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2011 en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 9/2011. 26-12-2011. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Corrección de errores. Ley 9/2011. 26-12-2011. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 10/2011. 27-12-2011. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012.

— Decreto 22/2011. 23-12-2011. Modifica el artículo 5 del Decreto 5/2011, de 21-6-2011, del president de la Generalitat, por el que se determinan las Consellerías en que se organiza la administración de la Generalitat.

— Decreto 182/2011. 25-11-2011. Aprueba los Estatutos de la Universidad Politécnica de Valencia.

— Decreto 194/2011. 16-12-2011. Modifica el Decreto 35/1986, de 10-3-1986, de creación de la Distinción de la Generalitat al Mérito Cultural.

— Decreto 197/2011. 23-12-2011. Modifica el Título IV del Decreto 75/2011, de 24-6-2011, del Consell, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Presidencia y de las Consellerías de la Generalitat.

— Resolución 37/VIII. 24-11-2011. Validación del Decreto-ley 2/2011, de 4-11-2011, de medidas urgentes de impulso a las implantaciones de actuaciones territoriales estratégicas.

## II. Información de actividades

### ARAGÓN

Los días 21 y 22 de septiembre, organizadas por las autoridades y corporaciones jurídicas de Aragón, entre las que se encuentra este Decanato, tuvieron lugar unas JORNADAS EN *HOMENAJE AL JURISTA JOAQUÍN COSTA, EN CONMEMORACIÓN DEL CENTENARIO DE SU FALLECIMIENTO,* con arreglo al siguiente programa:

Día 21:

Mesa redonda: *Joaquín Costa y la libertad civil.*

Ponentes: Don Fernando García Vicente, *Justicia de Aragón;* don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado del Tribunal Supremo, y don Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho Civil.

Moderador: Don Ángel Bonet Navarro, Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Día 22:

Mesa redonda: *Joaquín Costa y la reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia.*

Ponentes: Don Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Aragón; doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Registradora de la Propiedad de Zaragoza, y don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Moderador: Don Ignacio GUTIÉRREZ ARRUDI, Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

* * *

El día 5 de octubre, organizados por la Fundación Manuel Giménez Abad en colaboración con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tuvieron lugar los DIÁLOGOS: *LAS REFORMAS DEL ESTADO AUTONÓMICO. ACERCA DEL MONOGRÁFICO NÚMERO 151 DE LA REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, DEDICADO A LA REFORMA DEL ESTADO AUTONÓMICO.* En ellos intervinieron: doña Paloma BIGLINO CAMPOS, Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; don Antonio LÓPEZ CASTILLO, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid; don Luis ORTEGA ÁLVAREZ, Magistrado del Tribunal Constitucional, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha; don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid; don Javier TAJADURA TEJADA, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco; José TUDELA ARANDA, Letrado de las Cortes de Aragón, y don Eduardo VÍRGALA FORURIA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco.

* * *

Del 8 al 29 de noviembre tuvieron lugar, en Zaragoza y Teruel, los VIGESIMOPRIMEROS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS, organizados por *El Justicia de Aragón* y patrocinado, entre otros, por este Decanato, con el siguiente programa:

Día 8 (en Zaragoza):

«La mediación familiar».
Ponente: Doña M.ª Rosa GUTIÉRREZ SANZ, Profesora Titular de Derecho Procesal.
Coponentes: Doña Begoña CASTILLA CARTIEL, Abogada, y doña Carmen LAHOZ POMAR, Letrada del Gobierno de Aragón.

Día 15 (en Zaragoza):

«El Código de Derecho Foral de Aragón y sus Disposiciones Transitorias».
Ponentes: Don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Notario, y don José Antonio SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil.

Día 22 (en Zaragoza):

«Régimen de luces y vistas de Aragón».
Ponente: Ilmo. Señor don Juan Ignacio MEDRANO SÁNCHEZ, Magistrado, Audiencia Provincial de Zaragoza.
Coponentes: Don David ARBUÉS AÍSA, Abogado, y don José Luis ARGUDO PÉRIZ, Profesor Titular de Derecho Civil.

Día 29 (en Teruel):

«Régimen jurídico de las Sociedades Públicas Autonómicas».
Ponente: Doña Reyes PALÁ LAGUNA, Profesora Titular de Derecho Mercantil.
Coponentes: Ilma. Señora doña Elena MARCÉN MAZA, Magistrada de lo Contencioso-Administrativo, y el Excmo. Señor don Alfonso PEÑA OCHOA, Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón.

* * *

El día 17 de noviembre, dentro del SEMINARIO DE RÉGIMEN LOCAL, organizado por la Fundación Ramón Sáinz de Baranda, tuvo lugar la 1.ª Sesión, con el siguiente programa:

Información sobre: *Urbanismo, bienes locales, organización y empleados públicos y medio ambiente,* a cargo de doña Cristina MORENO CASADO, Secretaria General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón; doña María Josefa AGUADO ORTA, Jefa del Servicio de Licencias Urbanísticas de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza; don Eloy COLOM PIAZUELO, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y acreditado como Catedrático; doña Beatriz SETUAIN MENDÍA, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, y don Antonio Eduardo EMBID TELLO, Profesor Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

Ponencias:

— «La recuperación de costes de los servicios públicos y las actividades administrativas, tasas y precios», por don Ismael JIMÉNEZ COMPAIRED, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza.
— «Cambio climático y competencias municipales», por doña Blanca LOZANO CUTANDA, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco.

* * *

El día 12 de diciembre, la Fundación Manuel Giménez Abad, en colaboración con la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE, organizó la JORNADA: *TÉCNICA LEGISLATIVA,* con el siguiente programa:

— «El concepto de la ley, tipos y patologías: La fábrica de las Leyes», por don Javier García Roca, Director del Instituto de Derecho Parlamentario y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.
— «Técnica legislativa y seguridad jurídica», por doña Piedad García-Escudero Márquez, Letrada de las Cortes Generales y Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.
— «La racionalidad legislativa en Derecho Penal», por don José Luis Díez Ripollés, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.

* * *

El día 15 de diciembre, dentro del SEMINARIO DE RÉGIMEN LOCAL organizado por la Fundación Ramón Sáinz de Baranda, tuvo lugar la 2.ª Sesión, con el siguiente programa:

Información sobre *Aspectos financieros y presupuestarios, contratos y servicios, Derecho comunitario,* a cargo de don Ismael Jiménez Compaired, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza; don Joaquín Álvarez Martínez, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza y acreditado como Catedrático; don Jesús Colás Tenas, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Pedro Luis Martínez Pallarés, Letrado de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Sergio Salinas Alcega, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza, y doña María del Carmen Tirado Robles, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza.

Ponencias:

— «El régimen jurídico de la modificación de los contratos del sector público», por don Jesús Colás Tenas, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza.
— «El comercio ambulante y las competencias municipales», por don Tomás Cano Campos, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y acreditado como Catedrático.

MADRID

El día 30 de noviembre de 2011, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *DERECHO Y MORAL: UNA RELACIÓN DESNATURALIZADA.*

Ponente: Andrés Ollero Tassara, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Contraponente: Juan Antonio García Amado, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León.

* * *

El día 12 de diciembre de 2011, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tuvo lugar la PRESENTACIÓN DEL LIBRO: *ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE K. HESSE,* con la traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón y el epílogo de Miguel Azpitarte Sánchez.

El acto lo presidió el Presidente del Consejo de Estado, don Francisco Rubio Llorente.

Intervinieron:

Don Pedro Cruz Villalón, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y don Joaquim Gomes Canotilho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Coimbra.

* * *

El día 12 de enero de 2012, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *CAUSAS Y EFECTOS DE LA CRISIS: ECONOMÍA Y POLÍTICA.*

Ponencia:

— «El modelo inmobiliario español y sus consecuencias (económicas, urbano-territoriales ecológicas y sociales)», por José Manuel Naredo Pérez, Economista y Estadístico, Profesor *ad honorem* en la ETS de Arquitectura de Madrid.

Contraponencia:

— «La otra crisis: más allá de la crisis financiera», por Carlos Taibo Arias, Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Autónoma de Madrid.

VALENCIA

El día 9 de noviembre de 2011 se celebró en el Aula Magna de la Universitat de València el ACTO ACADÉMICO DE APERTURA DEL CURSO 2011-2012 DE LA CÁTEDRA BIENVENIDO OLIVER, puesta en marcha por los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en 1998 para contribuir a la formación de los estudiantes de Derecho en las áreas de Civil y Mercantil.

Auspiciada por el Decanato Autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana, la Cátedra Bienvenido Oliver está presente hoy en cinco universidades autonómicas: Universitat de València, UJI, Universidad de Alicante, Cardenal Herrera-CEU y Universidad Católica-San Vicente Mártir.

El acto ha estado presidido por la Vicerrectora de Comunicación y Relaciones Institucionales de la Universitat de València, Silvia BARONA, y la Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunidad Valenciana, M.ª Emilia ADÁN. Fernando P. MÉNDEZ, Registrador de la Propiedad y ex Decano del Colegio Nacional de Registradores, ha sido el encargado de impartir la *lección inaugural,* bajo el título «La función del Registro de la Propiedad en el sistema transmisivo».

Al acto académico asistieron las principales autoridades autonómicas en materia judicial, entre ellas la Presidenta del TSJ de la Comunitat Valenciana, Pilar DE LA OLIVA, o el Director General de Justicia, Julián Ángel GONZÁLEZ, así como Catedráticos, Registradores y Decanos de Derecho de las diferentes universidades que integran la Cátedra, cuya función es coordinar la formación docente y de investigación en materia de Derecho Inmobiliario Registral y Mercantil.

Como parte de su actividad docente, la Cátedra organiza periódicamente cursos, conferencias y jornadas, colabora con la universidad en créditos de libre configuración, imparte el *Practicum* para los alumnos de la Facultad de Derecho y ofrece becas para los alumnos que quieran participar de sus cursos.

* * *

Los días 15 y 16 de diciembre de 2011, se celebraron en la Universidad Politécnica de Valencia, Sala de Grados de la ETSIAMN, el V FORO INTERNACIONAL DEL OBSERVATORIO DE LEGISLACIÓN AGRARIA. XIV CONGRESO ESPAÑOL Y IV INTERNACIONAL DE DERECHO AGRARIO, *INCIDENCIA DE LA REFORMA DE LA PAC EN EL SECTOR AGRARIO,* organizado por esa Universidad en colaboración con la Universidad de Valladolid, el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, el Instituto de la Mujer y el Colegio de Registradores de la Propiedad de España, entre otros.

Proyecto de Investigación I+D+i: *Reformas legislativas para la igualdad efectiva de la mujer en la actividad agraria.*
Directores: Pablo Amat Llombart, UPV, y Esther Muñiz Espada, UVA.

Día 15: *UNA NUEVA PAC PARA EL PERIODO 2014-2020*

Acto de Inauguración por don Juan Juliá Igual, Excmo. Señor Rector Magnífico de la UPV, Autoridad del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Autoridad de la Generalitat Valenciana y Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad de España.

Ponencias:

— «Conocimiento e innovación en la nueva PAC», por José Abellán Gómez, Subdirector General de información al ciudadano, documentación y publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.
— «Tres líneas de actuación del Registro de la Propiedad español en pro de una agricultura sostenible», por Belén Madrazo Meléndez, Directora del Servicio Registral de Protección de Consumidores y Usuarios y Medio Ambiente.
— «La reforma de la PAC y su impacto en la agricultura mediterránea», por Juan Salvador Torres Domingo, Secretario General de AVA-ASAJA.
— «Derechos de propiedad sobre obtenciones vegetales. Licencias contractuales y explotación económica», por Rafael Grau Corts, Abogado. Presidente de la Asociación de Operadores de Variedades Vegetales.

Día 16: *EL DERECHO AGRARIO ESPAÑOL ANTE LOS RETOS DE LA PAC AYUDAS AGRARIAS, PAGO ÚNICO Y DESARROLLO RURAL.*

Ponencias:

— «La modificación de la PAC y su influencia en la agricultura andaluza», por Ramón Herrera Campos, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Almería.
— «La nueva PAC y las ayudas a los agricultores», por José María de la Cuesta Sáenz, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Burgos.
— «El desarrollo rural según la propuesta de reglamento comunitario de 2011», por Pablo Amat Llombart, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Politécnica de Valencia.
— «Aspectos jurídico-civiles de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», por Ángel Sánchez Hernández, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de La Rioja.

— «Regulación de los contratos agrarios», por Domingo BELLO JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Coruña.
— «Utilización del agua en agricultura: las comunidades de regantes», por José Antonio COBACHO GÓMEZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia.

Mesa redonda: *El papel de la mujer en el sector agrario y el desarrollo rural.*

— «La mujer rural en Francia, ¿un modelo a seguir?», por Leticia BOURGES, Secretaria General del Comité Europeo de Derecho Rural.
— «La mujer como agente para la cooperación y el desarrollo rural», por María José CAZORLA GONZÁLEZ, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Almería.
— «Mujer rural y cotitularidad de explotaciones agrarias», por Esther MUÑIZ ESPADA, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valladolid.

# INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sofía DE SALAS: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil,* Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, 205 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
*Catedrático de Derecho Civil*
*Emérito de la Universidad de Zaragoza*

## 1. CARACTERES GENERALES DE LA OBRA

Esta excelente monografía de la civilista cesaraugustana corre el riesgo de que algún lector apresurado deslice su vista por encima del título —breve y conciso, por exigencias editoriales—, y traduzca mentalmente, y con descuido, *discapacidad* por *incapacidad*, y luego tampoco reflexione sobre la esencial referencia registral, y que, como resulta habitual, lo interprete como algo accesorio, adjetivo o secundario, y, por supuesto, de menor enjundia jurídica que lo jurídicamente sustantivo. Me apresuro a advertir a tan ligero ojeador de libros nuevos —acaso amante de las novedades legislativas—, que se trata de un libro *anticipativo,* con no pocas dosis de *provocador,* que viene avalado por una persistente y loable *dedicación* vocada a perfilar adecuadamente una situación de la persona humana, sobre la que la sensibilidad social requiere cada vez mayor atención; tema no carente de dudas e interrogantes, pero que aparece hoy día en el telón de fondo de las preocupaciones de nuestros conciudadanos; es decir, se estaría, para unos, ante la prevista y anunciada, y, para otros, de la temida, sorpresiva o inesperada, *crisis del estado del bienestar.*

Añado por cuenta propia que la *Convención de Naciones Unidas de los derechos de personas con discapacidad (International Convention on the Rights of Persons with Disabilities),* ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (publicada por el *BOE* de 20 de abril de 2008) y su *Optional Protocol*, ratificado en la misma fecha (publicado en el *BOE* de 22 de abril de 2008), bien pudieran calificarse, en cuanto a sus efectos entre nosotros, como de un verdadero *tsunami* jurídico, casi un movimiento telúrico similar al de Fukushima, capaz de conmocionar a los poderes judicial y legislativo de nuestro país, dando ocasión a que también se dispararan alarmas en las sedes de Asociaciones y ONG's interesadas en aquel tema, que acto seguido se han puesto a trabajar febrilmente exigiendo oportunamente el inmediato desarrollo de la Convención de Nueva York de 2006, en el derecho interno.

Alguna menor resonancia social y, acaso, jurídica —en mi opinión—, ha producido entre nosotros la promulgación de la Ley 21/2011, de 21 de julio, del

Registro Civil, la tercera norma estatal básica desde que en 1870 cesó de admitirse por el Estado la eficacia general de los seculares Registros Parroquiales de la Iglesia católica. Ahora se instaura así un sistema de registro individual basado en una ficha personal única en la que se reflejará el historial civil de cada persona desde su nacimiento; además, la inscripción irá acompañada de la asignación de un Código Personal, que servirá para todos los trámites que la persona precise realizar con el Registro Civil. En la *centralización* y *desjudicialización* se cifran ser sus notas esenciales, lo que representa, sin duda, un giro copernicano sobre la concepción teórica y práctica del Registro Civil todavía vigente, que la informática hace posible y viable; por más que el legislador se esfuerce por seguir hablando —¿para no inquietar a la opinión pública?— de una cierta *continuación de principios inspiradores* (legalidad, publicidad, presunción de exactitud y de integridad, etc). Habría que subrayar la laudable prudencia legisladora al señalar, por otra parte, una prolongada y desusada *vacatio* de tres años (salvo puntuales excepciones) que permitirá preparar adecuadamente la necesaria infraestructura organizativa, sin olvidar —en mi opinión, cautela imprescindible—, la urgente *pedagogía* del ciudadano de a pie, destinatario principal de la innovación legislativa. Mirando retroactivamente, lo menos que puede desearse a la LRC de 2011, es que no se pierda nunca de vista la correspondencia con la regulación sustantiva de la institución de que se trate, que se respete siempre, normativamente, el principio de legalidad (no encomendando nunca al Reglamento la función de ensayar por esta vía indirecta, fórmulas novedosas), y que se adiestre debidamente al nuevo cuerpo de funcionarios especializados (que, además de buenos conocedores del Derecho Administrativo, lo sean también en Derecho Civil, y, singularmente, del derecho de la persona y de la familia).

Probablemente el mayor mérito, al tiempo que óptima garantía ofrecida por la autora al redactar la monografía, sea su precedente y extensa dedicación al tema de la *discapacidad*, propugnando insistentemente su oportuno tratamiento legal; por una parte, coherente y riguroso, y por otro, abierto y flexible, capaz de abarcar la enorme variedad de situaciones en las que hoy puede encontrarse la persona considerada bajo ese prisma, ciertamente, sin tener que sujetarse servilmente a las categorías clásicas, pero sin renunciar a la necesaria claridad conceptual y seguridad de los instrumentos jurídicos aplicables. Amplitud de criterio y audacia en los enfoques, sin renunciar a una crítica razonable de algunas supuestas soluciones avanzadas ofrecidas por la doctrina o el legislador. Atenta siempre, como demuestra estarlo, a la evolución histórica de las instituciones familiares, lo cual le permite sostener criterios interpretativos realistas y ajustados a las circunstancias. Añádase, por último que su intenso y constante contacto con la realidad social la autorizan, eventualmente, a descalificar o desaconsejar, si es caso, nuevas vías legales, aunque aparezcan, eventualmente, recogidas o auspiciadas en la nueva normativa registral.

## 2. CONTENIDO

Aparte un clarificador *Prólogo* de la Profesora M.ª Ángeles Parra Lucán, Directora del Departamento de Derecho Privado de Zaragoza, que cumple a la perfección su finalidad de introducir al lector en el marco doctrinal y legislativo en que discurre la monografía, esta se divide en los siguientes apartados, de inevitable desigual extensión: Introducción, Coordenadas generales sobre el Registro Civil en relación a la discapacidad, Reflejo registral de diferentes si-

tuaciones o hechos jurídicos relacionados con la discapacidad de la persona, Centralización y coordinación de los asientos registrales sobre discapacidad y Bibliografía citada.

Advierte la autora que, aunque algunas enfermedades o deficiencias de tipo físico o sensorial pueden incidir en el autogobierno, es claro que son los diversos trastornos, deficiencias y enfermedades que afectan al ámbito que generalmente se adjetiva como *mental* los que asumen el protagonismo en la mayoría de los casos. La necesaria publicidad de tales situaciones ha sido objeto recientemente de regulación por la Ley 1/2009, que se refiere a la publicidad de las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar y de sus correspondientes regímenes de guarda legal a través del Registro Civil. Aunque —remarca la autora—, las aspiraciones de dicha norma se dirigen a un objetivo largamente anhelado por los sectores implicados, a saber la coordinación entre todos los Registros Civiles y, a su vez, entre estos y otros organismos que, de alguna forma, dan razón o noticia de estas situaciones. Por otro lado, la profunda reforma y modernización a que ha sometido al Registro Civil la Ley 21/2011, de 21 de julio, afecta a su organización territorial e interna, pero —entiende— no a lo esencial de su función. Se ha pasado, así, de un registro de hechos a un registro de personas, de modo que el Registro Civil se configura como una base de datos única que pretende garantizar la unidad y seguridad de la información y la eficacia en la gestión (las Administraciones Públicas tendrán acceso —¿sin riesgo para el derecho fundamental a la privacidad de los inscritos?— a la información registral necesaria para el ejercicio de sus funciones).

Pero, a su juicio, nada de esto afecta a la función de la institución, que permanece inalterada, aunque enormemente facilitada y mejorada, pues no se limita a albergar datos referentes al estado civil, sino que tiene un ámbito de aplicación aún más amplio, como ha venido haciéndolo últimamente el Registro Civil, y se confirma y extiende en la nueva ley. Aunque la obra se centra en el Derecho estatal (véase el art. 149.1.8.º CE), no faltarán referencias a las especialidades de los Derechos Civiles autonómicos (como el aragonés y el catalán, singularmente).

En breves páginas (*op. cit.*, págs. 25-32) trata de explicar el concepto de *discapacidad* que utilizará en adelante, afirmando que solo por inercia puede seguir equiparándose en el ordenamiento español al de *incapacitación*, entendido como el estado civil de una persona que en calidad de tal accede a los libros del Registro Civil, invocando el artículo 12 del CNUDPD, ratificado por España, en el que se alude a *medidas de salvaguardia adecuadas y efectivas*, que en ningún momento se configuran como un estado civil propio. En definitiva, y al margen de que exista alguna incertidumbre interpretativa, la autora se propone examinar otras instituciones nacidas en el marco de la discapacidad que, aun accediendo al Registro Civil, carecen de la consideración de estado civil. Así la monografía se centrará: 1) en las modificaciones judiciales de la capacidad de obrar de la persona, con su correspondiente asignación de régimen de guarda legal; 2) las situaciones de incapacidad natural que van acompañadas de una guarda de hecho; 3) los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, no siempre incapacitadas; 4) los apoderamientos preventivos, y 5) la asistencia de Derecho catalán. El análisis de la publicidad de estas figuras se hace bajo la óptica de la Ley 1/2009, la LRC de 2011, y la incidencia de la CNUDPD, que ha marcado un hito a nivel universal en el enfoque legislativo de las cuestiones relativas a este colectivo. A juicio de la autora, se ha efectuado un tránsito desde lo benéfico-asistencial a la proclamación de un *derecho subjetivo de ciudadanía* (Ley 39/2006).

Pero la Ley 1/2009, en su Disposición Final 1.ª, instó al Gobierno a que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor remita a las Cortes Generales un Proyecto de ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de *modificación de la capacidad de obrar,* para su adaptación a la CNUDPD, que hasta el momento no se ha cumplido.

Entiende la autora que el proceso de coordinación registral de la discapacidad finalizará con la efectiva puesta en marcha de la LRC 2011, mediante la configuración del ya descrito *registro individual completo y único,* lo que supone apertura del RC a figuras e instituciones alternativas a la incapacitación. Otorga gran relevancia a la propuesta del MF —un tanto supervalorada, sin embargo, a mi juicio— en el litigio que fue resuelto por la STS de la Sala 1.ª, de 29 de abril de 2009, pese a que esta confirmó que el sistema español de incapacitación respeta los principios constitucionales y es acorde con el sistema de la CNUDPD. Por lo demás, es consciente de que la cuestión no resulta pacífica, ofreciendo en amplia nota un estado de la cuestión. Adoptando, por su parte, una óptica dinámica, opina que «un observador […] percibe que junto a las instituciones más clásicas de corte proteccionista y limitador (limitaciones favorecedoras de la persona, pero limitaciones a la postre), es preciso incorporar como principio coinspirador —plasmado en decisiones concretas— de la regulación jurídica de la situación de las personas con discapacidad, el de promoción de la autonomía y ello tanto con carácter vital […], cuanto con carácter jurídico. Esto último, a su vez, presenta varias facetas: la revisión de los procedimientos de modificación de la capacidad jurídica de obrar, previsiblemente presididas por el principio de menor intervención; la promoción de medidas que, constituyendo apoyos o *salvaguardias* efectivas, no supongan tal modificación; y en lo que a este trabajo compete, la necesaria publicidad de dichas situaciones a través del Registro Civil. Publicidad […] que se presenta como un instrumento imprescindible para la efectividad de dichos apoyos» (*op. cit.,* pág. 30). Clara exposición de objetivos, con declarado talante reformador que quiere hacerse presente en el singular momento legislativo español de nada sencilla predictibilidad (necesidad de un estudio a fondo —todavía no realizado— del Convenio de NY, redactado acaso con mentalidad jurídica y médica anglosajona y, sobre todo, *pensado en inglés*, por juristas de no refinada técnica jusprivatista; previsible cambio de orientación política nacional que no debe suponer *hacer tabla rasa* de las reformas en curso que se acrediten como beneficiosas para el bien común de la sociedad, y consabida restricción presupuestaria cuyos momentos álgidos vivimos con preocupación, y que puede aconsejar retrasar más todavía la necesaria preparación de infraestructuras de las reformas ya aprobadas). Con todo sigue siendo patente la inmediata utilidad de la presente obra (tramitación de los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, cuestiones relativas a libros no digitalizados conforme a las Disposiciones Transitorias 4.ª y 5.ª de la Ley de 2011, etc.).

También breves, aunque sustanciosas, resultan las páginas 33-61, dedicadas a describir las coordenadas generales del Registro Civil y de sus asientos, en relación con la discapacidad, con referencia no solo al Derecho transitoriamente en vigor, sino a la nueva Ley de 2011. Pero la parte más extensa y de mayor utilidad práctica es la relativa al estudio minucioso sustantivo-registral de las figuras jurídicas relacionadas con la discapacidad, en el que resplandece la solidez de la formación civilista y familiarista de la autora, y su dominio de la técnica registral, tanto en sus vertientes actuales como futuras. Puede decirse que ningún resquicio de la normativa legal sobre las instituciones tutelares deja de

ser iluminado por la profesora Sofía DE SALAS, y lo mismo puede predicarse de figuras tales como los poderes preventivos, el patrimonio protegido del discapaz, y el singular y en buena parte novedoso apartado dedicado a la guarda de hecho y a la asistencia catalana.

## 3. AL MODO DE VALORACIÓN CONCLUSIVA

En parte se deduce de lo hasta aquí escrito. Monografía oportuna y seriamente documentada, escrita con buena dosis de entusiasmo y esperanza, que enriquecerá debidamente el nutrido *curriculum* de la autora y contribuirá a facilitar la exégesis del nuevo texto registral en situación de prolongada *vacatio legis*. Juicio favorable que no empece las dudas y reservas que el recensor alberga respecto de algunas de las normas legales últimamente promulgadas, que la autora maneja con destreza, y de las —en apariencia— apresuradas deducciones que algunos propugnan de determinados textos internacionales suscritos por nuestro país. Para futuras ediciones sugeriría a la autora que enriqueciera la obra con indicaciones comparativas de los países de nuestro entorno (1).

* * *

Ramón DURÁN RIVACOBA, *Donaciones encubiertas,* Bosch, Barcelona, 2009, 138 págs.

por

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil*
*Universidad de A Coruña*

La sentencia emitida por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 2007, que unifica la doctrina relativa a las donaciones encubiertas, es el elemento catalizador que estructura la monografía que se reseña. Ahora bien, el autor, para ofrecer al lector no iniciado un marco que le permita atisbar la trascendencia de la citada resolución, examina —estructurados en seis capítulos de diferente extensión—, las cuestiones básicas concernientes a tales donaciones.

Los dos primeros capítulos destacan la importancia que actualmente tienen las donaciones disimuladas bajo compraventa simulada —según se señala, constituye uno «de los fenómenos jurídicos más persistentes del Derecho español»—. Asimismo, también se señalan algunas de las razones que inducen a «esconder» bajo la forma de la compraventa un negocio jurídico de donación y que son de

(1) Para Francia, sin ir muy lejos, le sería probablemente de utilidad consultar el núm. 7-8, juillet-août de 2011, de la revista *Droit de la Famille,* y, en particular, MALAURIE, *Dépendance des personnes âgées et solidarité*, pág. 30 y sigs., en donde puede comprobar que los franceses nos llevan alguna ventaja en la regulación sustantiva del tema objeto de la monografía recensionada, con la publicación de su Ley de 20 de julio de 2001 sobre el APA (*allocation personnalisée d'autonomie*).

lo más variado. Según apunta el autor, y tras efectuar un exhaustivo análisis jurisprudencial, los motivos más comunes son de carácter económico —una menor tributación—, de oportunidad —eludir disputas familiares— o responden a la intención de efectuar adelantos sucesorios.

Una consecuencia lógica del interés de las partes en *ocultar* el negocio jurídico es que las pruebas de tal simulación han de efectuarse por la vía indirecta de las presunciones (cfr. STS de 18 de marzo de 2002). Y entre otros hechos indiciarios en la obra se analizan: que el negocio se desarrolle en el ámbito familiar más íntimo; la falta de necesidad de los padres de vender; la conveniencia de que los bienes salgan formalmente del patrimonio de los padres; la falta de acreditación de la entrega del precio; o, en fin, que exista un precio reducido en relación con el valor real de los bienes (cfr. STS de 19 de diciembre de 1988). En cualquier caso, los indicados elementos han de ser probados, siendo frecuente que no baste una única presunción —de manera señalada, cuando se trata del precio—.

Un problema parcialmente conectado con lo anterior es que el juzgador se «apegue» demasiado a los hechos del caso a fin de obtener una solución materialmente justa, aun a costa del rigor jurídico en la aplicación de la ley. La denuncia de esta realidad constituye un *leit motiv* que se repite periódicamente a lo largo de la monografía: la estrecha relación de los presupuestos fácticos del litigio con el resultado, que acaban asomando en el régimen jurídico abstracto, por completo pervertido a expensas del hecho.

Los siguientes capítulos efectúan un prolijo examen de las dos tesis jurisprudenciales existentes hasta 2007 y que reclamaron imperiosamente la unificación que llevó a cabo el Tribunal Supremo por medio de la sentencia citada. De un lado, las resoluciones que niegan la validez de la donación encubierta en escritura pública de compraventa al considerar que las formalidades del negocio aparente no satisfacen las del negocio encubierto: al no existir escritura pública de donación como tal no hay ni la necesaria voluntad de donar —*animus donandi*— ni la de aceptar por el donatario (cfr. art. 633 CC). Y de otro lado, el sector que reconoce validez a tales negocios encubiertos sobre la base de que si, bajo el negocio simulado, existe el disimulado, la forma de aquel será la propia de este último; y si coincide que es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, se cumple entonces con el requisito formal correspondiente.

Dentro de la primera corriente jurisprudencial, tres han sido las causas de nulidad más comunes: la carencia de forma, la falsedad de la causa o los motivos ilícitos, y las dificultades de existencia de una aceptación «a título de liberalidad». Por lo que se refiere a la forma, en la obra se justifica su necesidad —con cita de una sentencia de 5 de noviembre de 1956—, pues sirve para «proteger al transferente de sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores, contra las lesiones de los derechos que (...) le confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición de apariencia precaria». La lógica consecuencia de tal necesidad es que no resultará válido el negocio disimulado cuando no cumpla los requisitos que exige el artículo 633 del Código Civil: bien porque el negocio no conste en escritura pública, bien porque en él no figure el *valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*. Entonces, resultará nula por ausencia de la forma debida, cualquier liberalidad sobre bienes inmuebles en la que el *animus donandi* no se refleje *expressis verbis* en una escritura pública de donación.

En segundo lugar, del Código Civil se deduce que para que los negocios disimulados sean válidos han de tener una causa verdadera y lícita (art. 1.276 CC), pues, de lo contrario, se reconocerá la simulación absoluta y la subsiguiente nulidad del acto. En este ámbito, y por lo que se refiere a las donaciones encubiertas,

en la obra se critican algunas sentencias que «buscaron soluciones equitativas pero injustas» perpetrándose, de buena fe «flagrantes injusticias». A juicio del autor, ello se debía a que se fijaban más en los requisitos de fondo que de forma, pues de atender a estos, la donación resultaría nula por incumplimiento de las formalidades exigidas. En cualquier caso, ya se trate de una jurisprudencia que atienda más al fondo que a la forma, ya que interprete de manera «extensiva» el artículo 1.276 del Código Civil, el Tribunal Supremo ha exigido para la validez del negocio encubierto, la justificación de una causa verdadera y lícita (cfr. STS de 13 de mayo de 1965). Lo que, tal y como se analiza detalladamente en la monografía, han de ser las que no supongan fraude; fundamentalmente: que no eludan las prohibiciones de disponer, no supongan perjuicio para los derechos de los legitimarios, no conlleven lesión a los acreedores o no impliquen quiebras de las cargas impositivas.

La tercera razón que más comúnmente condujo a decretar la nulidad de las donaciones encubiertas ha sido la de no reconocer que la aceptación que se contenía en la escritura simulada de compraventa onerosa se efectuaba a «título de liberalidad». El consentimiento concedido en la compraventa no satisfaría entonces la aceptación que exige el artículo 633 del Código Civil para las donaciones inmuebles; tal aceptación ha de ser específica como acto gratuito, lo que de suyo parece impedir las fórmulas encubiertas. Y es que si el mencionado es un requisito que se exige para las «donaciones puras, con más razón en las encubiertas, pues no se les puede dar, aun encima, un trato de favor» (STS de 9 de diciembre de 1959). En efecto, en tales supuestos, la aceptación que tiene lugar, responde, al menos externamente, a un negocio de clase distinta de lo pretendido. De todas maneras, aun en este punto, la jurisprudencia ha sido ciertamente vacilante, pues en ocasiones han apreciado el *animus donandi* en compraventas simuladas (cfr., *ad ex.*, la STS de 3 de diciembre de 1988).

El otro sector jurisprudencial anteriormente mencionado —que, en algunos casos, se ha denominado como «flexible»— ha admitido la validez de las donaciones encubiertas, de manera especial cuando de donaciones remuneratorias se trata. Con todo, a juicio del autor, ello se ha hecho muchas veces con «razonamientos restrictivos y temerosos en cuanto a una posible aplicación general de tales pautas». Lo que se debía, en no pocos casos, a la preponderancia que se concedía a los supuestos fácticos del caso, así como a un estudio conjunto de los componentes formales y de fondo, «que apuntaban en la dirección permisiva por razones de justicia material». Así, en unos casos, junto con la admisión de causa lícita fundada más sobre la falta de oposición de la otra parte que sobre su cumplida prueba, se examinaron de manera superficial los requisitos de la donación admitiéndose su validez (STS de 29 de enero de 1945); y, en otros, de la exclusión del ánimo defraudatorio por falta de prueba se coligió la validez de la donación oculta (STS de 19 de noviembre de 1992). Otra de las razones que ha llevado a esta jurisprudencia permisiva a admitir la validez de las donaciones encubiertas ha sido una «flexibilización» del requisito de la forma —excesiva, a juicio del autor—, admitiéndose que la forma propia del negocio disimulado sea la propia del simulado, cuya validez dependerá de que cumpla con lo exigido por la ley para el tipo de negocio de que se trate. En tal caso, aparecerán «cumplidas las exigencias formales del artículo 633 al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores»(STS de 23 de septiembre de 1989). Lo que supone, según critica el autor, eliminar el propio fenómeno encubridor —y su sentido— al defenderse

que la exteriorización jurídica de ambos actos es idéntica, con los perjuicios que ello conlleva.

Si el criterio anterior resulta amplio, más lo ha sido en los supuestos en que las donaciones se efectuaban para remunerar un servicio ya prestado, pues, a juicio de esta jurisprudencia, el servicio previamente realizado parece que justificaría de alguna manera el ánimo encubridor. En tales casos, «ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de abonar y aceptar la donación deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado» (STS de 31 de mayo de 1982).

Examinados los dos criterios jurisprudenciales contrapuestos y efectuadas las críticas pertinentes, el último capítulo se dedica al análisis de la significativa sentencia de 11 de enero de 2007, que ha venido a poner orden y unificar criterios en esta materia. Eso sí, la exigua mayoría que respaldó el fallo y la existencia de un voto particular suscrito por varios magistrados, evidencia la dificultad de que exista unanimidad respecto del alcance de los requisitos de las donaciones y de la validez de las encubiertas.

El examen del fallo muestra claramente que supone una recuperación del *criterio estricto* sobre la forma, de manera que una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumplirá los requisitos que exige el artículo 633 del Código Civil —criterio que no es, ni más ni menos, sino lo que señala la ley—. Este razonamiento habrá de conllevar dos consecuencias que son objeto de análisis detallado en la monografía. Primera: la aplicación de la norma eliminará la resolución de los pleitos por las circunstancias extrajurídicas del caso, con el consiguiente refuerzo de la seguridad jurídica. Y segunda: tampoco resultará preciso establecer un «régimen especial» para las donaciones remuneratorias pues, sobre la base de que el artículo 633 del Código Civil no lo realiza, lo que guía el *animus donandi* en tales casos es el móvil remuneratorio, que, de suyo, es irrelevante para el Derecho al no afectar a la causa.

La obra se cierra con el estudio detenido del voto particular existente en la resolución de 2007, que también defiende la nulidad de la donación en el caso enjuiciado aunque por un motivo diverso: no por falta de forma si no por el fraude ínsito en la operación. La argumentación en que se apoya el fallo es duramente criticada por el autor, al entender que, nuevamente, conlleva defender una preponderancia de las circunstancias del caso, lo que «produce frutos concretos en el horizonte de la justicia material, pero causa estragos desde la óptica de la coherencia jurídica». Asimismo, se señala que su aceptación generalizada, esto es, «el criterio favorable a la donación disimulada, propiciaría por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impondría la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos o para que sean respetados».

Según se advierte de lo expuesto, la monografía está correctamente estructurada pues, por la forma y el fondo, también permite al lector inexperto hacerse cargo de la problemática que subyace en las diversas soluciones jurisprudenciales. A la vez, la abundancia de resoluciones citadas o transcritas permite forjarse una acabada visión de la materia. En suma, se trata de una obra rigurosa y de inexcusable lectura para todo aquel que quiera conocer el *status quaestionis* de las donaciones encubiertas.

* * *

Sergio CÁMARA LAPUENTE (director), *Comentarios a las normas sobre protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, editorial Colex, Madrid, 2011, 2395 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
*Abogada*
*Doctorando en Derecho*

Se aborda en este libro el interesante cometido de analizar la normativa relativa a la protección de los consumidores y usuarios. La refundición normativa llevada a cabo por el Real Decreto-ley 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 demandaba un análisis minucioso y crítico de las normas reguladoras de esta materia.

En España existe una opinión doctrinal mayoritaria que niega la posibilidad de una codificación total de las normas de protección de los consumidores, basándose en diferentes argumentos como la difícil delimitación normativa entre las competencias estatales y autonómicas, la pluralidad de fuentes de la regulación sectorial dentro del propio Estado, la necesidad de coordinar esa regulación con una reforma amplia del Derecho Privado general o la dudosa duración temporal que acompañaría a dicho esfuerzo armonizador, sin embargo, teniendo en cuenta los ejemplos que nos da el Derecho Comparado y el nacional hay quien afirma que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha realizado una codificación parcial que supone un paso adelante para la elaboración de un «Código de Consumo». Las dificultades que ello plantea no debe ser obstáculo para buscar una mayor sistematización y armonización de las soluciones legales en aras de conseguir la seguridad jurídica.

Con este espíritu nació la idea de este libro, que tiene como objetivos ser de utilidad a quienes por su condición de consumidores necesitan comprender las reglas analizadas, así como ser un medio para allanar el camino legislativo hacia reformas que nos permitan alcanzar un sistema jurídico de protección de los consumidores que sea avanzado y fiable.

La obra objeto de esta recensión tiene la importancia y, al mismo tiempo el acierto de ser la primera que sistematiza en un solo volumen un comentario, artículo por artículo, no solo de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino también del resto de leyes especiales de protección de los consumidores, con independencia de que tengan o no cuño comunitario. Hasta ahora no había existido en la bibliografía española ninguna obra que recogiera en un solo volumen una *pequeña «biblioteca» de comentarios a las leyes especiales y otras normas de consumo,* con ello se facilita la información al lector que de otro modo tendría que buscar en diferentes manuales.

Para la consecución de dicho objetivo se ha contado con la participación de especialistas en la materia, algunos de ellos forman parte del Proyecto de Investigación I+D (DER 2008-02325) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado *Hacia un Código de consumo en España y en Europa: la revisión de las normas de protección de los consumidores*, del que es investigador principal el profesor doctor CÁMARA LAPUENTE.

Desde el punto de vista metodológico destacamos su orientación práctica más que dogmática, en el análisis de cada precepto se han tratado de abordar los aspectos especialmente conflictivos, examinando de modo exhaustivo las tendencias jurisprudenciales citando detalladamente las resoluciones judiciales pertinentes y, como contrapunto, se sintetizan las diferentes opiniones doctrinales destacando las más importantes.

Teniendo en cuenta que muchas de nuestras normas nacionales tienen su origen en normas comunitarias, se presta una particular atención al Derecho de la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento jurídico español. Así, el Derecho comunitario ha incidido en esta investigación en los siguientes sentidos: sirviendo para verificar que la transposición española de la correspondiente Directiva es correcta y, en caso contrario, proponer una interpretación uniforme; para cotejar las soluciones legislativas y jurisprudenciales españolas con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; sirviendo para prestar atención a las propuestas de reformas de las Directivas de Consumo que actualmente se están gestando en la Comisión Europea y para interpretar las normas comunitarias unificadas sobre Derecho Internacional Privado aprobadas por Reglamentos de la Unión Europea en lo referente a la competencia judicial y a la ley aplicable en relaciones de consumo o en obligaciones extracontractuales en las que el hecho dañoso afecta a un consumidor.

Las Leyes que son objeto de análisis son: el Real Decreto-ley 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, se analizan todos los artículos comprendidos en los cuatro libros, que son Disposiciones Generales, contratos y garantías, responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y viajes combinados, así como sus Disposiciones Transitorias y Finales.

También se analizan la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo; la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; la Ley 49/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamientos de vehículos; la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución de precio; y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de dichos contratos. En todos estos casos se resaltan los aspectos que afectan a la defensa de los consumidores y usuarios refiriéndose esquemáticamente a aspectos más generales.

Son también objeto de análisis, la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, general de publicidad; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en estos casos se han seleccionado para su comentario los artículos específicamente destinados a la defensa del consumidor.

Junto a las normas de rango legal también se analizan el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo, así como la modificación introducida en dicha norma por Real Decreto-ley 863/2009, de 14 de mayo.

Son objeto de comentario los siguientes Reglamentos de la Unión Europea, en ellos se han seleccionado los preceptos que contienen normas de Derecho Internacional Privado relacionadas con el estatuto del consumidor: el Reglamento 44/2001 (Bruselas I), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el Reglamento 864/2007 (Roma II), relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, así como el Reglamento 593/2008 (Roma I), sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Con la finalidad de poder comentar en un solo volumen las normas de consumo vigentes en España, se prescinde del comentario a otras normas nacionales de rango reglamentario a las que, no obstante, se presta atención al hilo de las normas de rango legal examinadas.

Cada artículo comentado va precedido de una referencia relativa a su origen y sus concordancias, seguido del comentario en sí del articulado; al final de cada artículo se hace una referencia a la jurisprudencia (TJCE, TS, TC) para cuyas citas se sigue un tratamiento lo más exhaustivo posible y se cita también una bibliografía completa y detallada de cada artículo comentado.

En diciembre de 2009, cuando la obra ya estaba en fase de edición final, se promulgaron dos leyes que repercuten en la protección del consumidor: son la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (transposición de la Directiva 2006/123/CE), y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (transposición de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales), que ha modificado casi una decena de los artículos del Texto Refundido. Ambas se han tenido en cuenta en la realización de esta obra, lo que obligó a los autores a redactar nuevamente algunos comentarios especialmente, aunque no solo, en el TR de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y en la Ley General de Publicidad y, que gracias a su diligencia se han incorporado a la misma.

Finalmente señalar que se trata de una obra colectiva dirigida por el profesor doctor Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja y, que ha sido mi compañero de promoción en la Universidad de Navarra, con el que he compartido pupitre y horas de clase, por lo que me alegro aún más si cabe de todos sus éxitos profesionales.

Esta obra es una muestra más de la solidez de su línea de investigación, por lo que solo nos queda felicitar a sus autores por su brillante aportación doctrinal hecha desde el rigor intelectual y que nos aporta un manual de imprescindible consulta para todos los profesionales del Derecho y para quienes, por su condición de consumidores, se ven en la necesidad de comprender las reglas analizadas en este libro.

# REVISTA DE REVISTAS

## ANUARIO DE FACULTADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Número 15 (2011)

«Los caracteres del acto administrativo y el efecto suspensivo de los recursos administrativos», por Leonardo F. Massimino, pág. 17.

«La argumentación en el contencioso-administrativo», por José Luis Meilán Gil, pág. 35.

«El derecho al agua en la legislación española», por Ángel Menéndez Rexach, pág. 55.

«El marco constitucional del Derecho Administrativo (el Derecho Administrativo Constitucional)», por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, pág. 87.

«Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Un reto para la buena Administración», por José Ron Romero, pág. 103.

«La diversidad en los entes intermedios: la provincia y las nuevas veguerías tras el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una aproximación a las comarcas en Galicia», por Francisco Sánchez González, pág. 129.

«El acceso a la información pública en el Uruguay», por Pablo Schiavi, pág. 147.

«La emancipación de hecho desde el artículo 319 del Código Civil», por Inmaculada García Presas, pág. 179.

«Pobo, Estado, Nación», por Manuel Fondevila Marón, pág. 197.

«El Derecho Internacional Público ante el Espacio Europeo de Educación Superior», por Adela Rey Aneiros, pág. 223.

«El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia», por Manuel Sobrino Heredia, pág. 237.

## CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO
## Número 55 (Junio de 2011)

«La incesante reforma del Derecho español de sociedades», por José Miguel EMBID IRUJO, pág. 15.

«La reforma del mercado hipotecario secundario», por Agustín MADRID PARRA, pág. 37.

«El acta notarial de la junta en la sociedad anónima», por Juan SÁNCHEZ CALERO y Blanca VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, pág. 99.

«La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación», por Manuel Gerardo TARRIO BERJANO, pág. 125.

## DIARIO LA LEY

### Número 7748 (1 de diciembre de 2011)

«El nuevo amparo constitucional: La STC 155/2009, de 25 de junio, y su fundamentación jurídica», por Rosana PÉREZ GURREA.

### Número 7749 (2 de diciembre de 2011)

«La recuperación (temporal) del Impuesto sobre el Patrimonio», por Juan CALVO VÉRGEZ.

### Número 7750 (5 de diciembre de 2011)

«En las fronteras del error judicial», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

### Número 7753 (13 de diciembre de 2011)

«El trámite de audiencia: Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2011, sobre cierre definitivo de la Central Nuclear de Santa María de Garoña», por Ana ÁLVAREZ QUIÑONES SANZ.

## Número 7755 (14 de diciembre de 2011)

«Podas y brotes nuevos. La Administración Tributaria y la reforma concursal», por Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros.

## Número 7756 (16 de diciembre de 2011)

«Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011», por Salvador del Rey Guanter.

## Número 7760 (22 de diciembre de 2011)

«Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España», por José M. Domínguez Martínez y José M.ª López Jiménez.

## Número 7763 (27 de diciembre de 2011)

«Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿Recurso directo contra leyes en vía contenciosa?», por Agustín García Ureta.

## Número 7764 (28 de diciembre de 2011)

«Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal», por Julio Banacloche Palao.

## Número 7767 (2 de enero de 2012)

«La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería», por José Luis Rodríguez Lainz.

## Número 7768 (3 de enero de 2012)

«Otras cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva», por José Luis Manzanares Samaniego.

## Número 7772 (10 de enero de 2012)

«Los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)», por Ángel JURADO SEGOVIA.

## Número 7774 (12 de enero de 2012)

«ADN y derechos fundamentales», por Manuel Jesús DOLZ LAGO.

## Número 7776 (16 de enero de 2012)

«Análisis del nuevo régimen jurídico-económico de las víctimas del terrorismo», por Luis ROCA AGAPITO.

# REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
## Número 186 (septiembre-diciembre de 2011)

«Teoría jurídica de las cosas públicas», por F. LÓPEZ RAMÓN, pág. 9.

«La ley de Contratos del Sector Público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales», por M. M.ª RAZQUÍN LIZARRAGA, pág. 53.

«El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», por M. VAQUER CABALLERÍA, pág. 91.

«Génesis de la terminación anticipada en la regulación del proceso contencioso-administrativo (1845-1956)», por L. M.ª BREMOND TRIANA, pág. 137.

«La difícil situación jurídica de las actividades económicas ubicadas en antiguas marismas: análisis crítico y propuesta de solución», por E. DESDENTADO DAROCA, pág. 181.

«Una excepción a la excepción del acto firme: las relaciones jurídico-administrativas de naturaleza obligatoria», por P. PUÑET GÓMEZ, pág. 223.

# REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO
## Número 58 (enero-junio de 2011)

«Protección de la tierra y de los agricultores activos como forma de potenciar el desarrollo rural», por José CAZORLA GONZÁLEZ, pág. 13.

«Historia del Cooperativismo Agrario Español a través de sus distintas legislaciones en el octogésimo aniversario de la primera ley de cooperativas española», por Santiago Escribano Pintor y Beatriz Encinas Duval, pág. 33.

«Uso y protección del territorio rural en España», por Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, pág. 65.

«Anotaciones sobre el régimen jurídico del servicio de abastecimiento de agua potable a poblaciones en España», por Lorenzo Mellado Ruiz, pág. 71.

«Desarrollo del Derecho Agrario en España desde 2009», por José Antonio Navarro Fernández, pág. 91.

«Algunos efectos de la Ley 2/2011, de economía sostenible en la identificación de los inmuebles rústicos», por M.ª Isabel Osuna Navajas y Miguel Romero Velasco, pág. 109.

«Aspectos legales, como patrimonio histórico, de las instalaciones del campo para la elaboración de vino», por Ángel Sánchez Hernández, pág. 129.

## REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
## Número 225-226 (2009)

«La Reforma del Código español en obligaciones y contratos y la reforma del Código chileno», por Daniel Peñailillo Arévalo, pág. 7.

«Protección de datos de carácter personal», por Héctor Oberg Yáñez, pág. 45.

«Acciones de filiación: Legitimación y conflictos de intereses», por Hernán Corral Talciani, pág. 53.

«La inejecución del contrato: para otra presentación», por Denis Tallón, pág. 91.

«El test de complementariedad. Análisis del artículo 17 del Estatuto de Roma», por Rodrigo González-Fuente Rubilar, pág. 113.

«Sobre la naturaleza jurídica de la "cooperación" del acreedor, el cumplimiento de la obligación: La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria como sujeto no sólo de derechos sino también de cargas y deberes», por Lilian San Martín Neira, pág. 135.

«Aplicación de reglas civiles en Derecho Administrativo, especialmente en materia de prescripción de la acción de nulidad», por Ricardo Concha Machuca, pág. 197.

«Sobre la forma procesal de alegar la prescripción adquisitiva de los derechos reales», por Emilio Rioseco Enríquez, pág. 213.

«Sobre el artículo 2316, inciso segundo, del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno», por Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, pág. 217.

«Sociedades anónimas abiertas y cerradas. Empresa y sociedad», por Luis Eugenio UBILLA GRANDI, pág. 231.

«Responsabilidad Civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile: evolución, funcionamiento y propuestas de racionalización (segunda parte)», por José Luis DÍEZ SCHWERTER, pág. 239.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
## Número 281 (julio-septiembre de 2011)

«Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», por Alberto EMPARANZA, pág. 15.

«La caducidad por tolerancia», por Alfredo ÁVILA DE LA TORRE, pág. 47.

## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE
## Número 269 (noviembre de 2011)

«El control de legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento municipal. Jurisprudencia de altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas», por Igor YÁÑEZ VELASCO, pág. 13.

«Estudio de reciente jurisprudencia en materia de planeamiento urbanístico», por Álvaro JIMÉNEZ BUESO, pág. 29.

«Problemática regulación en Castilla-La Mancha de las cesiones en solares con incremento de aprovechamiento urbanístico», por Amparo TOMÁS BENÍTEZ, pág. 61.

«La legitimación en la fase de ejecución de sentencia para el ejercicio de la acción en materia urbanística (a raíz de la STS, de 23 de abril de 2010, *JUR* 2010/152986», por Gemma GEIS Y CARRERAS, pág. 99.

«La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo», por César TOLOSA TRIVIÑO, pág. 125.

«Notas sobre el deber de conservación», por Pablo SAMANO BUENO, pág. 159.

## REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS
## Número 154 (octubre-diciembre de 2011)

«El movimiento antiabortista en la España del siglo XXI: el protagonismo de los grupos laicos cristianos y su alianza *de facto* con la Iglesia católica», por Susana AGUILAR FERNÁNDEZ, pág. 11.

«Republicanismo y autogobierno», por Ricardo CUEVA FERNÁNDEZ, pág. 41.

«La legislación vigente sobre la asignatura de educación política en las escuelas alemanas», por María ELÓSEGUI ITXASO, pág. 71.

«Conflicto y gobernación. Las divergencias filosóficas entre el pensamiento de Carl Schmitt y Gonzalo Fernández de la Mora», por Carlos GOÑI APECTEGUÍA, pág. 111.

«La abstención diferencial en el País Vasco y Cataluña», por Pedro RIERA SEGRERA, pág. 139.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO
## Número 171 (julio-diciembre de 2011)

«La Rota española y el directorio militar. Conflictos diplomáticos con la Santa Sede entre 1924 y 1930», por Vicente CÁRCEL ORTÍ, pág. 525.

«Cristianismo, guerra y ejército en el Imperio Romano», por Julio RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, pág. 725.

«La enseñanza e investigación sobre la Historia del Derecho Canónico a la luz del Ministerio de la Iglesia», por Nicolás ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, pág. 783.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
## Número 93 (septiembre-diciembre de 2011)

«A la busca del jurista europeo», por Albrecht WEBER, pág. 11.

«Las inmunidades penales extrafuncionales del Presidente de la República Italiana y de los miembros del Gobierno en Italia», por Alessandro PACE, pág. 25.

«El derecho a la educación en los Estados Unidos de América», por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, pág. 65.

«La detención de menores inmigrantes no acompañados en la experiencia de los Estados Unidos», por Vicente A. SANJURJO RIVO, pág. 107.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL
## Número 2 (julio-diciembre de 2011)

«La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes "feminicidas" de Ciudad Juárez», por R. JIMÉNEZ GARCÍA, pág. 11.

«Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios», por N. CARRILLO SANTARELLI y C. ESPÓSITO, pág. 51.

«Los derechos de la mujer en el Derecho internacional», por E. DÍEZ PERALTA, pág. 87.

## REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

«Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso», por Juan CÓRDOBA RODA, pág. 899.

«Circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal, suspensió, substitució i prescripció», por Josep Antoni RODRÍGUEZ SÁEZ, pág. 911.

«Ejecución de penas y medidas de seguridad, en especial la libertad vigilada», por Benito PÉREZ BELLO, pág. 929.

«Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada», por María José MAGALDI PATERNOSTRO, pág. 955.

«La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad», por Gonzalo QUINTERO OLIVARES, pág. 977.

«La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa», por Mercedes GARCÍA ARAN, pág. 1001.

«Sabotaje informático, "top manta", importaciones paralelas y fraude de inversores: ¿algunos exponentes de un nuevo Derecho Penal económico?», por Víctor GÓMEZ MARTÍN, pág. 1017.

«El delito de corrupción entre particulares», por Francisco BAÑERES SANTOS, pág. 1035.

«El delito del blanqueo de capitales», por Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE, pág. 1047.

«Sobre el tráfico de drogas, armas y órganos», por Eduardo NAVARRO BLASCO, pág. 1057.

«Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», por Jordi TIRVIÓ PORTÚS, pág. 1077.

«Los delitos contra el medio ambiente», por Ferrán GRASAS I HERNÁNDEZ, pág. 1089.

«Los delitos contra la libertad sexual y las nuevas modalidades delictivas de acoso laboral e inmobiliario», por Fermín MORALES PRATS, pág. 1113.

«Falsedades documentales», por Juan CÓRDOBA RODA, pág. 1131.

# 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 solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.

- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).

- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

  I.
  II. 1.
  III. 1. A.
  IV. 1. A. a)
  V. 1. A. a) a')

- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

  I. ...
  II. ...
  III. ...

- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

  Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro:*

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges,* Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.ª ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo:*

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

## B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

• NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.
ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).
TAMAÑO: 12 p.
INTERLINEADO: Sencillo.
EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato.* Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto *editorial, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.*
TÍTULO: En minúscula.
VOCES Y RESUMEN: En cursiva.
PLAZOS: *Para mantener la periodicidad* de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas *las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.*

• CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia* (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la *sección* de Resoluciones Comentadas, se publicará *un único comentario según la stribución de autores y materias existentes.* Estos comentarios de jurisprudencia serán *artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial),* por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.

b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina: *Fecha*

*de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina* y *Comentario* (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es:* «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL
1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.

e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:

I.
II. 1.
III. 1. A.
IV. 1. A. a)
V. 1. A. a) a')

f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).

g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de

Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL
1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR
PROFESIÓN

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

IV. CONCLUSIONES

::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

V. BIBLIOGRAFÍA
::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::::

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

*RESUMEN*

*NUMERUS APERTUS*
*PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD*

*Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.*