

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES
TERRITORIALES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXX
Fascículo I

2017

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (†)
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad Complutense de Madrid
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ Catedrático de Derecho civil. Universidad de Salamanca	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS Notario
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	MANUEL OLIVENCIA RUIZ Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Sevilla
JORGE CAFFARENA LAPORTA Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid	FERNANDO PANTALEÓN PRIETO Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid
GABRIEL GARCÍA CANTERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza	ANTONIO PAU PEDRÓN Registrador de la Propiedad
ANTONIO GORDILLO CAÑAS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla	JOSÉ POVEDA DÍAZ Registrador de la Propiedad
VICENTE GUILARTE ZAPATERO Catedrático de Derecho civil. Universidad de Valladolid	LUIS PUIG FERRIOL Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Barcelona
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alcalá de Henares	IGNACIO SOLÍS VILLA Notario
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ Notario	TEODORA F. TORRES GARCÍA Catedrática de Derecho civil. Universidad de Valladolid
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid	EVELIO VERDERA Y TUELLS Catedrático de Derecho mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, Universidad Autónoma de Madrid; y Beatriz Gregoraci Fernández, Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (acreditada como Profesora Titular Universidad), Universidad Autónoma de Madrid.

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2017, FASCÍCULO I

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA: «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria»	5
Esther GÓMEZ CALLE: «La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado».....	79
María José SANTOS MORÓN: «La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC»	119
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Ser o no ser español, esa es la cuestión: criterios de interpretación, e integración, en materia de nacionalidad y extranjería»	165
Estudios jurisprudenciales	
Juan María DÍAZ FRAILE: «La calificación de los documentos judiciales en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria»	217
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
AUER, Marietta: «Der privatrechtliche Diskurs der Moderne», por Francisco J. Andrés Santos.....	253
BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni: «Teoría general del contrato. Propuesta de regulación», por Laura Zumaquero Gil	257
SCHERPE, Jens M. (ed.): «European Family Law», por Sergi Morales Martínez ...	261
REVISTAS ESPAÑOLAS	
A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE	267
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Isué VARGAS BRAND	291

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXX, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2017

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2017

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 786-17-030-1
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El escueto régimen legal sobre el contador-partidor dativo dibuja una institución algo ambigua, y la escasa jurisprudencia recaída sobre ella poco lo ha podido completar; lo que ha supuesto en los años de vigencia de la norma, un obstáculo para su utilización más frecuente. Tomando en cuenta las distintas soluciones apuntadas por la doctrina, y la referencia del régimen del contador-partidor testamentario se proponen aquí las que se estiman más coherentes, adecuadas y funcionales.

PALABRAS CLAVE

Partición. Contador-partidor testamentario. Contador-partidor dativo.

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica* (DER 2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Se ha empleado como base general el siguiente trabajo: ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomos V y VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7445-7946, que aquí ha sido convenientemente desarrollado y actualizado a la luz del planteamiento de esta investigación. A diferencia de aquella obra, en esta intentamos ahondar en las razones que han hecho difícil el asentamiento práctico de la figura, que, como tendremos ocasión de ver, radican en la falta de claridad de muchos de sus principios inspiradores. Pero es inevitable que incurramos en algunas repeticiones, necesarias, según pensamos, para dar cierta unidad a la exposición. Un resumen muy breve de los planteamientos aquí desarrollados puede verse en ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Artículo 1057», en *Las modificaciones al Código civil del año 2015* (director Rodrigo Bercovitz), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 991-998.

ABSTRACT

The succinct legal regime on the «contador-partidor dativo» (a kind of partitioner named by the legal clerk or notary) draws a somewhat ambiguous institution, and the scarce jurisprudence existing with regards to this figure has not been able to complete it, all of which has resulted an obstacle to its wider use in the years pursuant with the legal act that recognises the figure. Taking into account the various solutions targeted by the doctrine, and the reference to the testamentary «contador-partidor» (a kind of partitioner named by the testator) regime, the present paper proposes those solutions which are estimated more coherent, adequate and functional.

KEY WORDS

Partition. Testamentary «contador partidor» (a kind of partitioner named by the testator). «Contador-partidor dativo» (a different kind of partitioner named by the legal clerk or notary).

SUMARIO: 1. *El contador-partidor dativo: los orígenes y el desarrollo normativo de la figura.*–2. *La inexistencia de controversia entre las partes, ¿es un presupuesto necesario para el nombramiento de contador-partidor dativo?*–3. *Requisitos objetivos para la aplicación de la norma.*–4. *La solicitud de nombramiento.*–5. *El cómputo del porcentaje de participación.*–6. *Procedimiento.*–7. *Los requisitos que deben concurrir en el contador-partidor.*–8. *El desempeño del cargo.*–9. *Las facultades del contador.*–10. *Aprobación de la partición e impugnación de la misma.*–11. *Rendición de cuentas, responsabilidad, retribución y gastos del contador-partidor.*–12. *La citación de los representantes legales de los coherederos sujetos a patria potestad, tutela o curatela.*–13. *Conclusiones. Jurisprudencia citada. Bibliografía citada.*

1. EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO: LOS ORÍGENES Y EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA FIGURA

La herencia está integrada por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles que integraron el patrimonio del causante, y que se transmite por título universal al heredero (cfr. arts. 659-660 CC). Cuando existe una pluralidad de herederos, forman entre ellos una comunidad hereditaria que se mantiene indivisa hasta la partición, que consiste en aquellas operaciones jurídicas dirigidas a poner fin a dicha comunidad. A este respecto, el art. 1051 CC dispone que «ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia», lo cual, en último término, es decir, si no se logra hacer la partición de otro modo, comporta la posibilidad de acudir a un mecanismo judicial para realizarla; procedimiento que puede ser necesario ante la

comprobada pasividad de algún coheredero para convenirla, o para asignar esa función a un tercero arbitrador, o ante la inacción del contador-partidor. En la actualidad dicho mecanismo judicial se denomina división de la herencia, se encuentra regulado en los arts. 782 y ss. LEC, y ha venido a sustituir a los antiguos procedimientos de testamentaría y de abintestato. Ciertamente el testador puede haberse anticipado a estos posibles problemas realizando él mismo la atribución concreta de los bienes, o nombrando un contador-partidor como persona encargada de la distribución de los bienes, aunque ninguna de estas prevenciones está en condiciones de garantizar de modo absoluto que la partición quede efectivamente hecha, o que se realice por completo.

Ante este panorama, la reforma del Código civil de 1981 quiso enriquecer el elenco de mecanismos para hacer la partición¹, para lo cual introdujo en nuestro derecho sucesorio una nueva figura, el contador-partidor dativo, que debía moverse en ese conjunto de soluciones y encontrar una función propia entre ellas. La finalidad de la institución era establecer un cauce que permitiera desbloquear la partición convencional que esté obstaculizada por la oposición de algún heredero, ya que la regla es la unanimidad de los mismos (cfr. arts. 1058 y 1059 CC; y, a título de ejemplo, RDGRN 13.7.2015, TOL 5.491.844). Esta solución, que evita la partición judicial², faculta a un tercero imparcial para que realice la partición; y, de modo indirecto, sirve para forzar las posturas de los coherederos hacia el acuerdo particional³, si es que prefieren evitar que la partición sea realizada efectivamente por el tercero, dejándoles como único remedio la impugnación judicial de la misma.

A pesar de estos encomiables propósitos, la escasa claridad del régimen, que dibuja una institución algo ambigua, y que tampoco ha tenido oportunidad de interpretar y completar la poco numerosa jurisprudencia que ha recaído sobre ella⁴, ha supuesto en los años de vigencia de la norma, un obstáculo considerable para su utilización más frecuente⁵. Y es que, por una parte, la regulación especí-

¹ El modelo de inspiración más cercano se puede encontrar en la Ley 344 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

² BOLÁS ALFONSO, Juan, «La partición hecha por contador partidor: cuestiones prácticas», *Revista jurídica del notariado*, n.º 28, 1998, p. 36.

³ CARBALLO FIDALGO, Marta, en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011, p. 1741; PÉREZ RAMOS, Carlos, «Renuncia, prórroga del plazo del albacea y del contador-partidor, nombramiento del contador partidor dativo y aprobación de la participación (sic) otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios», en BARRIO DEL OLMO (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 678.

⁴ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1741.

⁵ ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, «El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento», *Estudios de derecho de sucesiones*. «Liber amicorum» *Teodora F. Torres García*, Domínguez Luelmo/García Rubio (dir.), *La*

fica sobre el contador-partidor dativo, es muy escueta y presenta dudas de interpretación difícilmente resolubles. Por otra parte, el instituto requiere remitirse, en aspectos tan importantes como las facultades del cargo, a la figura del contador-partidor testamentario⁶, que también es una institución con escasa regulación legal y cuyo contenido depende más de lo deseable de una profusa jurisprudencia no siempre armónica. Y, finalmente, al presentar el dativo una naturaleza jurídica muy diferente a la del contador-partidor testamentario, pues en este último está presente una relación de confianza con el testador que falta en el primero⁷, no son tan claros los modos de integrar el régimen de la figura. Téngase presente, a este respecto, que el testamento no vendrá en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo, como, en cambio, resulta frecuente en el caso del contador-partidor nombrado por el causante. No será fácil tampoco invocar las reglas legales del apoderamiento o del mandato para integrar su régimen, porque la analogía con estas últimas instituciones no se puede fundamentar en la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con el contador-partidor testamentario⁸, pero ni siquiera se la puede hacer descansar en la voluntad de los coherederos, puesto que no todos ellos consienten, y no existen indicios normativos de que las facultades del contador-partidor dependan de la voluntad que los mismos hayan expresado. Tenemos, pues, una institución construida a imagen del contador-partidor testamentario, pero que se basa en unos presupuestos o elementos esenciales muy diferentes. Lo primero permite solucionar los principales problemas de su régimen, pero lo segundo la sitúa en una indefinición bastante peligrosa cuando nos adentramos en aspectos más polémicos o difíciles del contenido jurídico de la figura. Paradigmático puede ser el problema representado por la liquidación y división simultáneas de la herencia y la sociedad de gananciales; la importancia del supuesto y las dudas que presenta, son suficientes para acreditar, con independencia del desarrollo posterior que haremos de esta materia, las dificultades que en la práctica pueden suscitarse, bastantes para hacer muy incierta la

Ley, Madrid, 2014, pp. 413 y ss.; PÉREZ RAMOS, p. 672. De modo que las esperanzas puestas en la figura, tales como la reducción de los litigios (CADARSO PALAU, Juan, «Artículo 1057», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984, p. 1481), no se han cumplido.

⁶ CADARSO PALAU, p. 1481; PUIG FERRIOL, Luis, «El contador-partidor dativo», *ADC*, 1988, p. 671; BOLÁS ALFONSO, p. 38.

⁷ PUIG FERRIOL, p. 672; BOLÁS ALFONSO, p. 38.

⁸ Cfr. RUBIO GARRIDO, Tomás, «De los albaceas o testamentarios», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6506 y ss. en cuanto al albaceazgo.

aplicación de este mecanismo. Aquí tenemos, pues, un primer grupo de causas que dan razón de la ambigüedad de la naturaleza de la figura del contador-partidor dativo.

La reforma del Código civil para adecuarlo a la Ley de la Jurisdicción voluntaria ha permitido el desarrollo de un expediente específico para el nombramiento de contador-partidor dativo y la consiguiente aprobación de la partición realizada por el mismo, con lo que se ha rellenado una importante laguna⁹. Dicho régimen ha sido incluido en el art. 92 LJV, en el caso de que se formalice ante el Secretario judicial (hoy denominado Letrado de la Administración de Justicia por la LOPJ), o en el art. 66 de la Ley del Notariado, en el caso del expediente tramitado ante Notario. Es curioso que, mientras que la tramitación del expediente tramitado ante el Secretario judicial recibe una regulación detallada en la LJV que «tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales» (art. 1.1 LJV); no puede decirse lo mismo con relación a la tramitación ante Notario, teóricamente regulada por la LN, pero no en la práctica, porque en esta apenas existen normas de procedimiento; ante ello hay que entender que la tramitación que debe respetar el Notario no puede diferir mucho de la prevista en la LJV, que según el art. 92.3, está regulada por «las normas comunes de esta Ley y... lo dispuesto en el Código Civil»¹⁰.

Desde el punto de vista del Derecho transitorio, no se plantean dificultades especiales: la DT primera se refiere a los expedientes en tramitación, para establecer que «Los expedientes afectados por esta Ley que se encontraran en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se continuarán tramitando conforme a la legislación anterior»; por tanto si se hubiera solicitado a la autoridad judicial el nombramiento de contador-partidor dativo, con anterioridad a la entrada en vigor de la LJV, el procedimiento seguiría siendo el derogado.

En particular, las competencias notariales quizá puedan suponer una revitalización de esta modalidad de partición; en cambio, la preceptiva intervención de Abogado y Procurador en los expedientes tramitados ante el Secretario judicial, cuando la cuantía del haber hereditario sea superior a 6000 euros (cfr. art. 92.2 LJV), es probable que haga menos atractiva desde el punto de vista económico esta otra alternativa. La nueva regulación, sin embargo, no ha

⁹ «La gran omisión de la reforma del CC de 1981 fue la de no precisar cuál sería el instrumento procedimental»: ESCARTÍN IPIÉNS, p. 420.

¹⁰ Pese a que el art. 66.2 LN, muy parecido en su tenor literal al art. 92.3 LJV, omite la referencia que este hace a las normas de tramitación, y solamente regula la competencia territorial del Notario.

aclarado los aspectos sustantivos de esta figura que la doctrina había considerado insuficientemente desarrollados. Para resolver las dudas que se plantean resulta indispensable tener presentes los propósitos de la regulación de 1981, así como el contexto institucional de la figura del contador-partidor dativo, que no es otro que el de la partición de la herencia. No obstante, ni siquiera así podemos llegar a soluciones medianamente seguras, para lo que basta con contemplar la diversidad de pareceres en la doctrina sobre aspectos concretos de la figura. Por otra parte, la LJV no ha logrado resolver otra de las grandes ambigüedades que presenta la institución del contador-partidor dativo, a la que pasamos a referirnos a continuación.

2. LA INEXISTENCIA DE CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES, ¿ES UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR DATIVO?

Comenzaremos por analizar este importante asunto, que resulta de mucho interés, por cuanto resalta la línea divisoria que, en Derecho, permite acudir a la figura del contador-partidor dativo, o, por el contrario, obliga a la realización de una partición judicial. La frontera, pese a lo que sería deseable, resulta sumamente borrosa; en efecto, la delimitación entre un tipo y otro de partición debiera estar en la existencia o no de controversia entre las partes. Las normas para su correcta aplicación práctica nos las habrían de definir la interpretación conjunta de la LEC, de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y de la propia LJV, aunque lo cierto es que esta delimitación no se realiza con la claridad deseable.

Es sabido que la reforma del año 2009 tuvo por objetivo fundamental modificar la LEC para que «los Jueces y Magistrados dediquen todos sus esfuerzos a las funciones que les vienen encomendadas por la Constitución: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Para ello es preciso descargarles de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales que se acaban de señalar» (Preámbulo, I); en consecuencia, «salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial» (Preámbulo, III).

Estos propósitos legales se concretaron, en lo que se refiere a la división de la herencia, en el hecho de que, en materia particional,

la competencia judicial se mantuviera, en todo caso, para resolver sobre la solicitud de la práctica judicial de la misma, en los casos en que ello proceda, es decir en los supuestos en que la partición «no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por el Secretario judicial o el Notario», art. 782.1 LEC, actualmente vigente. En consecuencia, la resolución judicial sobre la procedencia de esta partición «se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente» (art. 783. 1 LEC). Parece, pues, que el legislador de la reforma considera que la decisión sobre si se debe admitir la acción divisoria y, por ello, debe practicarse la partición, es estrictamente jurisdiccional, lo cual, a nuestro juicio, resulta acertado. En cambio, a partir de este momento procesal, los trámites procedimentales que conlleva la realización efectiva de la partición son competencia del Secretario judicial (es la novedad de la reforma de 2009), quien realiza la convocatoria de la Junta para designar contador y peritos (art. 783.2 LEC), preside dicha Junta (art. 784.1), comunica al contador-partidor el nombramiento y le requiere para que acepte (arts. 342 y 785.1 LEC), da traslado al contador y a los peritos de la documentación (art. 785.1 LEC), comunica a las partes la partición realizada (art. 787.1 LEC), y eventualmente aprueba esta última si no hay oposición por ninguno de los interesados (art. 781.2 LEC). En cambio, si existiera oposición a la partición realizada o proyectada por el contador judicial, por parte de alguno de dichos interesados, sería necesaria la intervención judicial (cfr. art. 787.3, 4 y 5 LEC) para aprobarla. También es esta última una opción normativa adecuada, a nuestro juicio. Tendríamos, pues, un claro esquema de cuáles son, para el legislador de 2009, los aspectos estrictamente jurisdiccionales de la división de herencia y cuáles no; pero la LJV no parece haber sido del todo consecuente con este diseño, como veremos.

En relación con el procedimiento de división judicial, se había discutido en la doctrina, incluso antes de la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial que acabamos de comentar, si en la partición judicial estamos ante un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria¹¹.

¹¹ Opina que es contencioso GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «La división de la herencia», en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 528 y ss., y que es contencioso aunque de carácter especial, DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, «De la división de la herencia», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cerdón y otros), Aranzadi, 2011, p. 931; en cambio GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, Murcia, 2004, Universidad de Murcia, pp. 2002-2003, entiende que es de jurisdicción voluntaria.

A nuestro juicio la naturaleza procesal y contenciosa sigue estando confirmada por el hecho de que el procedimiento sea regulado por el Libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales¹², por ello la LEC reserva al Juez ciertos trámites y decisiones, precisamente los más importantes que son aquellos en los que se produce oposición o enfrentamiento entre las partes. La terminología de la LEC, que habla de solicitud y no de demanda al referirse a la iniciativa que pone en marcha el procedimiento de división, parecería indicar que no nos encontramos ante un procedimiento contencioso, sino de jurisdicción voluntaria, pero no obstante en el procedimiento se resuelven controversias (o se pueden resolver, aunque siempre sin eficacia de cosa juzgada: art. 787.5 LEC), y en algún otro lugar la LEC sí habla de demandante¹³. A favor del carácter contencioso estaría también el hecho de que la LEC considera que los procedimientos relativos a la división de la herencia tienen carácter de procesos universales (cfr. arts. 23.2.2.º y 98 LEC de 2000), y es característica de estos procesos que ejerzan *vis atractiva* sobre los procedimientos singulares, como puedan ser las pretensiones de los acreedores de la herencia, porque es posible la acumulación de procesos singulares al proceso universal. Esta acumulación de procesos se decretará «cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a ese caudal» (cfr. art. 98.1.2.º LEC). La acumulación deberá «solicitarse ante el tribunal que conozca del juicio universal», y hacerse siempre al proceso universal; y regirán «las normas» del capítulo relativo a «la acumulación de procesos», juntamente «con las especialmente establecidas sobre procesos sucesorios» (cfr. art. 98.1 y 3 LEC)¹⁴. En nuestra opinión, pues, el procedimiento de división de herencia trataría de regular una serie de actuaciones de los órganos judiciales en el ejercicio de la función constitucional de prestar tutela a los derechos e intereses legítimos de cualquier persona (cfr. art. 24 CE), que están encaminadas a dar satisfacción a pretensiones con enfrentamiento de partes. De hecho, ya hemos visto que tras la reforma procesal para la implantación de la Oficina judicial del

¹² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7733 y 7737.

¹³ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, p. 530 n. 4: «los argumentos puramente semánticos suelen ser de escaso peso en nuestro ordenamiento pues frecuentemente resultan contradictoriamente tratados. Así ocurre con el artículo 52.1.4 que hace referencia al “demandante” y no al “solicitante”».

¹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *ADC*, 2007, pp. 461 y ss.

año 2009 se conserva todavía la actuación judicial en el inicio del procedimiento, así como en el caso de que los interesados se oponen al proyecto de partición realizada en el mismo.

Pese a lo que acabamos de decir, no se puede ocultar que, en la concepción legal, puede haber procedimientos judiciales de división que no presenten contradicción entre las partes; incluso aunque hubiera algún tipo de divergencia, una vez haya sido resuelta por el Juez, los trámites propiamente particionales están confiados en todo caso a la competencia del Secretario judicial, que por eso presentarían acusada similitud con los mecanismos de la jurisdicción voluntaria. Todo esto puede justificar las vacilaciones doctrinales acerca de la naturaleza del procedimiento a las que acabamos de hacer referencia, y quizá explica la dificultad de definir con claridad cuál es exactamente la frontera que marcaría la necesidad de acudir al Juez o, por el contrario, permite una partición realizada por un contador-partidor no testamentario. Finalmente, esta realidad también podría haber hecho posible que, en vez de las previsiones de la LJV sobre nombramiento de contador-partidor dativo y aprobación de la partición realizada por él, simplemente se hubiera previsto una alternativa notarial a la intervención del Secretario judicial dentro del procedimiento regulado por la LEC.

Por otro lado, la cuestión práctica más delicada que esta discusión presenta con relación al tema que ahora nos ocupa es la siguiente. Sabemos que para poder decidir sobre la solicitud de una partición judicial se encuentra la necesidad de apreciar si, de acuerdo con los datos conocidos y aportados por las partes, procede o no realizar la misma; para ello la LEC ha considerado necesaria la intervención judicial, suponemos que por entender que pueden introducirse por los interesados fundadas discrepancias sobre ese particular, que no resultaría lógico ignorar para tener que resolverlas una vez iniciada o realizada la partición (con los gastos que ello habrá originado). En cambio, el mecanismo de la jurisdicción voluntaria mediante el cual se solicita el nombramiento de contador-partidor dativo, no parece conocer un filtro judicial similar, pese a que no sea precisa la unanimidad entre los partícipes para iniciar el mecanismo particional. En este sentido, se ha producido un cambio notable desde el principio instaurado por el art. 1817 LEC 1881 según el cual: «Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará conencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se

sujetará a los trámites establecidos por el juicio que corresponda, según la cuantía»¹⁵.

En efecto, en la actualidad, una vez solicitado el inicio del expediente por parte de las personas legitimadas, el Secretario judicial deberá apreciar de oficio su propia competencia objetiva (art. 16.1 LJV), y después citar a los interesados para su comparecencia, y si «alguno de los interesados fuera a formular oposición, (...) no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea» (art. 17.3 LJV). Por su parte el art. 18.2 LJV, que regula la comparecencia de los interesados, estima posible que en la misma se «plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente», que deberán ser resueltas por el Secretario judicial, una vez oídos los comparecientes, «oralmente en el propio acto». Es obvio que todos estos criterios legales, serían también referibles al caso en que la tramitación se realice ante Notario.

No se debe perder de vista que las razones de la oposición pueden ser puramente procesales o de fondo¹⁶, y que al excluir la ley que dichas causas de oposición deban ser decididas en un procedimiento contencioso, estaríamos ante un criterio que permite dejar abierta una incertidumbre importante que puede afectar incluso a la propia validez del nombramiento de contador-partidor dativo, y también a la estabilidad de la partición que posteriormente realice; este criterio, opuesto al previsto en la LEC 1881, y también a la regulación vigente en materia de partición judicial, que prefiere avanzar más lentamente pero sin dejar interrogantes abiertos es llamativo, y parece que abriría dos posibles interpretaciones del sistema de la LJV.

Primera, la más cercana a la letra de la Ley, y que ha sido aceptada por algunos autores: la existencia de oposición o la alegación de cuestiones procesales efectivamente no impide que se siga adelante con el expediente de nombramiento de contador-partidor¹⁷.

¹⁵ No obstante, para algunos autores en ese régimen no cabía oposición de los disrepantes en el caso de nombramiento del contador-partidor dativo, cfr. nota 18.

¹⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio, *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, Madrid, 2015, p. 86.

¹⁷ Ciertamente, en general, se ha sostenido que «aunque desde un punto de vista teórico consideramos que la regulación de la oposición previsto en el art. 17.3 LJV no encaja bien con la concepción legal prevista en el art. 1.2 LJV, sin embargo, entendemos que se haya impuesto el pragmatismo para dotar a la jurisdicción voluntaria de un régimen jurídico que la configuren como un instrumento jurídico sencillo, efectivo y adecuado a la realidad social y económica del siglo XXI y que facilite la obtención de determinados efectos jurídicos de forma rápida y con respeto de todos los derechos e intereses implicados»: LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón/PÉREZ ESCALONA, Susana, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 135; y sin que se presenten particularidades en el caso del contador-partidor dativo,

Naturalmente esta es una conclusión cuya legalidad no se puede negar; pero el inconveniente principal de esta solución es que si se la entiende en el sentido de que la existencia de oposición no puede paralizar la prosecución del expediente, estaríamos propiciando que dicho expediente cuente con poco fundamento jurídico (pues en realidad existe controversia entre las partes y ello consta al órgano que conoce del mismo), lo que puede tener graves consecuencias para los intereses de los implicados, pues comporta un coste, y en realidad no está en condiciones de evitar la inestabilidad de la partición realizada. El único dato diferencial, desde el punto de vista sustantivo, que podrían presentar los mecanismos de la partición por contador-partidor y el de la partición judicial, y que permitirían justificar esta divergente regulación, sería que, en la primera, para iniciar el procedimiento, se requiere la solicitud por la mayoría de los partícipes, mientras que en la segunda basta la iniciativa de cualquiera de ellos; pero esta diferencia no parecería ser suficiente para una diversidad de régimen tan importante. Si se piensa que puede existir contienda entre los coherederos sobre los elementos determinantes de la aplicación de la norma del art. 1057.2 CC –como serían la existencia o no de contador-partidor, la subsistencia o no de las facultades del contador-partidor testamentario, la procedencia de realizar la partición (porque ya ha sido realizada, existe un pacto de indivisión, o la impide la voluntad del testador), la exacta cuantificación de los intereses de los solicitantes, etc.,– se hace difícil de entender que todo ello no deba resolverse previamente por el Juez antes de poder pasar a practicar la partición¹⁸, y que el Secretario judicial o el Notario tengan que ignorar la existencia de esos problemas.

pp. 350-351. También BANACLOCHE, pp. 87-88 habla de que la nueva Ley rompe el dogma de que solamente hay jurisdicción voluntaria cuando no hay contienda.

¹⁸ Antes de la reforma BOLÁS ALFONSO, p. 40 y GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 161 sostenían que los no solicitantes no tienen la facultad de oponerse al nombramiento de contador-partidor dativo. El primero subrayaba que eso es lo que hace viable que el mecanismo tenga eficacia, ya que caso contrario sería necesario convertir el trámite en contencioso; la segunda autora lo argumentaba a la vista del silencio del Código, y a la finalidad de agilizar y favorecer la partición si se encuentra la mayoría precisa para ello. Para el AAP Valencia 16.1.2003 (JUR 2003\I02014): «De aceptarse que la oposición del interesado puede paralizar el trámite y hacerlo contencioso, desnaturalizaría la propia finalidad del precepto, como señala la doctrina, cual es paliar el severo criterio del Código Civil cuando en sus artículos 1058 y 1059 exige la unanimidad de los herederos para la práctica de la partición, por lo que es sumamente fácil en la práctica provocar un pleito de testamentaría por uno de los herederos en perjuicio de gastos y molestias para el resto, evitando en lo posible el juicio de testamentaria, actualmente denominado de división judicial de la herencia, en los casos en los que los herederos no llegan a un acuerdo en la forma de efectuar por sí mismos la partición cuando no existe contador-partidor designado por el testador, por unos trámites que tienen una diferencia fundamental con los de la división judicial de la herencia, cual es que el contador-partidor es nombrado por el Juez y no por la Junta, así como en orden a la aprobación judicial de la partición que no será necesaria en el caso del trámite del artículo 1057

Segunda, partiría de considerar que, a tenor de la propia Ley, solamente se pueden considerar expedientes de jurisdicción voluntaria aquellos en los que no «exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 LJV). Por tanto, si se alegan razones que impiden practicar la partición, es bastante congruente entender que el Secretario judicial, o el Notario en su caso, decidieran no apreciar de oficio su propia competencia y la procedencia del nombramiento de contador-partidor o, en su caso, no aprobar la partición realizada por este, sino que se remitieran a la decisión del Juez. Esta postura resultaría bastante similar a la regulación de la partición judicial en la LEC, norma a la que, por otro lado, se remite el art. 8 LJV como norma supletoria; y también es muy coherente, aunque su aplicación directa no procede, con el hecho de que la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que «puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos» (art. 2.3.2 LJV) corresponde al Juez. También es adecuada desde el punto de vista del art. 6.2 LJV: «No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos»; así como con la posibilidad de suspender el expediente prevista en el art. 6.3 LJV, a tenor del cual: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Finalmente, es una solución que resulta más respetuosa con los intereses en juego: si dice el art. 1068 CC que «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados», parece

del Código Civil, cuando todos los herederos se muestran conformes con la misma. Y sin perjuicio de la posibilidad de impugnar en el oportuno declarativo la partición que se apruebe. Y así, el propio artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 permite la solicitud de división judicial de la herencia a cualquier coheredero o legatario de parte alícuota reclamar la división judicial de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador partidor designado por el testador, por acuerdo entre los herederos «... o por resolución judicial». Lo que se entiende una clara referencia al supuesto del artículo 1057-2.º del Código Civil, por lo demás incompatibles ambas vías promovidas simultáneamente». Lo acepta hoy PÉREZ RAMOS, p. 738. Pero la oposición sin duda es actualmente posible, ya que la falta de los presupuestos legales para practicar la partición debe poder ser discutido antes de realizarla y la LJV se refiere expresamente a la oposición. Lo único que sucede es que la oposición no hace contencioso el expediente sino que, o prosigue como tal, o concluye.

imprudente, en supuestos en que existe una controversia que introduce dudas sobre la legalidad de la práctica de la partición, tener que seguir adelante con la misma, propiciando situaciones equívocas acerca de la titularidad de los bienes hereditarios. No obstante, esta interpretación es mucho menos conciliable con los arts. 16, 17 y 18 LJV, que parece que resuelven «de forma clara y rotunda», en sentido diverso¹⁹.

Claro está que, en la práctica ambas posturas tenderán a converger: en nuestra opinión el sistema se terminará decantando hacia una solución prudente que permita ponderar las circunstancias del caso por parte del Secretario judicial o el Notario. Será normal, como resultado del ejercicio de responsabilidad que estos realizarán, comportarse con cautela y evitar así el descrédito que el mecanismo, y ellos mismos, podrían alcanzar. El sistema, en nuestra opinión, terminaría por funcionar así: legalmente se ha abandonado la idea de que la aparición de discrepancias impide proseguir el procedimiento; pero, ante la aparición de estas, el responsable del expediente no lo va a continuar siempre, sino que eso lo valorará en función de las circunstancias, y de la consistencia que tenga la oposición. En cuanto a la competencia notarial, por ejemplo, ya se ha dicho que un paso previo a la redacción de la escritura de nombramiento de contador-partidor dativo será comprobar si hay obstáculos para dicho nombramiento, como es lógico²⁰. En efecto, parece difícil negar que, cuando las discrepancias que aparezcan entre las partes puedan ser de una entidad tal que comprometan la validez del expediente, el responsable del mismo puede resolver en la comparecencia de las partes, oralmente, la no prosecución del mismo (cfr. art. 18.2 LJV). Lo cual parece razonable en los casos en que las diferencias entre las partes presenten cierta dificultad para ser apreciadas en sede de jurisdicción voluntaria porque requieran los instrumentos y las armas propias de los procedimientos contenciosos; en esa situación estarán aquellas que afecten a la existencia o no de nombramiento de contador-partidor testamentario, la subsistencia o no de las facultades del mismo, la procedencia de realizar la partición (porque ya se haya realizado, porque exista un pacto de indivisión entre los coherederos, o la contraria voluntad del testador), o la exacta cuantificación de los intereses de los solicitantes. Ante situaciones de este tipo y antes de que se resuelvan judicialmente, el único sentido que podría tener el nombramiento de un contador-partidor sería forzar a quien se oponga al mismo a que formule el correspondiente procedimiento judicial contra ello; con

¹⁹ BANACLOCHE, p. 88.

²⁰ PÉREZ RAMOS, p. 696.

lo que poco se avanzará en la práctica de la partición hasta que se dictara una resolución judicial firme. Lo mismo se podría decir si lo que está en trámite es la aprobación de la partición. Pero, quizá, la consecución de ese objetivo no sea proporcionada a los costes que ello podría suponer.

Tendríamos, pues, un sistema que aparentemente ha modificado la solución de la LEC 1881 según la cual la oposición de alguno de los interesados necesariamente hacía contencioso el expediente. Hoy no sería así, pero como el nombramiento de contador-partidor es solamente un primer trámite, que luego prosigue con la práctica de la partición, y la aprobación final de la misma, si existiera discrepancia sobre la procedencia del nombramiento ya realizado, quedaría expedita la vía judicial para que el discrepante lo hiciera valer; lo que causará el archivo o suspensión del expediente. Y, naturalmente lo mismo puede suceder si la discrepancia se plantea en la fase de aprobación de la partición. En muchos casos, ante la perspectiva de un procedimiento judicial, el órgano competente para conocer del referido expediente de nombramiento de contador-partidor, o de aprobación de la partición, debería evitar proseguirlo para así impedir la dilación y los gastos que causaría perseverar en un camino que puede no llevar a ninguna parte, o que termine produciendo una partición que carece de los requisitos mínimos para ser aprobada por los órganos competentes, o que, incluso aprobada, luego es impugnada judicialmente. Ahora bien, no se puede desdeñar que se realice el nombramiento, o se practique la aprobación de la partición, precisamente para forzar que las diferencias entre las partes se resuelvan definitivamente mediante el planteamiento del correspondiente procedimiento contencioso.

Por tanto, solamente la evolución práctica permitirá afirmar si, realmente, el cambio normativo supone que un mayor número de casos se solucionará definitivamente mediante la partición realizada por el contador-partidor dativo²¹. Vemos en la LJV buenas intenciones pero quizá poco realistas: cuando se hayan planteado controversias entre los interesados en el curso del expediente, por más que el legislador no lo desee, nos veremos abocados después a un procedimiento contencioso, pese a que la partición incluso haya sido aprobada. El propósito de simplificar las cosas, en realidad las habrá complicado y encarecido. Sería recomendable, pues, que el rigor

²¹ Si se había podido afirmar que el contador-partidor dativo no ha desarrollado hasta ahora «su potencialidad en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria, y que por el contrario, ingresó en el ámbito de la jurisdicción contenciosa»: ESCARTÍN IPIÉNS, pp. 420-412; cabe hoy pensar que, en lo sucesivo, muchas controversias sucesorias se van resolver provisionalmente en la jurisdicción voluntaria, quedando luego esas particiones sujetas a su impugnación en el procedimiento contencioso.

por parte del Secretario judicial y el Notario fuera máximo tanto a la hora de iniciar un procedimiento cuando se planteen causas de oposición entre los interesados que requieran ser resueltas judicialmente, como si se suscitan en el momento de aprobar la partición. La LJV sitúa a Secretarios judiciales y Notarios ante una tesitura difícil, por cuanto les encomienda valorar cuestiones que solamente se debieran afrontar en sede jurisdiccional, y les compromete a decidir poniendo en juego su propia responsabilidad profesional.

Probablemente, desde el punto de vista de política jurídica, lo recomendable hubiera sido, más que la introducción de este expediente específico, que la LJV hubiera previsto una modificación de la LEC en la que, como alternativa a la tramitación de la partición ante el Secretario judicial, que ya existe en la LEC desde 2009, se previera la posibilidad de hacerlo ante Notario; en el bien entendido de que una y otra partición requieren previamente que se resolvieran por el Juez las controversias que hubieran sido planteadas por las partes sobre la procedencia o no de que se practique. Como procedería, además, que, ante la oposición expresa de algunos de los coherederos al proyecto de partición preparado por el contador-partidor, fuera también necesaria la aprobación judicial de la misma. En definitiva, ello supondría haber reconocido que las diferencias manifestadas en cuanto a la procedencia, primero, y a la práctica de la partición, después, tienen, o pueden tener, relevancia litigiosa, y deben ser resueltas por el Juez, que es quien en realidad está llamado a dilucidarlas según nuestro sistema constitucional, y no a través de mecanismos de jurisdicción voluntaria que no están pensados para ello, que a lo sumo solamente logran una solución provisional y que involucran indebidamente la responsabilidad profesional de órganos que no cuentan ni con la competencia constitucional ni con los instrumentos procesales para tomar este tipo de decisiones.

Por otra parte, queda en lo sucesivo a la prudente apreciación de los órganos competentes, que las cosas sigan funcionando así en la práctica, aunque se alejen de los «buenos deseos» del legislador de la LJV. Bastará que, pese a todo, denieguen el inicio del expediente, lo que sin duda harán, al menos en los supuestos en que las discrepancias conocidas aparenten tener cierto fundamento, de manera que los interesados tengan que acudir al procedimiento contencioso. Así las cosas, probablemente el expediente de jurisdicción voluntaria del que estamos hablando solamente facilitará la partición en aquellos casos en los que efectivamente no se plantea controversia, o en aquellos en los que el órgano competente aprecia que la misma es clara y evidentemente infundada. Es cierto que, en caso de here-

deros que obstaculicen la partición, la amenaza de la prosecución del expediente es siempre un elemento que juega a favor de su práctica; y, en último término de la resolución definitiva del conflicto, aunque sea judicialmente, eliminando la pasividad de las partes. Pero que eso se haga a costa de cargar la responsabilidad de la decisión provisional acerca del fondo conflictual sobre el Secretario judicial o el Notario no terminamos de entenderlo bien, cuando la alternativa de realizar la partición judicialmente no plantea similares problemas, permite resolver las controversias, y, por otra parte, se ha simplificado mucho en su tramitación desde la sustitución del procedimiento de testamentaría por el actualmente vigente.

3. REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMA

Según la norma del art. 1057.2 CC, los únicos requisitos objetivos para el nombramiento del contador-partidor dativo son los siguientes: inexistencia de testamento, es decir, que la herencia se defiera abintestato (o, más bien, que en ese caso el causante tampoco haya nombrado contador-partidor por acto *inter vivos*²²); y, para los casos de sucesión testamentaria, la falta de nombramiento de contador-partidor en el testamento (o por acto *inter vivos*), o la vacancia del cargo por falta de aceptación o por cualquier otra razón. Los supuestos expresamente mencionados por la norma a veces pueden presentar en la práctica dificultades para su apreciación, pero existen otros muchos casos que hacen imposible la realización de la partición, y que también pueden ser complicados de apreciar sin abrir un cauce para el enjuiciamiento de la contradicción existente entre las partes; pasamos a referirnos a ellos.

En primer lugar, puede que se haya realizado legalmente una partición, con anterioridad a la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo. El problema tendría cierta dificultad práctica desde el punto de vista probatorio porque la partición no requiere ninguna forma especial (así STS 10.4.1931, RJ 1930-1931/2008), de modo que pudiera argumentarse, por ejemplo, la existencia de la misma a partir de un estado de hecho posesorio establemente mantenido con aquiescencia de los interesados. En nuestra opinión, aunque no se haya llegado a culminar la partición, tampoco sería posible la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo en el supuesto en que antes se haya promovido por algún coherede-

²² Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 112.

ro o legatario de cuota la división judicial de la herencia, porque en el art. 789 LEC se dice que este procedimiento solamente puede sobreeserse en el caso de acuerdo unánime de los coherederos²³.

En segundo lugar, tampoco podrá solicitarse la división de la herencia si debe excluirse o retardarse su práctica, bien sea por disposición del testador o por acuerdo entre los coherederos²⁴. En efecto, debemos tener presente que el art. 1051 CC admite que el testador prohíba expresamente la división de herencia, si bien en estos casos la partición puede tener lugar cuando concurren alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad civil (cfr. arts. 1700 y ss. CC)²⁵. Una voluntad más específica puede darse cuando el testador haya prohibido expresamente el nombramiento de contador-partidor dativo²⁶, o lo haya hecho tácitamente; se ha dicho que este sería el caso de haber hecho la partición de sus bienes conforme al art. 1056 CC, o el de haber conferido al cónyuge supérstite las facultades del art. 831 CC²⁷. Quizá ambas hipótesis no sean por completo idénticas y se deba distinguir: si se hace uso de este último precepto, parece clara la voluntad del causante de conferir al cónyuge viudo las facultades partitivas; pero en la partición por el testador, pese a la distribución de los bienes por este, puede ser conveniente la existencia de contador-partidor a causa de las divergencias existentes entre los coherederos.

A veces se dice que la «partición por el testador» excluye la posibilidad de recurrir al procedimiento judicial de división de la herencia²⁸, y si esto se admite, la misma afirmación debería ser extensible a la solicitud de nombramiento de contador-partidor dativo. Pero se debería ponderar lo siguiente: el heredero debe tener algún mecanismo para comprobar que las disposiciones del causante suponen, en efecto, una partición completa. Para averi-

²³ Así CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

²⁴ BOLÁS ALFONSO, p. 37.

²⁵ Para el desarrollo de esta materia: ESPEJO, pp. 7599 y ss. No nos referimos ahora al problema específico que esta cláusula presenta en cuanto a las legítimas.

²⁶ PÉREZ RAMOS, p. 697.

²⁷ Para todo lo anterior, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 311. Lo sigue GONZÁLEZ ÁCEBES, p. 47.

²⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, p. 2471, y BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *La partición judicial*, Comares, Granada, 2007, p. 18. El primer autor cita en ese sentido las SSTS 8.5.1926 (JC T. 171 n.º 20) y 28.6.1961 (RJ 1961/2748). No obstante la primera de ellas se refería más bien a la partición encomendada a contador-partidor, y en realidad no se opone a esa legitimación, ya que se afirma que «aunque pueda parecer contradictorio el derecho que tienen los hijos a promover el juicio voluntario de testamentaría, con el derecho y consiguiente deber que asiste a los contadores para realizar las operaciones divisorias que les encomendó el testador, no puede en realidad decirse que substancialmente pugnen ambos derechos, ya que dentro del propio juicio universal los contadores conservan los poderes y encargo que le fueron conferidos por el causante».

guar con certeza si la partición es completa o no, debería ser posible utilizar los mecanismos de intervención del patrimonio, inventario, avalúo y liquidación propios del procedimiento de división de la herencia, o, como alternativa de similar justificación, solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo²⁹; además nada perjudicaría la existencia de estas facultades, ya que, en cualquier caso el que realice la partición deberá respetar las disposiciones particionales del testador.

La existencia de un albacea no tiene porqué impedir la solicitud de nombramiento de un contador-partidor dativo, ya que ambos cargos son compatibles entre sí; y sus competencias no tienen porqué chocar. Se debe tener presente que: «el cometido del albacea al que expresamente no se le han conferido otras facultades es extraño al de contador partidor y, a mayor abundamiento, el albacea testamentario que aquí se examina en ningún caso podría llevar a cabo las labores propias de contador partidor por la expresa prohibición contenida en el primer párrafo del citado art. 1057 del CC que, en plena coherencia en los más elementales principios del derecho, impide al testador encomendar por acto “*inter vivos* o *mortis causa*” la simple facultad de hacer la partición a uno de los coherederos»: así la SAP Cantabria 5.4.2002 (JUR 2002\164029); en el mismo sentido RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561): «los artículos 901 y 902 del Código Civil, determinan de forma clara cuáles son las facultades de los albaceas, sin que en las mismas se encuentren las de contar y partir, a menos que el testador las hubiese designado especialmente entre sus funciones, añadidas a las normales del albacea». De nuevo, pues, podemos estar ante la dificultad de apreciar si procede o no el nombramiento, lo que solamente puede resolverse con la interpretación del testamento.

Cabe plantearse si la prohibición por el testador de intervención judicial en la partición lleva consigo que los coherederos no puedan promover el nombramiento de contador-partidor dativo. Con anterioridad a la reforma del Código del año 2015 la cuestión podía ser discutible, pero la respuesta hoy debe ser negativa, una vez que el legislador ha optado por desjudicializar los expedientes³⁰.

Los coherederos, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden convenir permanecer en la indivisión de la misma; como demuestra que el art. 400 CC, aplicable por analogía, prevea este pacto en la comunidad de bienes (STS 15.4.2008, TOL 1.371.330). No obstante

²⁹ Vid. PÉREZ RAMOS, pp. 700 y ss. No llega a hacer la afirmación del texto, pero de su exposición claramente se deduce la práctica imposibilidad de cerrar el paso al nombramiento de un contador-partidor dativo, ante la dificultad de comprobar si la partición es o no completa.

³⁰ PÉREZ RAMOS, pp. 698-699.

la eficacia del pacto solamente puede abarcar un plazo de diez años, que resulta renovable mediante una nueva convención³¹. Por su lado, el art. 4.3 LMEA se refiere a un pacto de indivisión sobre las explotaciones agrarias, que se extiende a un período mínimo de seis años, a efectos de permitir que la explotación se considere como explotación prioritaria, siempre que la explotación, y al menos uno de los partícipes, cumpla los requisitos legales para ser calificada como tal³².

En tercer lugar, existen supuestos en los que se impone la suspensión de la partición, hasta que se resuelva una situación de incertidumbre. Así el caso del art. 966 CC, que se refiere al embarazo de la viuda³³; el ejercicio de alguna acción de filiación, y la institución en el testamento de una fundación todavía no constituida, entre otros³⁴. En esas situaciones hay que atender a la administración de la herencia de acuerdo con las reglas legales o con lo dispuesto por el testador. Cabe plantearse entonces si cabe que nombrar contador-partidor dativo, e incluso que este prepare la partición sin ejecutarla ni llevarla a efecto hasta que se resuelva la situación de pendencia. Entendemos que no es fácil poner obstáculos a ello, pues si llega a ser cierta la presencia de un nuevo heredero, tendrá que aprobar o rechazar la partición proyectada que, al no haberse podido ejecutar, ningún perjuicio le puede suponer³⁵. Naturalmente, es admisible pensar, además, que si la presencia del nuevo heredero, hace que se alteren las reglas de la mayoría necesaria para instar el nombramiento, de forma que los apoyos a la solicitud caigan por debajo del cincuenta por ciento, tampoco sería posible la aprobación de la partición por el Secretario judicial o el Notario.

Se debe tener en cuenta, finalmente, que, si fallece una persona que se encuentra en concurso de acreedores, el art. 182.3 LC indica que «la herencia se mantendrá indivisa» y deben continuar los trámites propios del concurso. La finalidad del precepto es la misma que la que se manifiesta en los arts. 1082 CC y 782.4, 788.3 y 796.3 LEC: proteger a los acreedores de la herencia conservando la

³¹ SCAEVOLA, *Código civil*, XVIII, Madrid, 1901, p. 235; MANRESA, José María, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Reus, Madrid, 1987 (7.ª edición revisada por Francisco Bonet Ramón), pp. 689-690; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, I, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 211; DE LA CÁMARA, p. 2470; LETE ACHIRICA, Javier, en *Tratado de derecho de sucesiones* (dir. GETE-ALONSO), II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 2556-2557; González Acebes, pp. 104 y ss.

³² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, en *Comentarios al Código Civil* (director, Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1145.

³³ Quizá extensible la norma a cualquier caso en que el *nasciturus* resulte llamado a la sucesión: así LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 7.ª edición, 2011, p. 394 y Díez SOTO, Carlos Manuel, en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011, p. 1707.

³⁴ LACRUZ, 1971, pp. 211-212.

³⁵ Así, Díez SOTO, p. 1707. En cambio, LASARTE, p. 395 opina que la partición no se puede comenzar hasta el nacimiento, en el caso del art. 966 CC.

unidad del patrimonio hereditario: *vid.* STS 28.01.2011 (TOL 2.034.418). Si bien en la hipótesis de un concurso no es necesaria una petición expresa de los acreedores de que la partición no se haga efectiva en tanto no se les pague, porque la administración del caudal impuesta por las normas del concurso supone precisamente este efecto por ministerio legal.

4. LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO

El Secretario judicial o el Notario solamente pueden proceder al nombramiento «a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario». Se viene diciendo que «la petición de nombramiento habrá de aportar una prueba *prima facie* de que los solicitantes componen una proporción de interés superior a la mitad del valor del caudal relicto, aun cuando acaso basten también cuotas que sumen más de la mitad de las participaciones abstractas en el caudal remanente una vez deducidas las atribuciones de cosa cierta, es decir, en el caudal realmente divisible y que da lugar a la controversia»³⁶. Al respecto pensamos lo siguiente: en ningún caso es necesario superar el cincuenta por ciento: la norma dice «al menos» y a eso hay que atenerse. En segundo lugar: no creemos que la solicitud pueda depender de la realización de valoraciones de bienes ni de deudas, aunque dichas valoraciones fueran simplemente preliminares; por tanto, a nuestro juicio, no hay que deducir las atribuciones singulares, ni se precisa computar el valor de ningún elemento patrimonial de la herencia, ni es necesario tener en cuenta las deudas de la misma: basta acreditar que los solicitantes tienen las cuotas que sumen al menos la mitad de las participaciones abstractas en la herencia. Nos mueve a pensar así, la necesidad de hacer fácil y operativa la aplicación de la norma, que no puede depender de la previa realización de unas operaciones que ya tienen carácter particional, que se presentan en la práctica corriente como muy controvertidas, y que, por definición (repetimos: ¡son operaciones particionales!), serían las que el contador-partidor está llamado a realizar.

Por otra parte no se establece en la norma ninguna limitación a la promoción del nombramiento por un único interesado que alcance la proporción indicada, de modo que debería admitirse³⁷.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, V, Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 155.

³⁷ ABELLA RUBIO, José María, «Partición hecha por el testador», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 209; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

Según algunos, la capacidad para formular esta petición será la capacidad general procesal, que el art. 323.2 CC reconoce al menor emancipado sin intervención de ninguna otra persona. En cuanto al tutor, se ha dicho que, como precisa autorización judicial para entablar demanda en representación del pupilo (art. 272.6 CC), parece que no la necesitaría para esta solicitud pues no se trata de una demanda, ni de dar inicio a un procedimiento contencioso³⁸. Nos parece preferible la tesis de exigir siempre la capacidad necesaria para realizar la partición³⁹, ya que no estamos ante un mecanismo propiamente jurisdiccional que requiera capacidad procesal⁴⁰. Esta postura, tras la reforma del art. 1057.3 CC, puede tener todavía mayor justificación normativa si, como parece, ha entendido el legislador que el menor emancipado no puede hacer por sí la partición⁴¹. Debe tenerse presente, por otra parte, que en el expediente intervendrá el Ministerio Fiscal cuando esté comprometido el interés de un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente (así, art. 4 LJV).

Se ha cuestionado a qué legatarios se refiere el precepto, pues una autorizada opinión considera posible la interpretación literal: «parece que a la petición de nombramiento de contador-partidor dativo pueden concurrir (no, tomar la iniciativa de ella), incluso quienes no tienen interés en la división, por ser herederos o legatarios de cosa cierta o por no participar en cuota del caudal, lo cual sólo podría justificarse por el interés de éstos en tener un administrador de la herencia sin necesidad de incoar los procedimientos de testamentaría o abintestato»⁴². En nuestra opinión las cosas no deberían entenderse así: habrá que excluir que puedan iniciar el expediente los legatarios que no lo sean de parte alícuota, y los herederos en cosa cierta⁴³. La razón nos parece clara: el interés de estas personas en la partición es simplemente indirecto, pues no necesitan dividir ningún bien, y resulta inusitado que por la iniciativa de los mismos se imponga la partición y sus gastos a quienes son sus únicos interesados⁴⁴; aparte de que incluirlos complicaría

³⁸ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ-SALA, p. 314.

³⁹ Vid. las diferentes opiniones en GONZÁLEZ ACEBES, pp. 165 y ss. y la suya, acerca de la necesidad de capacidad para pedir la partición, y no solamente la procesal.

⁴⁰ Lo cual resulta hoy evidente: PÉREZ RAMOS, p. 740.

⁴¹ Cfr. *infra* apartado 12.

⁴² LACRUZ, 1988, p. 155. En el mismo sentido literal DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154; PÉREZ RAMOS, pp. 724 y ss.

⁴³ ÁLVAREZ-SALA, p. 314; DE LA CÁMARA, pp. 2492-2493; PUIG FERRIOL, pp. 681-682; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Partición hereditaria: conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición», en PÉREZ ÁLVAREZ (Coord.), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, p. 462.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154 justifica su postura así «no se trata de legitimar a éstos para solicitar la partición, sino de tomar la iniciativa para que se nombre un contador-partidor». ¿Qué se quiere decir con ello? ¿no podrá realizarse la partición cuando esta iniciativa parta de algún legatario?

enormemente que se pudiera apreciar que la petición de nombramiento está realizada por el cincuenta por ciento de los partícipes, cosa que sin haberse hecho el inventario resulta imposible⁴⁵. Recientemente se ha argumentado en contra de nuestra opinión que el problema que se presenta al legatario al que no se le entrega su legado es similar al de los partícipes que ven obstaculizada su pretensión de división, lo cual requiere una respuesta similar del ordenamiento⁴⁶.

Es un argumento que inicialmente parece convencer: no se puede olvidar que el retraso en las entregas de los legados puede obedecer, en ocasiones, a la existencia de acreedores y legitimarios; es decir, a problemas específicamente particionales. Así las cosas, pudiera pensarse que es necesario que el legatario tenga algún arma para acelerar la partición. Pero ponderando el asunto con más calma tampoco nos resulta concluyente este argumento a favor de la preconizada legitimación de los legatarios: la facultad particional de cada coheredero concurre con similares facultades del resto, por lo que es conceptualmente correcto confiar la partición a un mecanismo de jurisdicción voluntaria, como el representado por el contador-partidor dativo, ya que es posible que no existan controversias entre los coherederos, sino una lícita, pero poco deseable, pasividad de alguno. En cambio, la relación entre legatario y heredero no se presenta en este mismo plano de igualdad de

⁴⁵ El planteamiento de la cuestión, con el desarrollo detallado de las diferentes posturas doctrinales y de sus argumentos, puede verse en GONZÁLEZ ACEBES, pp. 144 y ss. Más recientemente PÉREZ RAMOS, pp. 724 y ss. argumenta en contra de la tesis que exponemos en el texto con razones que no nos resultan convincentes. No vemos que se pueda negar el interés meramente indirecto que tiene un legatario de cosa cierta en la partición, cuando queda claro en la ley que ni debe consentirla (art. 1058 CC), ni puede solicitarla judicialmente (art. 782 LEC), ni la misma afecta a la adquisición de la propiedad (art. 882 CC), ni de la posesión (art. 885 CC). Y, por otra parte, el principal efecto de la partición es el de atribuir la propiedad de las cosas adjudicadas a cada coheredero o legatario de cuota (art. 1068 CC). Un asunto es que pudiera resultar conveniente al legatario que exista contador-partidor dativo para facilitar la entrega de su legado, cosa que no negamos, y otra que ese interés sea directo, y comporte legitimación para pedir su nombramiento. También nos reafirmamos en que si se reconociera esa legitimación ello haría imposible el cálculo del porcentaje al que la norma se refiere, que presupone un inventario y valoración de los bienes. A ello opone PÉREZ RAMOS que ese cálculo lo deberían hacer los solicitantes. Por nuestra parte pensamos que a este argumento se puede responder que el legatario no está en condiciones jurídicas de hacer ese cálculo, a diferencia de los herederos: ¿tiene, acaso, el legatario la posesión de los bienes de la herencia? ¿Podrá solicitar legítimamente los saldos de cuentas corrientes y productos de crédito de la misma? ¿Podrá dirigirse al Registro de la Propiedad para indagar la situación de inmuebles no específicamente legados a él? Nos parece evidente que no.

⁴⁶ PÉREZ RAMOS, p. 729: «el fundamento y la utilidad de la figura del comisario dativo existe tanto en el caso del heredero como del legatario, sea éste de parte alícuota como de cosa determinada, porque todos ellos pueden injustamente verse perjudicados por la actitud obstaculizadora de uno de los herederos, y a todos ellos la figura del comisario dativo puede ser de gran ayuda; y si idéntico es el problema, razonable es que también sea idéntica la solución».

posición jurídica: no debemos olvidar, en primer lugar, que el legatario carece en general de la facultad de instar la partición; por otra parte, el legatario tiene otros mecanismos ante la falta de entrega posesoria; este problema reviste perfiles claramente contenciosos, e incluso, antijurídicos: el legatario es el propietario de la cosa legada (art. 882 CC), al que los herederos o el albacea deben entregar su posesión (art. 885 CC); si esa entrega no se produce, ello manifiesta por parte de estos últimos no una lícita pasividad, sino una conducta aparentemente contraria a la norma, que debe resolverse como la controversia jurídica que en realidad es. No vemos nada claro que la solución de un problema así pueda alcanzarse en la jurisdicción voluntaria. Y, además, admitiendo la legitimación del legatario se abre un abismo poco justificado entre las respectivas posiciones jurídicas de los legatarios que logren la mayoría suficiente para instar el nombramiento de contador-partidor dativo, y los que no la logran. Unos consiguen poner en marcha la partición; otros, únicamente pueden reclamar la entrega del legado.

Frente a ello, sería indudable que vale el argumento de que a los legatarios de cosa cierta les podría beneficiar el nombramiento de un contador-partidor dativo, pero también lo es que, interpretando el art. 1057.2 CC en su contexto, que es la partición, no tiene sentido otorgarles en este caso una legitimación de la que carecen en cualquier otro tipo de partición⁴⁷; tampoco los antecedentes ni la finalidad de la norma lo apoyarían, pues siempre se ha entendido que el problema que se quería combatir era el representado por la unanimidad de la partición. Quedaría, pues, el literal como único apoyo de la legitimación del legatario, argumento que, además, permite ser fácilmente corregido si la referencia legal se circunscribe a los legatarios de parte alícuota.

La inclusión de estos últimos sí parece necesaria y acertada, aparte de que su asimilación a los herederos se deduce desde antiguo de la constante jurisprudencia que se apoya en la indudable analogía que presentan su posición jurídica y la del heredero⁴⁸: STS 11.1.1950 (RJ 1950/21); RDGRN 4.11.1935 (RJ 1935/2056); esta última, por ejemplo, consideró que si bien «en el marco de

⁴⁷ Así BOLÁS ALFONSO, p. 42. Piensa PÉREZ RAMOS, p. 725 que la falta de legitimación del legatario en la partición judicial es en la actualidad un argumento superado a causa de que el nombramiento de contador-partidor dativo ya no lo realice el Juez. No nos lo parece así: el argumento no superable sería que en ninguno de los tipos de partición ni el legatario puede tomar la iniciativa, ni debe consentir; permitirlo aquí sería una anomalía sistemática que debería contar con más argumentos que el literal.

⁴⁸ Y doctrina: SCAEVOLA, *Código civil*, XVIII, p. 245; MANRESA, pp. 704-705; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Madrid, 2006, p. 9.

nuestro Derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alícuota, no lo es en cambio estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los artículos 1038 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 42, núm. 7.º, de la Ley Hipotecaria, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el reconocimiento por el sucesor del patrimonio en que ha de participar, en cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada»⁴⁹. Más recientemente la RDGRN 22.3.2007 (TOL 1.042.295) consideró que el legatario de parte alícuota debía intervenir en la partición⁵⁰, por lo que cabe suponer que también la puede instar; y la STS 14.7.2008 (TOL 1.347.117) indicó que dicho «legatario forma parte de la comunidad hereditaria, estando legitimado para instar su división judicial (art. 782.1 LEC)». En el mismo sentido STS 12.6.2006 (TOL 961.863)⁵¹. Por todo ello nos parece necesario asegurarle también legitimación para promover el nombramiento de contador-partidor dativo, y que acierta la norma al preverlo.

Pueden suscitarse dudas en determinados casos que tratamos a continuación.

En primer lugar, cuando existe un heredero único resulta obvio pensar que no es necesario hacer la partición de herencia, ya que no existe una comunidad divisible: así lo afirmaron las SSTS 29.12.1988 (TOL 1.733.537)⁵², 9.5.1997 (TOL 216.592)⁵³

⁴⁹ Hoy, evidentemente, el fundamento procesal de la tesis de la Resolución debería fundarse en el art. 782.1 LEC: cfr. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones, común y foral*, III, Dykinson, Madrid, 2009, p. 2548.

⁵⁰ «Dada la condición del legatario de parte alícuota como miembro de la comunidad hereditaria y copropietario de los bienes de la herencia, parece lógica la necesidad de exigir la intervención del mismo, no sólo para realizar actos de disposición sobre los bienes comunes, sino también para proceder a la extinción de dicha comunidad mediante la partición».

⁵¹ Y, en la doctrina, DE LA CÁMARA, pp. 2475-2476.

⁵² No es «en este supuesto de heredero único, necesaria partición alguna, como acertadamente también han entendido las contestes sentencias de la instancia, carece de todo sentido jurídico la invocación por algún acreedor de la herencia del art. 1082 del Código Civil para oponerse a una partición que no ha de practicarse, como tampoco pueden los acreedores, por el mero hecho de serlo, oponerse a que se inscriban en el Registro de la Propiedad los bienes hereditarios a nombre de ese heredero único, utilizando como título para tal inscripción el testamento de la causante (art. 14 de la Ley Hipotecaria y 79 de su Reglamento), todo ello sin perjuicio de que los referidos acreedores puedan hacer uso de las demás medidas cautelares que les ofrece el ordenamiento jurídico para el aseguramiento y efectividad de sus créditos».

⁵³ «Es reiterada la doctrina jurisprudencial que mantiene que el simple título de heredero no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio, como alega el recurrente en casación en el motivo tercero. Pero ello no se aplica en términos absolutos: así, la sentencia de 16 de febrero de 1987 dice: en la hipótesis de here-

y 26.2.2004 (TOL 352.236). En esta situación parecería innecesaria la figura del contador-partidor dativo. No obstante, aunque exista un único heredero, la existencia de otros interesados, como puede ser el cónyuge viudo por su cuota usufructuaria, los legitimarios que sean simplemente legatarios de cuota (a veces, simplemente, de su legítima) y los propios legatarios de cuota, puede hacer necesaria la práctica de la partición, en la que intervengan estos otros sujetos en defensa de su derecho. Así se deduce, en cuanto a la partición en general, no específicamente en cuanto a la iniciativa para pedir el nombramiento de un contador-partidor dativo, de la RDGRN 12.6.1930 (JC T 195 n.º 32), para el caso del cónyuge viudo que era usufructuario; de la STS 18.6.1959 (RJ 1959/2507), para el supuesto de heredero único que concurre con legitimarios y de la STS 22.2.1997 (TOL 215.715), para el supuesto del legatario de cuota. Por tanto debe ser posible, en estos casos, solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo.

En segundo lugar, puede ser dudosa la cuestión de la legitimación en los casos en que haya existido cesión de una cuota de herencia. Se ha dicho que el cedente conserva su condición de heredero que sería personal o personalísima y por tanto es él únicamente quien puede ejercer los derechos inherentes a tal condición⁵⁴. Esta tesis nos parece que no puede sostenerse porque el derecho de los coherederos sobre el caudal relicto es patrimonial, y no existen razones para considerarlo personalísimo, una vez que el ordenamiento permite su transmisión a terceros. Así lo han reconocido algunos autores⁵⁵, y diversos pronunciamientos: las SSTS 24.2.1909 (JC T 113 n.º 104) y 27.11.1961 (RJ 1961\4125), según las cuales la teoría de que el cesionario del derecho hereditario no puede solicitar la partición es desestimable y no puede ser aceptada; y la RDGRN 29.12.1930 (RJ 1930\1845)⁵⁶. El hecho de que no

dero único huelga la partición hereditaria en cuanto el testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes».

⁵⁴ Cfr. la crítica de esta tesis en VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 111 y ss.

⁵⁵ SCAEVOLA, pp. 246 y 250; y lo extiende al cesionario de un legatario de parte alícuota: MANRESA, pp. 705-706.

⁵⁶ «La cesión de cuota hereditaria realizada por medio de escritura pública sin llegar a transmitir la cualidad de heredero con las características personales y familiares del caso, faculta al cesionario para ejercitar las acciones y derechos que la ley confiere al cedente en orden a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes hereditarios. (...) de los artículos 1000, 1067 y 1464 del Código Civil se desprende con toda evidencia que dicho acto jurídico no engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere el derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que pueda pedir por su propia autoridad la partición hereditaria, sino que lo pone en relación dominical directa con los elementos de la masa relicta».

se contemple en la norma a los cesionarios del derecho hereditario, lejos de implicar que están privados de este derecho, significa simplemente que la mención resultaría innecesaria, puesto que ya están incluidos en la denominación de herederos. Los cesionarios se han subrogado en la totalidad de derechos y acciones del cedente, incluido el derecho de solicitar la partición⁵⁷. La legitimación del cesionario comporta que el cedente de la cuota no debe intervenir en la partición: así SSTS 1.6.1955 (RJ 1955/2378) y 20.2.2002 (RJ 2002\2893)⁵⁸. En conformidad con ello, entendemos que es el cesionario quien puede pedir el nombramiento de contador-partidor dativo⁵⁹.

En tercer lugar, cabe plantearse la situación de los herederos fiduciarios (y análogamente los instituidos bajo condición resolutoria) y los fideicomisarios. Los fiduciarios, en su condición de herederos, parece claro que deben estar facultados junto con los demás coherederos. Ciertamente podría argüirse en contra que carecen del poder de disposición, y el art. 1052 CC les haría imposible instar la división; pero pensamos que el argumento se debe rechazar por chocar con el criterio legal de facilitar la división, y priva al fiduciario de la posibilidad de gozar de la posición jurídica a la que ha sido llamado⁶⁰. En realidad la partición no supone un acto dispositivo, sino determinativo. A favor del criterio aquí adoptado se mostró la RDGRN 10.6.1916 (JC T. 137 n.º 18), que declaró inscribible la partición con el argumento de que ésta se limitaba «a disolver la comunidad formada por los interesados y a practicar la división de bienes consiguiente, y no puede asegurarse que infrinja la prohibición de vender, tanto porque las personas a quienes se adjudican aquéllos son aquellas comprendidas en la mencionada cláusula de institución de herederos, como porque según reiterada jurisprudencia de esta Dirección, la adjudicación de los bienes inmuebles, en los actos particionales, se rige por reglas especiales y no por las establecidas en general para la enajenación de bienes».

⁵⁷ En contra, la STS 1.7.1915 (JC T. 133 n.º 138). MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, V, 2.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 503 a favor de la posibilidad de que pida la partición. En contra, DE LA CÁMARA, p. 2476, pero sobre la base de una interpretación de este último precepto que no atiende a los claros antecedentes que alega Miquel.

⁵⁸ «Si bien doña Avelina y don José P. G. son hijos y sucesores de don José María P. M. pero transmitieron los derechos hereditarios que pudieran corresponderles en dicha herencia a los demandados, don Celso P. G. y doña María Flora B. M., no puede sostenerse la exigencia de su presencia en el proceso porque en sus derechos han sido sustituidos por los adquirentes, como así ha acaecido».

⁵⁹ En este sentido, ÁLVAREZ-SALA, p. 315 y GONZÁLEZ ACEBES, pp. 143-144.

⁶⁰ En este sentido DE LA CÁMARA, p. 2475.

Se pudiera pensar que los fideicomisarios también están interesados en la partición, y por tanto pueden promover el nombramiento de contador-partidor dativo⁶¹, porque posteriormente esa división les afectará personalmente. Por eso se ha defendido doctrinalmente que podrían pedir la partición si el fiduciario no lo hace, salvo que el fideicomiso sea condicional, en cuyo caso habrá que aplicarles el art. 1054 CC que impide al heredero pedir la partición: así STS 22.1.1969 (RJ 1969\199)⁶². Y, siguiendo en esa línea, tampoco podría desdeñarse la posibilidad de que interviniéran en todo caso. A nuestro juicio, habría que repensar mejor esta solución propuesta por la doctrina: si bien los fideicomisarios tienen interés en los bienes hereditarios, no parece que puedan imponer la división de los mismos, porque es una cuestión que no les afecta de modo directo e inmediato. El sentido de la sustitución fideicomisaria es crear herederos sucesivos, y aunque esto limita las facultades de disposición del primer llamado, coartarle la facultad de partir parece excesivo, y contrario a la naturaleza de la institución. A los fideicomisarios les basta poder recibir la herencia en el momento establecido por el testador: hasta entonces deben respetar lo hecho por el fiduciario. Si entonces se ha producido ya la partición, harán suyos los bienes adjudicados al fiduciario; si, en cambio, la partición todavía no se hubiere verificado, pero sí se ha realizado el nombramiento de contador-partidor, podrán aprobar la partición que presente o no hacerlo; si ni siquiera ha existido la solicitud de nombramiento de contador-partidor, podrán ellos realizarla. Ahora bien, la presencia de estos llamamientos sucesivos, requiere un adecuado control de que la partición sea efectivamente tal: so capa de partición no podrán encubrirse actos dispositivos que terminen perjudicando al fideicomisario, vaciando de bienes el patrimonio transmitido. ¿Pero apoyaría este argumento que se pueda interpretar que su falta de consentimiento obliga a la aprobación de la partición, realizada por el contador-partidor dativo, por el Secretario judicial o el Notario? No pensamos que ello pueda ser así, simplemente deberá existir por parte de los responsables del expediente una verificación causal de la partición presentada a aprobación por el contador-partidor.

A nuestro juicio la situación del coheredero que soporta un usufructo de cuota es algo diferente. Es obvio que para promover el nombramiento deberán estar legitimados los herederos que reciban los bienes en nuda propiedad: RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543), pero cabe pensar que también el usufructuario de cuota, porque la

⁶¹ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 143.

⁶² DE LA CÁMARA, p. 2475.

partición afecta al objeto sobre el que va a recaer su derecho actual. Abordaremos esta materia, en particular, al examinar la posición jurídica del cónyuge viudo.

En cuarto lugar, encontramos dificultades en la posición de los legitimarios del causante. Los legitimarios pueden haber recibido su legítima mediante un legado de cosa cierta, de género o de cantidad, o mediante donaciones (cfr. art. 815 CC), en cuyo caso no tienen un interés directo en la división, aunque sí en el inventario y avalúo de los bienes. Por tanto, los legitimarios podrán participar o no en el nombramiento de contador-partidor dativo en función de si se lo permite su título sucesorio que derive del testamento o de la ley supletoria, pero son interesados en todo caso a los efectos de la necesaria notificación de la solicitud hecha por los coherederos. Por otra parte no debe olvidarse, que el cálculo y los eventuales complementos deberán recibirse de los demás llamados a la herencia, lo cual implica que la sucesión se ha hecho litigiosa, ya que hay que reducir alguna atribución del causante. Por eso, debido al interés de los legitimarios en la correcta realización de las operaciones de valoración, computación e imputación, y, en su caso, en la reducción de donaciones, legados y mejoras, que son típicamente particionales, es necesario reconocerles la facultad de aprobar la partición resultante. Sin ella, será necesario que la apruebe el Secretario judicial o el Notario.

Particularmente problemática puede ser la posición del cónyuge viudo que sea usufructuario. De entrada, no tenemos hoy una norma clara que le atribuya la facultad de división de la herencia. En general, el art. 490 CC que se refiere al usufructuario de una parte de la cosa poseída en común, no atribuye al mismo la facultad de división: el usufructuario únicamente administra y percibe los frutos correspondientes a la participación en la cosa del nudo propietario; por tanto será este último quien puede solicitar la división⁶³. Podría parecer, en coherencia con esta solución, que el cónyuge viudo usufructuario únicamente usufructúa la comunidad hereditaria, sin que pueda solicitar la partición; pero no era esa la solución pacíficamente admitida hasta hace unos años: el art. 1038.2 LEC 1881 sí le otorgaba legitimación para instar la división de la comunidad hereditaria⁶⁴. El actual art. 782.1 LEC, en cambio, quizá corroboraría la falta de legitimación, ya que no se

⁶³ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El usufructo*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 512 y ss.; pp. 990 y ss.

⁶⁴ Lo cual es compatible con el hecho de que carezca de legitimación para instar la división de las cosas en que se haya adjudicado su usufructo: STS 9.2.1970 (ROJ: STS 520/1970 – ECLI: ES: TS:1970:520); y que tampoco debe ser demandado: SSTS 20.4.1988 (TOL 1.734.837) y 2.4.2008 (TOL 1.354.572).

refiere al cónyuge viudo como sujeto legitimado para solicitar la división judicial, a diferencia de lo que establecía la LEC derogada, lo que ha llevado efectivamente a algunos autores a interpretar que no tiene legitimación⁶⁵. La modificación normativa ha sido juzgada negativamente, pues introduce dudas en un problema antes perfectamente resuelto⁶⁶; no obstante, contra la falta de legitimación estaría el argumento siguiente: el criterio del art. 490 CC es mucho más operativo en el caso de usufructo de una cosa, ya que en el usufructo de la cuota de herencia el procedimiento divisorio o la partición son indispensables para el cálculo exacto tanto de la porción usufructuaria del cónyuge como de los bienes concretos sobre los que va a recaer este derecho. En consecuencia, es bastante frecuente pensar que la legitimación debe existir⁶⁷. Quizá apoyaría esta tesis el hecho de que la vigente redacción de la ley procesal no mencione como legitimados a los «herederos testamentarios», como decía la ley anterior, sino a «cualquier heredero» (y el cónyuge es considerado «heredero forzoso» por el art. 807 CC); así como que el cónyuge viudo deba ser citado a la junta de los interesados directamente en la división⁶⁸.

Admitido que el cónyuge viudo esté legitimado, quedarían por analizar algunas otras cuestiones: por ejemplo, ¿cómo se realiza el cómputo necesario para la solicitud? Se ha propuesto que sean de aplicación los criterios fiscales de valoración del usufructo y de la nuda propiedad⁶⁹, pero no creemos que el art. 1057 CC deba interpretarse en el sentido de que lo determinante sea el cálculo exacto del valor de las atribuciones a cada sucesor: basta con la participación mayoritaria en la herencia, en este sentido tanto vale el usufructo como la nuda propiedad. Es decir, si el usufructo fuera de la mitad de la herencia, eso bastaría para instar el nombramiento,

⁶⁵ NAVARRO CASTRO, Miguel, *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Madrid, 2009, p. 39; GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, *La partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de cobro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 145 y ss.; CARBALLO FIDALGO, p. 1748. Para estas últimas autoras la legitimación del cónyuge sólo procederá cuando haya sido llamado como heredero o legatario de cuota, pero para la primera el derecho legal de usufructo, coloca al cónyuge en una posición jurídica similar a la del legatario de cuota, lo que le debería legitimar para instar el procedimiento.

⁶⁶ COLINA GAREA, Rafael, «La legitimación para promover la división judicial de la herencia. Problemas sustantivos y procesales», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord. por Juan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llari), Vol. 1, Valencia 2006, Tirant lo Blanch, pp. 950 y ss.

⁶⁷ Expresamente en este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, pp. 533-534; PEÑA, «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», p. 511; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, p. 39; O'CALLAGHAN, pp. 10-11.

⁶⁸ Así el art. 783 LEC. En el sentido de que este precepto corrobora la legitimación del cónyuge para instar el procedimiento de división: GUILARTE GUTIÉRREZ, p. 549; y, específicamente el de contador-partidor dativo, GONZÁLEZ ACEBES, pp. 160-161.

⁶⁹ GONZÁLEZ ACEBES, p. 165; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2648.

como, también, la solicitud del nudo propietario de la mitad de herencia.

En cuanto al consentimiento del cónyuge viudo en la partición realizada por el contador-partidor dativo habría que decir lo siguiente: no será necesario si se tratara de un usufructo universal, ya que no le afectará la partición; pero, si el usufructo fuese de cuota de herencia, la partición le afecta y es necesario su consentimiento. Así la RDGRN 12.6.1930 (RJ 1930-31/1835) consideró «que, por grande que sea la tolerancia con que se proceda corrientemente en esta materia, no puede autorizarse como práctica correcta el que no sólo deje de declararse el derecho de la viuda a la cuota usufructuaria legal, sino que se realice la partición en que ella aparece interesada sin su concurso ni representación»⁷⁰.

En quinto lugar, nos encontramos con los acreedores del causante y de los herederos. Ni unos ni otros cuentan con legitimación para promover el nombramiento, ya que esa posibilidad resultaría excesiva para hacer efectivos sus derechos⁷¹. Les basta la posibilidad a los primeros, de poder pedir la intervención y administración de la herencia (art. 792 LEC), así como oponerse a que la partición realizada se lleve a efecto (art. 1082 CC)⁷²; y a los segundos, la posibilidad de intervenir en la partición para evitar que se haga en fraude de sus derechos, como le reconocen los arts. 1083 CC y 782.5 LEC. No obstante, los acreedores de un heredero no aceptante, que utilicen la vía del art. 1001 CC parece que se sitúan en la misma posición jurídica que el heredero, y, por tanto, pueden pedir la partición⁷³; por tanto también están legitimados para promover el nombramiento de contador-partidor dativo⁷⁴.

5. EL CÁMPUTO DEL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN

Se ha dicho que el porcentaje del cincuenta por ciento al que se refiere la norma, debería aplicarse sobre el activo hereditario líquido, una vez deducidas las deudas y las atribuciones singulares⁷⁵.

⁷⁰ VALLET, pp. 354 y ss.

⁷¹ Incluso bajo la vigencia de la LEC 1881, en la que los acreedores se encontraban legitimados para promover el juicio de testamentaria, se decía, con toda la razón, que no están legitimados para pedir la partición de la herencia: así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada 2009, p. 172 (§162).

⁷² Así PÉREZ RAMOS, pp. 737-738.

⁷³ MANRESA, p. 706; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961, p. 472; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2547; DE LA CÁMARA, p. 2476.

⁷⁴ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 152. Duda PÉREZ RAMOS, pp. 736-737.

⁷⁵ ÁLVAREZ-SALA, p. 315; PUIG FERRIOL, p. 682.

No nos parece que pueda admitirse así⁷⁶ porque, tratándose de una herencia mínimamente compleja, este cálculo inicial puede resultar de muy dudosa viabilidad, y el Secretario judicial o el Notario quedarían en una situación complicada a la hora de valorar si se ha realizado regularmente la solicitud, o si, por el contrario, debieran rechazarla porque no se ha superado el cincuenta por ciento de la participación requerida. Por ejemplo, se puede pensar en supuestos en que procedan suplementos de legítima, haya herederos forzosos preteridos, etc. Pero, incluso en otros supuestos menos complejos no será fácil poder realizar *a priori* un inventario y una valoración detallados que son precisamente operaciones particionales que, por hipótesis, no están hechas y que suelen suscitar problemas entre los coherederos. De manera que, en nuestra opinión, deberá ser la participación teórica a tenor del título sucesorio la que decida el porcentaje exigible.

No obstante, si se mantuviera la tesis que no compartimos, sería necesario entender que un problema de mal cálculo del porcentaje no podría implicar la ineficacia de la partición eventualmente lograda por esta vía⁷⁷. La razón parece evidente: la partición a la que se llegue requerirá consentimiento unánime de los interesados o la aprobación por el Secretario judicial o el Notario, y cualquiera de esos actos permitirá superar cualquier defecto de legitimación que se haya producido en la solicitud, mientras que los problemas de fondo deberían resolverse en un procedimiento contencioso.

En la práctica será muy importante el supuesto de herencias en las que previamente a la partición haya que liquidar la sociedad conyugal. Se debe entender, entonces, que los cómputos del porcentaje necesario para la solicitud de nombramiento del contador-partidor se realizan de modo independiente para la sociedad de gananciales y para la herencia, puesto que se trata de dos comunidades diferentes. Para algún autor esto significa que, para liquidar los gananciales, basta con la solicitud del cónyuge para imponer un contador-partidor dativo, y que, por el contrario, nunca resulta posible imponérselo a él, ya que además de su parte en gananciales tendrá la condición de legitimario, lo cual disminuye por debajo del cincuenta por ciento la participación hereditaria de los demás⁷⁸. Estamos de acuerdo con lo primero, pero no con lo segundo. La condición de usufructuario sobre una porción de los gananciales que se transmiten por herencia, no creemos que deba computar-

⁷⁶ Tampoco a GONZÁLEZ ACEBES, p. 165.

⁷⁷ RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2647.

⁷⁸ PÉREZ RAMOS, pp. 693-694.

se⁷⁹; dicho de otra manera, la participación en usufructo del cónyuge no debería impedir el nombramiento de contador-partidor dativo para la liquidación de la sociedad de gananciales, pues ello significaría tanto como dejar a la voluntad del cónyuge la posibilidad de bloquear el nombramiento e imponer la división judicial, contra los evidentes propósitos del legislador. Si bien esta solución no evita que, para imponer al cónyuge el nombramiento de contador-partidor dativo, sea necesaria la unanimidad de todos los coherederos que suman el cincuenta por ciento de los derechos en la sociedad de gananciales, lo cual será improbable que se logre en los supuestos para los que está pensada la figura del contador-partidor dativo (en los que suele producirse la pasividad de alguno de los coherederos).

Ahora bien, como las mayorías necesarias se deben computar con independencia para cada una de las masas patrimoniales que se pretenden dividir; la pasividad particional no puede afectar a la vez a un coheredero y al cónyuge, pues, si se da esa doble inercia, no podría liquidarse la comunidad ganancial mediante el contador-partidor dativo nombrado para la partición de la herencia. Esto se podría haber evitado con un régimen legal diferente acerca de las mayorías necesarias en cada caso, o habiendo precisado que el contador-partidor dativo sucesorio tiene facultades para liquidar por sí mismo la sociedad de gananciales, pero faltando dicho régimen, tenemos un resultado bastante confuso en el que la figura resulta muy poco operativa en esta importante situación. Otra cosa será que el contador-partidor dativo de la herencia tenga facultades para dividir, junto con el viudo, la sociedad de gananciales, lo cual además de ser también problemático, aunque lo analizaremos luego, no terminaría de resolver los problemas que genera la renuencia del cónyuge supérstite a practicar la partición.

6. PROCEDIMIENTO

Formulada la solicitud, la designación del contador-partidor dativo la debe resolver el Secretario judicial o el Notario «con citación de los demás interesados, si su domicilio fuera conocido». Entre estos interesados estarán los herederos y legatarios de parte alícuota que no pidieron el nombramiento del contador-partidor dativo, los legatarios (en este caso también los de cosa cierta, pues interés naturalmente tienen, aunque no sea directo), los legitima-

⁷⁹ Posibilidad que el propio PÉREZ RAMOS, pp. 762-763 desarrolla más adelante, si bien no se decanta claramente por ella.

rios, cuya legítima hubiera sido satisfecha mediante donación o legado, pues la imputación y colación de donaciones son operaciones particionales en las que tienen un interés directo⁸⁰. Se discute si la citación y audiencia debe hacerse también a los acreedores de la herencia y a los particulares del heredero, lo cual parece dudoso en ambos casos⁸¹, si bien puede ser prudente citarlos para evitar problemas. En realidad interesados se deben considerar exclusivamente a los cotitulares del activo, que son los que constan como tales en el título sucesorio, o bien tienen carácter de legitimarios; otros posibles interesados intervendrían exclusivamente si se personaran en el procedimiento. Entendemos perfectamente aplicable por analogía a esta cuestión el art. 783.5 LEC.

En cuanto a la competencia territorial hay que tener presente: a) en lo que se refiere al Secretario, que lo será el del «Juzgado de Primera Instancia del último domicilio o residencia habitual del causante, o de donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o el del lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. En defecto de todos ellos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio del solicitante» (art. 92.3 LJV); b) y en lo que se refiere al Notario, que tendrá competencia el «que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente» (art. 66.2 LN).

Naturalmente la tramitación que se realiza ante el Secretario judicial se debe ajustar a las normas comunes de la Ley (art. 1 a 22 LJV); como ya hemos dicho no se ha regulado nada en cuanto al Notario, pero es obvio que los criterios aplicables no pueden ser muy diferentes. Con anterioridad a la reforma el AAP Madrid 1.6.2002 (TOL 221.512), había afirmado que el procedimiento de

⁸⁰ ÁLVAREZ-SALA, p. 315; PUIG FERRIOL, p. 683; GONZÁLEZ ACEBES, p. 183; en contra de la citación a los legitimarios, PÉREZ RAMOS, pp. 740-741.

⁸¹ No deben ser citados según ÁLVAREZ-SALA, pp. 316-317 y PÉREZ RAMOS, p. 741-742. En sentido afirmativo: PUIG FERRIOL, p. 683; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 185-186; DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 1154; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 462; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742, para evitar impugnaciones sobre el nombramiento. Pero nos parece difícil que antes de hacer la partición se pueda citar a los acreedores de la herencia, cuya identificación es precisamente una operación particional que, por hipótesis, no está realizada; menos aun que se cite a los acreedores de los coherederos.

división judicial de la herencia nada tiene que ver con el nombramiento por el Juez de un contador-partidor dativo (art. 1057.2 CC), ya que estamos ante una petición diferente a aquella que a todo heredero corresponde para solicitar la división de la herencia por los trámites de los arts. 782 y ss. LEC: «Dicha solicitud ha de seguir los trámites de los actos de jurisdicción voluntaria, (...)».

Por otra parte, según la argumentación del AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485), el Juez debe apreciar si concurren los presupuestos procesales necesarios para la aprobación judicial del nombramiento: no constar que el testador haya efectuado un nombramiento de partidor, y estar legitimados los solicitantes para instar el nombramiento. Así, también SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583), que cita el AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631).

7. LOS REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR EN EL CONTADOR-PARTIDOR

Habrá que tener en cuenta que el nombramiento se debe realizar «según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos».

A este respecto, salvo el improbable caso de acuerdo entre todos los interesados (art. 339 LEC), el art. 341 LEC se ocupa del procedimiento para la designación judicial de perito, en los siguientes términos:

«1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona».

Por su parte, si el expediente se tramita ante Notario, el art. 50 LN dispone:

«1. En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial, y a partir de ella se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona».

Al respecto se ha planteado si el contador-partidor dativo podrá ser un Notario; parece obvio que el art. 50 LN no está pensando en esa posibilidad, pues todo el sistema de selección parte de la base de una comunicación del Decano del Colegio Notarial con profesionales externos. Ahora bien, a la vista de la expresión legal que determina la cualificación necesaria para ser perito –«profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente»– sería un tanto extraño excluir precisamente a los Notarios, cuya preparación en materia sucesoria es muy alta (por no decir mucho más alta, hablando en términos generales, que la de otros posibles destinatarios del encargo). Naturalmente que el legislador pudiera haberse planteado la incompatibilidad de los Notarios con el cargo desde el punto de vista de evitar tensiones corporativas. Pero entendemos que, no habiéndolo hecho, no debería haber problema para ello, siempre que el contador-partidor sea un Notario diferente al que realiza el nombramiento y aprueba la partición⁸².

⁸² PÉREZ RAMOS, p. 750.

Por lo demás, las condiciones subjetivas del contador así designado, así como las reglas que gobiernen la partición realizada no deben ser diferentes a las exigidas para el contador-partidor testamentario⁸³. Por tanto, habrá que tener presente que solamente se podrá nombrar contador-partidor a quien no sea coheredero⁸⁴: en este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, la reciente RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561). La exclusión de estos últimos está perfectamente justificada: como dice García Goyena: «el interés del partidor se hallaría en oposición con el de los otros»⁸⁵. En cambio, para la STS 11.1.1928 (JC T. 180 n.º 38) es apto para ser nombrado albacea el marido de una de las coherederas porque en ese caso no se produce el conflicto de intereses de forma directa⁸⁶. En razón de la justificación que existe para la exclusión de los herederos, cabe pensar que el llamado que repudia sí pudiera llegar a ser contador-partidor⁸⁷.

Parece obvio que también estarán excluidos los que sucedan al causante por derecho de representación o como sustitutos de un heredero. No obstante, una RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543) afirmó que podía ser contador el sustituto fideicomisario de la heredera instituida porque su llamamiento era meramente condicional. En el caso sucedía, no obstante, que propiamente no había partición de bienes por ser heredera única la primera llamada, y usufructuaria universal; pero si hubiese habido necesidad de partir, no se podría admitir al sustituto fideicomisario como contador, ya que estaría interesado en la distribución de los bienes⁸⁸. Asimismo cabe pensar en la exclusión para el desempeño del cargo del cesionario de una cuota de la herencia, porque se habría producido de modo sobrevenido una causa de ineptitud⁸⁹.

Resulta razonable pensar que el legatario de parte alícuota no podría actuar como contador, pues se aprecia para su exclusión identidad de razón con el caso del coheredero⁹⁰; y similar dificultad habría para justificar la exclusión del usufructuario de parte alícuota⁹¹. No obstante el cónyuge viudo en los casos contemplados

⁸³ ÁLVAREZ-SALA, pp. 318 y ss.

⁸⁴ ÁLVAREZ-SALA, pp. 310 y 318; GONZÁLEZ ACEBES, p. 207.

⁸⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 449; también SCAEVOLA, p. 285.

⁸⁶ Así ALBALADEJO, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 211.

⁸⁷ Así MANRESA, pp. 731-732.

⁸⁸ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 209.

⁸⁹ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738.

⁹⁰ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 203 y ss.; RIVAS MARTÍNEZ, III, pp. 2604-2605; CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738; GONZÁLEZ ACEBES, p. 212. No obstante, la RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956/2582) consideró posible que el legatario de cuota actuara como contador-partidor.

⁹¹ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 208.

por el art. 831 CC desempeña funciones parecidas e, incluso, de mayor alcance que las propias del contador-partidor de modo que no debe haber inconveniente alguno en que sea nombrado contador-partidor de una herencia en la que sean herederos los hijos que el causante y él tengan en común⁹²; fuera de ese caso, es decir, si concurren herederos diferentes, parece que se impone la exclusión del cónyuge, porque aunque no sea realmente un coheredero, sí que le afecta la partición⁹³. La STS 8.2.1892 (JC T. 71 n.º 33) y la RDGRN de 6.10.1900 (JC T 90 n.º 86) han negado la posibilidad de que el cónyuge viudo actúe como contador-partidor. A la vista del actual art. 831 CC parece que estas decisiones, contrarias al desempeño del cargo por el viudo, carecerían de apoyo legal, cuando a tenor de ese precepto nada obsta para que, en la herencia a la que sean llamados los hijos comunes, el cónyuge viudo realice el cometido de contador-partidor.

Es evidente también que el usufructuario universal de la herencia podría ser contador-partidor en la misma, porque a causa de la extensión de su derecho, le va a resultar indiferente la partición⁹⁴. En un supuesto de persona a la que se atribuía un usufructo voluntario, admitió la condición de contador la RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956\2582)⁹⁵, con un criterio que en este caso sí parece rechazable. La única excepción que cabe es la del cónyuge, por el argumento legal que hemos aducido más arriba.

El heredero en cosa cierta y determinada, en tanto que la indicación de la cosa cierta baste en el caso concreto para excluir la condición de heredero y deba ser considerado como legatario a tenor del art. 768 CC, sí podrá ser contador-partidor⁹⁶.

Es discutible si, en los casos del art. 1000 CC en que se entiende aceptada la herencia por la aparición de una persona que ocupa el lugar del llamado a la misma, el cedente puede o no puede ser contador. La STS 18.5.1962 (RJ 1962\2753) indicó que «no puede verificarse la partición de bienes por el coheredero aceptante, entendiéndose hecha la aceptación –aparte de los actos expresos a que se refiere el número 1.º del mismo artículo 1000– aunque se renuncie a la herencia y se haga gratuitamente en favor de unos o

⁹² CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 215-216.

⁹³ Así MANRESA, pp. 730-731; ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 206-207.

⁹⁴ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1738.

⁹⁵ «Si conforme a dicha voluntad y a la sistemática del Código Civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas, la del artículo 1057, que impide a éste ser contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva ha de ser interpretado restrictivamente».

⁹⁶ Así GONZÁLEZ ACEBES, p. 210. En sentido parcialmente diferente, ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 202-203, para quienes el heredero en cosa cierta estará siempre excluido de la prohibición.

varios de los coherederos salvo el caso de verificarlo en beneficio de todos a quienes correspondería el derecho de acrecer que constituye en suma una renuncia pura y simple; sin que quepa (...) sostener que puede libremente hacer las particiones el nombrado heredero que renunció a la herencia en beneficio de otro al haber cesado su interés personal sobre el caudal relicto ya que ha demostrado una preferencia por el beneficiario de la renuncia, que puede repercutir en las operaciones particionales; que es precisamente lo que la Ley trata de evitar; y buena prueba de que se ha aceptado la herencia al renunciarla en favor de un coheredero está en que tal acto, constituye una verdadera disposición de bienes el transmitir lo que ya es del renunciante a favor del beneficiario que no podría realizar de no haber entrado en su patrimonio la cuota hereditaria, cosa totalmente diferente de la renuncia pura y simple en que sin pasar los bienes por su patrimonio los adquieren del causante en forma directa e inmediata los restantes coherederos con derecho a ello»⁹⁷. Las razones se pueden compartir.

8. EL DESEMPEÑO DEL CARGO

En principio el cargo del contador-partidor es personal, por lo que no puede delegarse: así SSTS 20.9.1999⁹⁸ y 6.5.2013 (TOL 4.061.866)⁹⁹. Lo cual no impide, según la Jurisprudencia, que se empleen auxiliares para realizar sus tareas propias: SSTS 2.6.1962 (RJ 1962\2665)¹⁰⁰, y 25.2.2000 (TOL 2.420)¹⁰¹. En el mismo sen-

⁹⁷ Siguen este criterio ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 209-210.

⁹⁸ TOL 5.120.410: «la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación (...) la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos “meramente auxiliares”. Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código civil que ha sido totalmente infringido».

⁹⁹ «El cargo el contador partidor (artículo 1057 y 899 del Código Civil) se acepta a título personal, y salvo disposición contraria del testador, también resulta indelegable».

¹⁰⁰ «Se denuncia la violación del artículo 909 del Código Civil, porque al no practicar el albacea liquidación entre la herencia del causante y el recurrente delegó parte de sus funciones, con infracción de dicho artículo, motivo que no puede prosperar, porque si bien el cargo de albacea es personalísimo, lo que prohíbe el artículo 909 es la delegación íntegra y absoluta, no la parcial, a parte de que ni se planteó tal delegación en la instancia, por lo que en este trámite es una cuestión nueva, ni existió la misma, sino sólo se facilitó al albacea los medios necesarios para el desempeño de su cometido por los herederos, bien por sí o por otras personas».

¹⁰¹ Para esta última: «esa actuación [se refiere simplemente a la práctica de la partición], que es perfectamente válida conforme al art. 897 del Código civil, exige un cometi-

tido, la RDGRN 5.10.1900 (JC T 90 n.º 85): los contadores-partidores se sirvieron de un abogado para que «ultimase y presentase a la aprobación judicial el cuaderno particional que le entregaron»; lo que se consideró admisible porque el testador había autorizado a los interesados a otorgar «poderes generales y especiales a favor de Abogados, Procuradores y otras personas de su confianza». Pero esta posibilidad, que en ese caso contaba con la expresa autorización por el causante, en realidad no depende de esa voluntad expresa, sino del propio cometido institucional del contador-partidor, quien podrá utilizar auxiliares siempre que manifieste su voluntad de dar la partición por redactada personalmente¹⁰²: así RRDGRN 2.7.1929 (JC T 190 n.º 9)¹⁰³ y 18.10.1929 (JC T 190 n.º 181)¹⁰⁴.

9. LAS FACULTADES DEL CONTADOR

Las reglas que gobiernan la partición realizada por el contador-partidor dativo en principio deben ser iguales a las del contador-partidor testamentario¹⁰⁵, si bien esta asimilación debe hacerse con prudencia, ya que en la práctica muchas veces este último es albacea¹⁰⁶. Procede reiterar aquí la advertencia que ya adelantamos en su momento: que, pese a la asimilación legal, la diferente naturaleza jurídica del contador-partidor testamentario y del dativo, dificulta determinar los cauces que permiten integrar el régimen de la segunda de estas figuras. Así el testamento no vendrá casi nunca en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo; como tampoco es tan fácil para ello invocar las reglas del apoderamiento o del mandato. La

do personalísimo –salvo facultad concedida expresamente para delegar, como dice el art. 909– pero esa exigencia no es absolutamente excluyente dejando en obligada soledad al contador-partidor, pues siendo operación compleja la de la partición, que puede rebasar los conocimientos y posibilidades del contador hasta requerir el auxilio material o jurídico de otros, al recabar esa ayuda no necesita de la autorización del testador para delegar ni contraviene la naturaleza personalísima del cargo –que nunca quiso decir que personalmente haya de realizar el contador todos y cada uno de los actos que van a conducir a su meta final de realizar la partición encomendada– como han dispuesto las sentencias de 5 de octubre de 1.900 y 2 de junio de 1.962 y la doctrina más autorizada, siempre que asuma la responsabilidad de lo realizado por sus auxiliares y que definitiva e independientemente manifieste, expresa y solemnemente, su voluntad de tener por hecha la partición que, de su propio hacer auxiliado, resulte».

¹⁰² ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 218-219. En el mismo sentido MANRESA, p. 736.

¹⁰³ El comisario «ha de cumplir personalmente su encargo», pero «no debe reputarse incapaz por no saber o no poder escribir, ni está obligado a extender por sí mismo el cuaderno particional».

¹⁰⁴ Así también, en cuanto al contador-partidor dativo, PUIG FERRIOL, p. 674.

¹⁰⁵ ÁLVAREZ-SALA, pp. 318 y ss.

¹⁰⁶ PÉREZ RAMOS, pp. 754-755.

analogía con estas últimas instituciones no se puede fundamentar en la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con el contador-partidor testamentario, pero tampoco se la puede hacer descansar en la voluntad de los coherederos, puesto que no todos ellos consienten, y tampoco es razonable hacer depender las facultades del contador-partidor solamente de la voluntad de los solicitantes, prescindiendo de la de los otros partícipes. Tenemos, pues, que la del contador-partidor dativo es una institución construida a imagen del contador-partidor testamentario, lo cual permite remitirse a ella para determinar sus facultades, si bien ello presenta el problema de que hay que hacerlo con base en la jurisprudencia, no siempre uniforme; además, como ambos contadores se basan en unos presupuestos o elementos muy diferentes, los aspectos más polémicos o difíciles del régimen jurídico pueden ser de difícil adaptación de una figura a otra. Veremos algunos ejemplos más adelante.

La RDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58) consideró que «la partición de herencia supone como elementos de la misma un caudal que dividir, determinado mediante riguroso inventario el conocimiento del valor de los bienes que integran dicho caudal, la liquidación del haber partible obtenido con sujeción a reglas que han de tener por bases las deudas, las aportaciones matrimoniales, las colaciones, los gananciales, etc., y la distribución y adjudicación del haber que arroje esa liquidación»¹⁰⁷. Dichas facultades no dan poder ninguno sobre los bienes hereditarios en cuanto a su tenencia, posesión, administración, conservación, o disposición, sino simplemente en cuanto a su división. El contador tampoco representa la herencia. Todo ello salvo que el testador haya otorgado al contador, las facultades de apoderarse de los bienes y entregarlos en su momento a los adjudicatarios [cfr. art. 885 CC y 81, c) RH]¹⁰⁸, lo cual será muy difícil que se haya producido en el caso del contador-partidor dativo.

La práctica de la partición recomienda seguir el orden de las operaciones descritas en el art. 786.2 LEC: 1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible. 2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación. 3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes.

Fijado el activo y el pasivo hereditario, debe procederse a la liquidación, pero meramente contable. Luego se puede proceder a la formación de los lotes, y, finalmente, efectuar su adjudicación a cada uno de los herederos. Paralelamente a todo este proceso puede

¹⁰⁷ En el mismo sentido, RDGRN 6.3.1923 (JC T.158 n.º 102).

¹⁰⁸ Seguimos a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 226-227.

ser preciso comprobar si se lesiona alguna legítima; es decir determinar si las mejoras y las atribuciones hechas con cargo a la parte de libre disposición son excesivas o no. Para eso, será preciso efectuar la computación e imputación de las liberalidades y calcular, en su caso, la cuantía de la reducción que sea precisa¹⁰⁹.

El Código no describe las facultades del contador-partidor, cuya enumeración se puede realizar a partir de la práctica, y de la aplicación de las normas del albaceazgo¹¹⁰. Antes de exponer las tareas que competen al contador-partidor testamentario, y cabe pensar que también al dativo, es necesario hacer dos advertencias: primera, en cualquier partición que afecte a bienes inmuebles existe un control registral de la legalidad de la misma; segunda, específicamente en el caso del contador-partidor dativo las facultades ejercidas efectivamente por este van a ser controladas antes de que exista propiamente partición, a diferencia de lo que sucede en la partición hecha por contador-partidor nombrado por el causante. Además, se debe tener presente que las personas afectadas por la partición habrán sido notificadas en el expediente, y se les habrá dado la oportunidad de aprobar la partición, o no hacerlo. Así las cosas, incluso antes de la aprobación de la partición han podido ya surgir, alegados por los interesados, suficientes elementos de juicio para poner en duda el correcto ejercicio de las facultades por el contador-partidor, por lo que a tenor de ellos sería posible que el responsable del expediente negara su aprobación. Esto singulariza todo lo que se dice a continuación, que está referido principalmente al contador-partidor nombrado por el causante. Teniendo en cuenta esta advertencia las facultades que se contemplan en la jurisprudencia son¹¹¹:

a) La facultad de interpretar el testamento, siempre que ello afecte a su tarea de partidor («en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido», dice la STS 31.3.1970, TOL 4.284.202); RRDGRN 27.12.1982 (RJ 1982\8065)¹¹², 1.12.1984 (TOL 675.846), 26.2.2003 (TOL 268.190), 31.3.2005 (RJ 2005/3483),

¹⁰⁹ VALLET, pp. 393-394.

¹¹⁰ RUBIO GARRIDO, pp. 6515-6516.

¹¹¹ Puede verse, como tratamiento general de las facultades del contador-partidor: RDGRN 27.5.2014 (TOL 4.445.562).

¹¹² «Es reiterada la jurisprudencia de este Centro de que los Contadores-partidores a que se refiere el art. 1057 del C. Civ., tiene amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero como resolvió entre otras, la S. 18 mayo 1933 no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador».

13.10.2005 (TOL 751.919)¹¹³, 20.7.2007 (TOL 1.115.857), 18.6.2013 (TOL 3.855.038), 30.9.2013 (TOL 3.973.295), 16.3.2015 (TOL 4.840.376) y 29.6.2015 (TOL 5.421.134). Se dice que esta interpretación prevalece hasta que haya sido impugnada victoriosamente ante los Tribunales¹¹⁴, por lo que, en principio, no cabe que el Registrador de la Propiedad se oponga a ella¹¹⁵. Ahora bien, esto tiene que ser muy matizado, ya que como dice la RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921): «el título básico para inscribir la transmisión hereditaria es el testamento, al que como ley de la sucesión tienen que someterse no sólo los interesados, sino también los contadores, quienes en el cumplimiento de su función no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias, con el pretexto de una fiel interpretación porque ésta, conforme al art. 675 del CC, deberá ser sistemática y atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca claramente que fue otra la voluntad del causante». Por tanto la facultad de interpretar el testamento, se debe entender «sin perjuicio de la función calificadora del registrador cuando la interpretación del albacea contador-partidor no se acomoda al mismo ni resulta de la Ley» (RDGRN 21.5.2014, TOL 4.440.030)¹¹⁶. En la doctrina se acepta que estas conclusiones se aplican también al contador-partidor dativo¹¹⁷, si bien cabe también su nombramiento en la sucesión intestada y, entonces, no existirán. Claro está que, faltando la relación de confianza con el testador que está presente en el contador-partidor nombrado por el causante, el fundamento de la facultad de interpretación no puede ser el mismo; y, cabe pensar, que la extensión de la misma también; por otra parte, en el caso del contador-partidor dativo, a diferencia del supuesto de nombramiento por el causante, el testamento no habrá podido ni conferir ni determinar ni reforzar las

¹¹³ «Corresponde al albacea contador-partidor la interpretación de la voluntad del causante, así como la valoración de las donaciones realizadas y el análisis de su inoficiosidad, habiendo de pasarse por sus decisiones mientras no sean notoriamente contrarias a la ley o a lo dispuesto por el testador, circunstancias que no concurren en el presente caso».

¹¹⁴ Vid. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 228-229; DÍAZ SOLER, Ángel, *El contador partidor testamentario*, Madrid, 1996, pp. 258 y ss.; CARBALLO FIDALGO, Marta, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 273 y ss.; ABELLA RUBIO, pp. 198 y ss. Así, también la STS 29.4.2008 (TOL 1.320.867): «no se puede pretender que la función interpretadora del testamento que asumen los albaceas sustituya a la propia función jurisdiccional».

¹¹⁵ Puede verse el interesante supuesto planteado por RDGRN 19.4.2013 (TOL 3.711.534).

¹¹⁶ También, en el mismo sentido, RRDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190), 11.9.2013 (TOL 3.962.817) y 11.7.2013 (TOL 3.920.793).

¹¹⁷ PÉREZ RAMOS, pp. 757-758.

facultades de interpretación¹¹⁸; por tanto, en la práctica es fácil que el control registral de la interpretación realizada sea más intenso en la partición realizada por el contador-partidor dativo. Estas razones recomiendan que este último sujeto se comporte con una mayor circunspección al interpretar el testamento.

b) Se debiera añadir a lo anterior que es muy abundante la jurisprudencia que señala que el contador-partidor testamentario al realizar la partición debe atenerse a aplicar el testamento, lo cual es igualmente aplicable al contador-partidor dativo, o, si cabe, aun más por las razones que se acaban de explicar. Así, por citar solamente algunas, se han pronunciado sobre el contador-partidor testamentario las SSTs 27.5.1968 (RJ 1968\2923), 31.5.1980 (TOL 1.740.410)¹¹⁹, 18.5.1983 (TOL 1.738.480). Y RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921)¹²⁰. En este sentido, no cabe que el contador pueda declarar la ineficacia parcial o total del testamento, puesto que se trata de facultades propias de los Tribunales: RRDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846), 26.2.2003 (TOL 268.190)¹²¹ y 31.3.2005 (RJ 2005/3483).

¹¹⁸ Nótese que muchas de las afirmaciones que justifican la existencia de las facultades de interpretación en el contador-partidor no se pueden hacer, en puridad, en relación al contador-partidor dativo: «tales personas, como ejecutores testamentarios con amplias facultades, son de las más autorizadas para descubrir la verdadera voluntad del testador» (STS 18.4.1985, TOL 1.736.587). En nuestro caso, no se han otorgado esas amplias facultades por el testador, y, por tanto, no hay una especial competencia del contador-partidor para descubrir la voluntad del mismo.

¹¹⁹ «El Comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento.»

¹²⁰ Seguimos también en este punto a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 256-257.

¹²¹ Se dice literalmente, ante un supuesto de legado al cónyuge del que luego el testador se divorcia que «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que ésta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación –el vínculo matrimonial con el favorecido– que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 675 y 767 del Código Civil, que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor

Cabe preguntarse, si procede que el contador ajuste la partición a lo que resulte de la ley imperativa, si fuera el caso de un testamento que chocara con ella. Sobre el particular no existe un criterio claro en nuestra jurisprudencia. Por un lado, la RDGRN 18.12.1951 (RJ 1951/2758) sostuvo que los contadores-partidores, en el uso de sus facultades, han de sujetarse de forma «estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión y sin que tales facultades alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de justicia». En parecido sentido la RDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846)¹²². Sin embargo, de modo contrario, la STS 11.2.1952 (RJ 1952\284) estableció que «la voluntad del testador es ley de su sucesión sólo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales permitidos por el ordenamiento jurídico, de suerte que si tal limitación es rebasada y se actúa frente a una prohibición legal será nulo lo actuado, conforme prescribe el artículo 4.º del Código Civil, y, en consecuencia si el testador se extralimitó distribuyendo sus bienes en cuantía no permitida por su ley nacional en cuanto, a la mejora y prelegado que dispuso, los contadores que en la partición se atuvieron al estatuto personal del causante, subsanando la transgresión en que éste había incurrido, procedieron correctamente y actuaron de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 901 del Código Civil, porque si bien son ejecutores de la voluntad del testador a efectos de la partición de su herencia, se deben ante todo al cumplimiento de la Ley prohibitiva, que tiene fuerza vinculante para el testador y para los contadores, con rango imperativo superior o preponderante a la voluntad de aquél y de éstos».

La jurisprudencia más reciente sigue estando dividida. Así, existen pronunciamientos en que se admite que el contador-partidor aprecie la inoficiosidad, y otros en que se le impide declarar la injusticia de la desheredación. No obstante, ni siquiera lo primero es un criterio consolidado: en sentido positivo, las RRDGRN

se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal».

¹²² «El contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria, sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de Justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación».

20.9.2003 (TOL 317.375)¹²³ y 31.3.2005 (RJ 2005\3483)¹²⁴; en cambio, para la RDGRN 14.9.2009 (TOL 1.622.034): «no corresponde al contador decidir acerca de la inoficiosidad sin concurrencia de los interesados»¹²⁵.

Por su parte, Lacruz afirmó que «si en el testamento hay disposiciones contra ley, producirán o dejarán de producir sus efectos con independencia de la voluntad del comisario (...). No podría... ser juez de la legalidad de las disposiciones del causante, y así considerar bien o mal hecha una desheredación o ilícita una condición, e incluso apreciar la existencia de preterición. Todo ello corresponde a los tribunales, y sólo tras su pronunciamiento podrá el comisario (si está dentro de plazo, cosa improbable a menos que se entienda éste suspendido por aplicación del art. 904) dar cumplimiento al encargo del testador»¹²⁶. No obstante, también se ha apuntado que cabe ajustar la partición a lo que quepa dentro del campo de la interpretación¹²⁷.

¹²³ «Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de una partición efectuada por albacea contador-partidor, en la que concurren las siguientes características: Al tiempo de otorgar su testamento, el causante tenía tres hijos, legando a uno de ellos, el varón, «una novena parte de todo su patrimonio, en pleno dominio, imputable al tercio de legítima estricta y en pago de cuantos derechos pudiera pretender en la herencia de la testadora»; e instituyendo herederos por partes iguales a sus otras dos hijas. Premurieron a la testadora dos de sus hijos, uno de ellos, el varón que dejó a su vez tres hijos, mientras que la otra hija premuerta lo hizo en estado de soltera y sin descendientes. El contador, después de inventariar los bienes relictos, realiza con un tercero, cotitular con la causante de determinada finca, la disolución de dicha comunidad mediante la constitución de esa finca en régimen de propiedad horizontal y reparto de los pisos resultantes; y a continuación procede a la adjudicación de los bienes, atribuyendo a la estirpe del hijo premuerto bienes valorados en 1/9 del valor total del caudal. 2. Comenzando por el segundo de los defectos, es evidente que la partición de la herencia por el comisario no solo tiene que ajustarse a la voluntad del testador sino también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador quedaba sujeto, como son las relativas al respeto de las legítimas; y ello aun cuando sean circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento las que determinen que su contenido resulte parcialmente contrario a esas normas imperativas. En tal caso, el contador deberá efectuar la partición ajustándose al testamento en la medida en que este resulte respetuoso con las disposiciones legales imperativas que han de regir la sucesión; se evitará así que la partición resulte viciada y no pueda acceder al Registro de la Propiedad (cfr. arts. 763, 815, 817, 1068 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria, así como la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 2002)».

¹²⁴ «A diferencia de la fijación de las legítimas correspondientes a los herederos forzosos y la reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, en que el contador partidor estaría actuando con sujeción a lo establecido por la Ley (*vid.* Resolución de 9 de marzo de 1927), lo que no puede entenderse ineficaz la desheredación ordenada por el testador cuando se funda en justa causa expresada en el testamento y la certeza de dicha causa no ha sido contradicha por los desheredados (cfr. artículos 850 y 851 del Código Civil). En el presente caso, al no haber sido negada por los desheredados –en la vía judicial correspondiente– la causa de desheredación expresada por el testador, el contador partidor habrá de pasar por ella; y, como consecuencia, conforme al artículo 857 del Código Civil, no se puede privar de su legítima a los hijos y descendientes de los desheredados».

¹²⁵ Cfr. CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 284 y ss., y en especial pp. 291-293.

¹²⁶ LACRUZ, I, 1971, pp. 244-245. Parecidamente: ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 263.

¹²⁷ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 263.

c) La facultad de liquidar la sociedad conyugal del causante, según una reiterada jurisprudencia, corresponde al contador-partidor testamentario juntamente con el viudo, sin necesidad de que intervengan los herederos¹²⁸. Así SSTs 10.1.1934 (RJ 1934\35), 2.4.1996 (TOL 1.659.365), 14.12.2005 (RJ 2005\10160) y 18.5.2006 (TOL 934.885), pues la omisión de la liquidación de la sociedad conyugal puede originar la nulidad de la partición que se practique: así STS 15.6.2006 (TOL 961.851)¹²⁹. Y con el mismo criterio las RRDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58), 6.3.1923 (JC T. 158 n.º 102), 2.12.2003 (RJ 2003/2124) y 20.7.2007 (TOL 1.115.857), entre otras¹³⁰. A nuestro juicio, efectivamente se trata de una operación habitualmente previa a la partición, aunque en algunos casos excepcionales pueda no realizarse¹³¹, porque la sociedad de gananciales se disuelve a consecuencia de la muerte del causante; realmente, si no se entendiera así, la actuación del contador-partidor difícilmente logrará las finalidades propias de la figura, que son la de simplificar la partición y evitar los litigios.

Ahora bien, algunos autores han puesto de manifiesto que no existe ningún argumento de orden legal que pueda apoyar esta solución, que solamente se basa en la razón práctica de simplificar las cosas, mientras que parecería excesivo privar a los herederos de la posibilidad de intervenir en la liquidación del régimen económico matrimonial, sin que ello resulte de la voluntad del causante¹³². En general no estamos de acuerdo con esta crítica pues la referida facultad se puede entender conferida por el causante de modo implícito¹³³, como que se trata de una operación previa a la parti-

¹²⁸ PÉREZ RAMOS, p. 759.

¹²⁹ «La nulidad de la partición por falta de la previa liquidación de la comunidad de gananciales es incuestionable. La partición produce la extinción de la comunidad hereditaria, mediante la división y adjudicación a los coherederos del activo de la herencia, tal como prevén los artículos 1051 y siguientes del Código civil, la cual, como dice el artículo 659 comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, es decir, que no se comprende la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge superviviente».

¹³⁰ Solamente se aparta de esta tesis alguna STS aislada para atribuir efectos a la liquidación de la sociedad de gananciales realizada por el contador partidor sin intervención siquiera del cónyuge viudo: cfr. CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, p. 122.

¹³¹ STS 18.7.2012 (TOL 2.635.443): «Cuando el matrimonio del causante se había regido por el régimen de gananciales, se suele proceder a la división de la sociedad, lo cual obliga a dividir y liquidar a su vez dos comunidades. La razón se encuentra en que hay que determinar, a los efectos del art. 659 CC, cuál es el objeto de la herencia, es decir, los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan con la muerte (...). Esta regla general, sin embargo, no es imperativa, de modo que la no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada, cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir, el caudal relicto».

¹³² Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, especialmente p. 234; GÓMEZ-SALVAGO, pp. 98 y ss.; cfr. el pormenorizado tratamiento de estas críticas en CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 122 y ss.

¹³³ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1740.

ción y motivada precisamente por la disolución de la sociedad de gananciales por causa de muerte. Pero, obviamente, esta argumentación no sirve para el caso del contador-partidor dativo: en él no hay voluntad del causante a la que quepa remitirse; por otra parte, la solicitud de nombramiento requiere un porcentaje muy importante de intereses, pero no unanimidad, por lo que tampoco resulta posible entender que la intervención del contador-partidor dativo en la liquidación de los gananciales se fundamenta en la voluntad de los herederos. Así las cosas, ausente una expresa manifestación legal, resulta muy problemático fundamentar que el contador-partidor dativo pueda liquidar y dividir la sociedad de gananciales, aunque sea con el cónyuge. Acaso el hecho de que la división de la sociedad de gananciales sea necesaria para lograr las finalidades propias de la norma, que son la de simplificar la partición y evitar los litigios, pudiera llevar a considerar implícita esa facultad¹³⁴; pero un nuevo obstáculo se alzaría en contra. Hasta ahora hemos debatido sobre si el contador-partidor dativo puede hacer, con el cónyuge, la división de los gananciales. En la situación de dificultad para convenir la partición entre los coherederos, no se debe descartar, en absoluto, que el obstáculo principal para realizarla sea el que opone el cónyuge viudo, quien se puede sentir cómodo con su mitad indivisa de gananciales, añadida a las facultades como usufructuario de la herencia, y puede sentir muy poco interés en concretar la partición. Así, la solución a la que se llega entendiendo que el contador-partidor debe partir los gananciales junto con el cónyuge puede ser poco operativa, lo que es tanto como decir que el principal argumento para fundamentar esta facultad, que sería entenderla implícita en las finalidades de la norma de simplificar la partición y evitar los litigios, en realidad no se logra.

La verdadera solución sería que el legislador se hubiera planteado en qué condiciones el contador-partidor dativo pudiera liquidar ambas comunidades. En el actual estado de cosas, las mayorías que el precepto exige para solicitar el nombramiento deben producirse en las dos comunidades que es necesario liquidar; por tanto, la solicitud por quienes representen un porcentaje del cincuenta por ciento en la comunidad hereditaria no garantizaría que sea factible para el contador-partidor realizar por sí la liquidación y división de la sociedad de gananciales, y viceversa. Únicamente resultaría posible prescindir del cónyuge viudo si todos herederos del cónyuge fallecido solicitaran el nombramiento de contador-partidor dativo para la partición tanto de la herencia como de la sociedad de gananciales. Sin la voluntad del viudo, todos los herederos debieran ponerse de

¹³⁴ Así CADARSO PALAU, p. 1481.

acuerdo para solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo de la sociedad, ya que únicamente así se garantizaría que la solicitud está hecha por el cincuenta por ciento. Teniendo en cuenta que el cónyuge viudo puede ser también heredero instituido por su consorte, se aprecia la dificultad, y, en algunos casos la imposibilidad, de que pueda nombrarse un contador-partidor dativo para liquidar la sociedad conyugal y la herencia, sin contar con él. Como la participación del cónyuge viudo en los gananciales es necesariamente de la mitad, su iniciativa sí sería bastante para lograr el nombramiento, pero entonces ese contador-partidor dativo no tendría facultades respecto de la herencia. A nuestro juicio, las carencias de la regulación se ponen de manifiesto con toda crudeza en este tema, que compromete gravemente la operatividad de la figura.

d) Facultades de valorar y satisfacer las legítimas. Se suele decir en la doctrina que la fijación de las legítimas tiene carácter particional y que, en consecuencia, dicha facultad le corresponde al contador-partidor como han señalado la RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)¹³⁵. Por eso se añade que por la partición habrá de pasarse sin demostración previa de que las legítimas no resultan lesionadas, aunque los legitimarios pueden impugnarla probando que les produce perjuicio. A este respecto la RDGRN 16.11.1922 (JC T. 157 n.º 110), si bien en caso de partición hecha por el testador, declaró que «el art. 1056, y menos el 1075 del Código civil, no exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha no perjudica a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordenan se pase por ella, reservando las acciones de impugnación a los lesionados». Todo lo cual implica que, antes de la entrega de los legados, deben realizarse las operaciones de cálculo de las legítimas por parte del contador-partidor: así RDGRN 27.2.1982 (RJ 1982\838)¹³⁶.

¹³⁵ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 239 y ss.; DÍAZ SOLER, pp. 368 y ss.; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp.133 y ss. Según esta última R. «la íntima relación que existe entre la colación de bienes y las operaciones particionales, demostrada no sólo por la estructura y contenido de las mismas, sino también por la agrupación de ambos conceptos bajo el mismo capítulo del Código civil, de igual modo que el indiscutible carácter particional de la fijación de legítimas y reducción de legados no permite la distinción sobre la que funda el Registrador sus argumentos, pues de sostener que para ventilar estos pormenores debe el comisario convocar a los interesados y pactar con ellos, se concluiría con la forma unilateral de las particiones de referencia».

¹³⁶ «Aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el art. 885 del C. Civ., para que aquélla pueda tener lugar, debe proceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica por tanto la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurren también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal.(...) frente a lo expuesto no puede prevalecer la circunstancia de que por tener el Contador-Partidor nombrado la calidad de Comisario, con

Claro está que, en el caso de la existencia de un contador-partidor dativo la cuestión presenta perfiles peculiares, ya que los legitimarios habrán sido notificados en el expediente, y se les habrá dado la oportunidad de aprobar la partición. Así las cosas, antes de la aprobación de la partición por el Secretario judicial o el Notario han podido ya surgir, alegados por los interesados, suficientes elementos de juicio para poner en duda la corrección de la partición, y a tenor de ellos sería posible negar su aprobación por el Secretario judicial o el Notario.

e) Asimismo pertenece al contador la facultad de apreciar la existencia de bienes reservables, y darles el destino que corresponda¹³⁷. Así lo consideró la STS 2.3.1959 (RJ 1959/1089)¹³⁸, y la RDGRN 14.4.1969 (RJ 1969/4172)¹³⁹. Se debe tener presente que

las atribuciones que le confiere el art. 1057 del C. Civ., está autorizado para prescindir de dicha formalidad, pues aun cuando esta Dirección tiene establecida la doctrina de que las particiones efectuadas por los Comisarios deben estimarse subsistentes, sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se rescindan judicialmente, tal facultad no elude la obligación, según se deduce de lo antes indicado, de verificar la partición antes de hacer la adjudicación de los bienes hereditarios a los que hayan de tener participación en los mismos, así en concepto de herederos como en el de legatarios, lo que no obsta para que una vez verificada hayan de pasar por ella los interesados, mientras no se rescinda judicialmente a su instancia. (...) en el presente caso, en donde a la hija del causante se le deja la estricta legítima y al otro hijo se le instruye heredero universal, y a la vez se ordenan una serie de legados a otros descendientes, así como otro a la esposa del testador, y aún otro más a su hermana, y sin que haya precedido a la escritura de entrega calificada, la liquidación de esta herencia con las operaciones que lleva consigo para saber si está adecuada a los derechos de cada interesado, y no haber por último concurrido a su otorgamiento los herederos del de "cujus", para prestar su conformidad, conforme antes se indicó, ni tampoco han comparecido las dos legatarias para percibir la cosa legada, hay que estimar que adolece de esta falta o defecto».

¹³⁷ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 241; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 163 y ss.

¹³⁸ Pero en el caso a los contadores-partidores se les había nombrado con «las más amplias facultades para practicar todas las operaciones de su testamentaría y resolver las incidencias y asuntos que con ella se relaciona»; por lo que resulta lógico que se afirmara que «es obvio que su cometido excede con mucho al del albacea y al del simple contador partidor, ya que se perfila con poderes para resolver las incidencias de la partición, y entre ellas están incluidas las atinentes a la obligación de reservar, con determinación específica de los bienes reservables y sus equivalentes en dinero, en su caso».

¹³⁹ En ella se abordó si «puede el albacea contador-partidor, designado con amplias facultades por el cónyuge bínubo en su testamento, determinar los bienes que tienen el carácter de reservables, dado que en las operaciones particionales con ocasión de la muerte de la primera esposa se le adjudicó al sobreviviente, sin establecer distinción alguna, un conjunto de bienes en pago de la cuota ganancial y de la herencia de aquélla, o si, por el contrario, carece el contador-partidor de esa facultad y se requiere el consentimiento de los reservatarios», y resolvió que «al formar parte de los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra, tal como declaró la sentencia de 2 marzo 1959, la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas, además de las que el testador designó para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad; todo ello sin perjuicio de la posibilidad por parte de los reservatarios de impugnar los actos del contador cuando no estén acordes con la voluntad testamentaria o se hayan hecho contravieniendo sus derechos».

las facultades conferidas a los contadores del caso eran amplias, pero pensamos que siempre que exista la facultad de partir, es necesario tener en cuenta las reservas, pues, caso contrario, no es posible practicar la partición, con independencia de que, en su caso, pueda aplicarse el art. 14.3 LH¹⁴⁰. Es mucho más dudoso que el contador-partidor pueda repartir los bienes entre los distintos reservatarios, ya que la reserva supone una sucesión legal, distinta de la del reservista, y, por tanto, diferente de aquella para la que tiene facultades¹⁴¹.

En cualquier caso, sucede lo mismo que en el caso anterior, como el contador-partidor dativo ha tenido que dar la oportunidad de aprobar la partición a los reservatarios, han podido surgir los elementos que ponen en duda la corrección de la partición, lo que puede dar lugar a que se deniegue su aprobación por el Secretario judicial o el Notario.

f) Por lo que se refiere a la colación, también puede apreciarla el contador-partidor, según resulta del carácter propio de esta figura que se integra en las operaciones particionales, condicionando de un modo directo su práctica. Así la RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32); dieron por supuesta la existencia de esta facultad la RDGRN 15.7.1943 (RJ 1943/944), y la STS 30.3.1949 (RJ 1949/933)¹⁴². Se debe decir exactamente lo mismo que en los casos anteriores: cuando se plantea la aprobación de la partición a los interesados y estos se oponen, procedería su aprobación por el Secretario judicial o el Notario, pero estos pueden tener ya por delante argumentos o causas de confrontación alegados por los interesados, que motiven dudas razonables sobre la validez de la misma.

g) ¿Puede el contador-partidor ordenar el pago de suplementos en metálico para igualar a los coherederos a los que se adjudican bienes que valgan menos que la cuantía de su cuota? Así se ha admitido por la jurisprudencia¹⁴³; como, por ejemplo la STS de 4.7.1895 (JC T n.º 108)¹⁴⁴ y RDGRN 21.6.2003 (TOL 296.898)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ RDGRN 19.5.2012 (TOL 2.570.718).

¹⁴¹ Así RUBIO GARRIDO, p. 6590.

¹⁴² ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 241 y ss.; DÍAZ SOLER, pp. 349 y ss.; CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 150 y ss.

¹⁴³ Nos servimos del análisis de la misma hecha por ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 243 y ss.

¹⁴⁴ «Al adjudicar los albaceas a uno solo de los herederos la casa fábrica de cerveza, que constituía más de la mitad del haber hereditario, no infringieron el art. 1061 del Código civil, porque en este caso la igualdad posible de la partición aconsejaba que se adjudicara a uno sólo, con obligación de abonar a los otros coherederos la parte del precio correspondiente al valor total que por todos se ha tenido como justo, pues el repetido inmueble era por su naturaleza indivisible, y no se contrariaba tampoco el principio de la igualdad posible en la adjudicación en común, ya por su índole, ya por la falta de armonía entre los herederos».

¹⁴⁵ «Fallece el titular registral bajo testamento abierto en el que, tras legar a su esposa la cuota legal usufructuaria, lega a tres de sus hijos lo que por legítima estricta les

Pero ello únicamente procede cuando la cosa que se adjudique sea indivisible, como explica con toda claridad la RDGRN 2.12.1964 (RJ 1964\5928): no sería posible en cambio «adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a la facultad del Contador y requiere el consentimiento de todos los herederos (...) no obstante, es también evidente que los Contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tiene medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del art. 1061 del CC por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello, el art. 1062, permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el Contador ha atribuido al mayor partícipe». Así también RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370). Por tanto, los contadores-partidores carecen de facultades para adjudicar los bienes hereditarios a uno o varios herederos a cambio de que éstos satisfagan a los demás su haber en metálico, tanto si los herederos destinatarios del metálico son forzosos como si son voluntarios.

La RDGRN 13.5.2003 (TOL 276.668) llegó demasiado lejos en una aplicación muy restrictiva de las normas. Dijo, correctamente,

corresponda y nombra heredera universal a la menor de sus hijas, que no ha alcanzado la mayoría de edad, designando albaceas-contadores partidores solidarios a dos hermanos, con facultades para entrega de legados y pago de las legítimas en metálico. Por uno de los albaceas y el apoderado del cónyuge supérstite –en nombre de éste y de su hija menor– se realizan las operaciones particionales, renunciando esta última a su cuota usufructuaria, por lo que se disuelve la sociedad conyugal, adjudicándose su parte en la misma en metálico a la viuda, y, respecto al caudal hereditario, se adjudican en metálico de la herencia las legítimas, adjudicando la vivienda del causante (único inmueble de la herencia, que se valora en 7.700.000 pesetas) y el ajuar familiar a la hija designada heredera. Presentadas en el Registro, además de los documentos complementarios, copias del testamento y de la escritura de manifestación de herencia, se suspende la inscripción con la siguiente nota: “Dado que los herederos L., S., y Z. S. A. (los legatarios en pago de legítima) no comparecen en la escritura, debe acreditarse que los mismos están conformes con la adjudicación de la finca en la forma y con la valoración que resulta de la misma, renunciando al derecho establecido en el art. 1062, párrafo segundo, del Código Civil, es decir, a pedir que la finca sea vendida mediante pública subasta, más cuando la tasación para subasta que consta en el Registro y establecida por el causante con fecha 3 de noviembre de 1998, asciende a 11.224.850 pesetas.” 2. Limitándonos por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria a los defectos estimados por el Registrador, el defecto alegado no puede mantenerse. Como ha dicho doctrina reiterada de esta Dirección General, la partición de herencia hecha por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legítimos, siempre que actúe dentro de sus funciones, que en el presente caso se respetan, por ser el inmueble adjudicado de carácter indivisible, sin que el Registrador pueda inmiscuirse en la valoración dada a los bienes integrantes del caudal relicto, y sin perjuicio de su impugnación por los interesados».

que el art. 1061 CC, que impone la igualdad en la integración de los lotes de los herederos, y que está referido principalmente a la partición hecha por comisario, ha de tener como excepción el supuesto que contempla el art. 1062 CC, para el caso de cosas indivisibles. Calificó, también correctamente, esta atribución de metálico como simple acto particional, que se encuentra por tanto dentro de las facultades de los contadores partidores. Pero la RDGRN va más allá de lo admisible al decir que el precepto es inaplicable si en la herencia no existe otro bien que el indivisible, porque el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser de la herencia, y en otro caso nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria. En realidad parece más correcto pensar, con la RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370), que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación.

h) Cuando hay deudas hereditarias, la partición debe englobar también la liquidación contable, que realizaría el contador-partidor, e incluso determinaría los bienes que se destinan al pago de las deudas y los adjudique a alguno o algunos de los coherederos para que las paguen¹⁴⁶. La jurisprudencia y la doctrina sostienen que dichas asignaciones no se pueden hacer a favor de extraños, salvo expresa autorización del testador, porque se consideran enajenaciones a título oneroso que exceden de las facultades del contador-partidor, (RRDGRN 6.11.1912, JC T. 125, n.º 55; 28.4.1913, JC T. 127, n.º 54; 20.9.1933, RJ 1933/276 bis)¹⁴⁷. Para esta última, las adjudicaciones de bienes hechas en las operaciones particionales de una herencia, se pueden hacer en pago y para pago de deudas, y cabe distinguir también si las deudas han sido contraídas por el causante o por los herederos; así como si la adjudicación se hace a éstos últimos, a los acreedores o a terceras personas. El principio fundamental para que las adjudicaciones se puedan estimar como actos particionales es que las fincas adjudicadas no salgan del poder de los llamados al patrimonio relicto; en cambio si se adjudicaran a un extraño se estaría realizando enajenaciones a título oneroso, por precio debido y compensado, lo que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia, como requisito esencial para la validez del contrato. La razón que se invoca en la

¹⁴⁶ Así ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, pp. 251 y ss.

¹⁴⁷ En este sentido VALLET, pp. 627-628. No comparte el criterio de modo absoluto TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 146 y ss., pero aporta la referencia a otras muchas Resoluciones y la opinión de los autores.

resolución es que entonces «las adjudicaciones envuelven una modalidad de pago por transferencia de propiedad».

Para Lacruz, no obstante, «la distinción es, acaso, artificiosa. Ciertamente en el primer caso, adjudicándose los bienes en titularidad fiduciaria o mediante un simple mandato, continúan en alguna manera dentro de la masa, adscritos al pago de las deudas, pero, en definitiva, entre su venta por un heredero a quien nombra directamente el comisario (no por todos ni con el consentimiento de todos, que puede faltar), y la venta o dación en pago por el comisario directamente al acreedor, apenas hay diferencia en el plano económico»¹⁴⁸. Quizá se deba aceptar que una adjudicación en pago de deudas es, efectivamente, un acto de enajenación; en cambio no lo parece la adjudicación en comisión o encargo, es decir, la adjudicación para pago¹⁴⁹. Para algún autor, que reconoce la utilidad de la operación, la atribución de bienes parece criticable pues presupone titularidad o poder de disposición sobre los bienes, y el contador-partidor carece de esas facultades¹⁵⁰.

Las razones para entender que no existen en el contador-partidor estas facultades parecen claras: si no se le han encomendado por el testador hay que acudir a las reglas que en el Código se refieren a los albaceas y a otros supuestos de administración de herencia. En este sentido encontramos que los arts. 902 y 903 CC no prevén la posibilidad de enajenar bienes para el pago de deudas más que en relación con los gastos de funeral y con los legados, y aun entonces deben intervenir los coherederos. Por su lado, el art. 1030 CC, en el caso del beneficio de inventario señala que «Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa». Y el art. 803 LEC señala que el administrador de herencia (y el contador-partidor ni siquiera lo es) no podrá enajenar ni gravar los bienes inventariados salvo los que puedan deteriorarse, los que sean de difícil y costosa conservación, los frutos para cuya enajenación se presenten circunstancias que se estimen ventajosas, los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia. Pero para ello se requerirá que el tribunal, mediante providencia, decreto, a propuesta del administrador, y oyendo a los interesados a que se refiere el apartado 3 del art. 793 LEC, la venta

¹⁴⁸ LACRUZ, I, 1971, p. 246.

¹⁴⁹ Así, TOMÁS MARTÍNEZ, pp. 149-150; muy crítica con la existencia de estas facultades a cargo del contador-partidor: CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp.262 y ss.

¹⁵⁰ CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1741.

de cualesquiera de dichos bienes, que se verificará en pública subasta conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Nótese, de nuevo, que el pago de deudas no está entre las facultades legales del contador-partidor, salvo expresa concesión en testamento que faltaría habitualmente en el contador-partidor dativo.

i) ¿Cabe que el contador por si mismo rectifique o complemente la partición que había realizado anteriormente? En principio, las facultades de todo contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales, por lo que posteriormente no puede modificarla, por su exclusiva y unilateral decisión¹⁵¹. No obstante, la jurisprudencia suele enlazar esta afirmación con otra: el cese del contador-partidor procede cuando la partición inicialmente practicada ha sido aceptada por los herederos interesados, y, en consecuencia, sí cabe la nueva partición contando con el consentimiento de los mismos (STS 25.4.1994, TOL 1.665.393)¹⁵².

Cosa diferente puede ser la partición incompleta; por eso la STS 3.1.1962 (RJ 1962\265) admitió una partición complementaria otorgada por el contador, basándose en que la primera partición era incompleta y así era reconocido por todos los interesados. En este sentido: pese a que «es cierto que las funciones del Comisario Contador cesan cuando se dan por ultimadas las operaciones de la testamentaria, (...) esta doctrina no puede ser de aplicación al caso presente, pues al protocolizarse el primer cuaderno particional (...), no resulta que se dieran por terminadas las operaciones divisorias, ya que (...) el Comisario Contador ante la incomparecencia de la demandada recurrente se limitó a protocolizar el cuaderno particio-

¹⁵¹ En este sentido RRDGRN 29.11.1911 (JC T 122 n.º 143): «cuando los herederos entran en posesión de los bienes hereditarios cesan en sus funciones los albaceas (...) es indudable que tanto por esta circunstancia cuanto por haber transcurrido el plazo que fija el art. 901 del Código civil, carecían dichos contadores de personalidad para representar la herencia, y de facultades para practicar nuevas operaciones particionales referentes a la misma, pasando éstas a los herederos»; y 28.3.1944 (RJ 1944/519). Y la muy reciente STS 5.1.2012 (TOL 2.395.218) «los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no resucita la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función».

¹⁵² En la STS 14.2.1952 (RJ 1952\1208), se indicó, en este mismo sentido, que «la aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen fin a la testamentaria y al albaceazgo, y al cesar los albaceas, por este modo normal, en su cargo quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos».

nal en la forma convenida en sus extremos fundamentales, sin incluir otros bienes de valor desconocido, y la misma recurrente confiesa que en ese cuaderno se omitieron otros bienes, como ganados, valores y moneda extranjera, “cuya pertenencia al caudal –se afirma por la demandada en su escrito de contestación– era perfectamente conocida de los interesados en la testamentaría y del Contador”, lo que aparece asimismo reconocido por éste al declarar como testigo, añadiendo que por la incomparecencia del marido de la demandada decidió firmar la escritura particional en lo fundamental por haber existido acuerdo en ello y pedir una prórroga a los interesados presentes, para poder adicionar después la partición con los valores y la distribución del ganado; extremo que corrobora igualmente la prórroga otorgada al Comisario el 11 del mismo mes, aunque en la escritura respectiva se aludiera simplemente a la posible existencia de otros bienes, lo que la propia demandada, afirma en su referido escrito de contestación que “sólo constituía un cortés eufemismo”; quedando así demostrado que las operaciones divisorias no se dieron por ultimadas; sin que exista ningún precepto legal que prohíba esa partición complementaria, (...) cuando no puede entenderse que la intención del otorgante y la mayoría de los interesados presentes fuera la de dejar definitivamente ultimada la testamentaría por la primeramente practicada, y la adicionada, se llevó a efecto dentro del plazo de la prórroga deliberadamente concedida, según se desprende de lo expuesto y de lo declarado en la sentencia recurrida, aunque la escritura otorgándola y que el Notario califica de “ratificación de prórroga” se formalizara tres días después»¹⁵³.

De la jurisprudencia expuesta se sigue que el Tribunal Supremo rechaza la posibilidad de que el contador rectifique la partición hecha por él mismo porque una vez acabado el plazo, el contador no tiene ya el cargo ni, por tanto, sus facultades. Por eso realizar una partición, aun defectuosa, es causa de cese en su cargo, que impide volver a actuar al contador-partidor, y deja la solución del problema a los coherederos. En cambio, si se ha hecho la partición como provisional, o con reserva de la rectificación, y estando en plazo todavía, entonces cabría que el contador-partidor rectificara.

¹⁵³ PÉREZ RAMOS, pp. 719-720: «el hecho determinante de la finalización del cargo del contador-partidor no es el otorgamiento del cuaderno particional sino la conclusión de la partición, y ésta no puede considerarse concluida mientras existan bienes que repartir. Lo que pasa es que el problema no es tanto la idea de que el contador-partidor no puede otorgar escritura de adición de herencia porque ha cesado en su cargo al cumplir íntegramente sus facultades, sino que no puede ejecutar dicha adición –lo que por otro lado supondría dar cumplimiento por entero su encargo– por haber transcurrido el plazo para ello. Por lo que la clave no está en si el comisario ha agotado o no sus facultades por haber culminado la partición, sino que éstas se han extinguido por no ejecutarlas en plazo».

Se debe dar un paso más porque la misión del contador es partir toda la herencia, luego si la partición que se hizo no es completa, debería poder completarse, aunque el contador, al partir, no se haya reservado facultad para ello¹⁵⁴. Obviamente, si las facultades del contador-partidor testamentario o dativo hubieran cesado, cabe el nombramiento de un nuevo contador-partidor, que en este caso será dativo necesariamente. Por eso, es probable que toda esta cuestión se resuelva más simplemente en el caso del cese del contador-partidor dativo que en el del cese del contador-partidor testamentario: simplemente promoviendo un nuevo nombramiento, antes que arriesgarse a que lo realizado por el antiguo pueda ser impugnado.

j) Entrega de legados. El art. 81 RH establece que para inscribir a favor del legatario los inmuebles específicamente legados se requerirá la escritura de partición de la herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados. Otra posibilidad sería inscribir la escritura de entrega otorgada por el legatario y el contador-partidor o el albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. La solución de la norma se ha prestado a discusión doctrinal sobre todo por apartarse aparentemente de la letra del art. 885 CC que no prevé la entrega del legado por el contador-partidor, sino solamente por los herederos o por el albacea. No obstante, atendidas las finalidades de la exigencia de que el legado sea entregado por estas personas y que no se pueda tomar por sí mismo por el propio legatario, que no es otra que la protección de las legítimas y de los acreedores de la herencia, entendemos que la interpretación que ha realizado el reglamento es acorde con las finalidades del sistema legal, y no se puede entender contrario al mismo¹⁵⁵. En cambio, no está facultado el contador-partidor para apreciar si la condición impuesta al legatario se ha cumplido o no: así RDGRN 29.1.2013 (TOL 3.058.646) o para considerar que el legado se debe entender revocado: RDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190), ya citada más arriba.

k) ¿Puede imponer el contador-partidor el pago en metálico de la legítima? Parte de la doctrina ha sostenido que el art. 841.2 CC autorizaría por ley al contador-partidor dativo para realizar el pago en metálico, aunque no hubiera orden del causante; la SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042), lo afirma respecto a un contador-partidor nombrado por acuerdo entre los interesados¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 271; parecidamente ABELLA RUBIO, p. 206.

¹⁵⁵ En este sentido CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, p. 235.

¹⁵⁶ Sobre la materia puede verse GONZÁLEZ ACEBES, pp. 325 y ss. y PÉREZ RAMOS, pp. 772 y ss.

No obstante, esta norma dice que el contador-partidor dativo se encuentra facultado para realizar el pago en metálico en el «mismo supuesto del párrafo anterior», y éste exige la expresa orden del testador. Por eso parece exigible la voluntad expresa del causante, pese a que, en los supuestos en que procede el nombramiento de contador partidor dativo, sea infrecuente que exista dicha manifestación de voluntad. Otros no consideran precisa esa voluntad del testador, pero sí que el Juez, hoy, por tanto el Secretario judicial o el Notario, autorice al contador-partidor para realizar las atribuciones en metálico¹⁵⁷, y ello a petición de los legitimados para solicitar del juez el nombramiento contador-partidor dativo. Se alega a favor de esta última opinión que el art. 80,2 b) RH menciona la posibilidad de que exista un «documento público acreditativo de haberse conferido al contador partidor dativo tal facultad», frase que parecería permitir que la autorización al contador partidor dativo no constara en el testamento. Sin embargo, el apoyo que este otro texto pueda ofrecer es muy débil: se trata de una simple norma reglamentaria que no puede prevalecer contra el tenor de la Ley, sino más bien interpretarse conforme a la misma. Además, el RH no dice de quien debe provenir el documento al que se refiere, por lo que podría tratarse de un documento del propio causante, o de todos los hijos o descendientes a los que la conmutación pudiera afectar. En suma, el precepto reglamentario tampoco indica que nadie, fuera del testador, pueda atribuir al contador partidor dativo la facultad de pago en metálico de la legítima.

La tramitación de la reforma del CC de 1981 apoya nuestra interpretación: el párrafo segundo del art. 841 CC se introdujo en el texto legal tras haber sido modificado el Proyecto, que inicialmente contemplaba la concurrencia de hijos de distinta clase de filiación. No obstante, con posterioridad, el Congreso añadió un párrafo que resultaba inconsecuente con la nueva filosofía del precepto: «También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto *de concurrencia de hijos matrimoniales, extra-matrimoniales y adoptivos* al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del CC». Advertida la grave incoherencia, la frase subrayada fue corregida, de modo irregular, es decir fuera del trámite parlamentario (pero pasó a la versión publicada por el *BOC* y por el *BOE*), con base en el texto de una enmienda que no había llegado a prosperar en el Senado (enmienda 45 del Grupo parlamentario de UCD: «También corresponderá la facultad de pago en metálico, en el mismo supuesto del artículo anterior, al contador partidor dativo a que se refiere el art. 1057 de este Cód-

¹⁵⁷ ABELLA RUBIO, p. 210.

go»). La enmienda se había justificado del siguiente modo: «El tenor del proyecto parece dejar abierta la posibilidad de que cuando el contador partidador sea dativo, pueda ejercer la facultad de pago en metálico sin existir autorización del testador a tal efecto. La redacción propuesta en esta enmienda cierra el camino a esta eventual interpretación, a la vez que elimina la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales». Queda, pues, fuera de duda cuál es el sentido que se le quiso dar a la remisión al párrafo primero en dicha enmienda que, si bien no prosperó, presumiblemente fue la que motivó el irregular cambio de redacción del precepto definitivamente publicado.

Por otro lado, si se admitieran dos criterios diferentes para los casos contemplados en los párrafos primero y segundo se introduciría un desequilibrio muy difícil de explicar. En efecto, no tiene sentido que el contador partidador testamentario precise la expresa autorización del causante, y que el dativo no. Los supuestos no son tan distintos como para merecer esta diversidad de tratamiento. A identidad o similitud en el supuesto de hecho, debe corresponder una regulación similar.

Además, en el sistema del Código, la intangibilidad cuantitativa de la legítima que supone el pago en metálico de las legítimas sólo se excepciona cuando se cuenta con una expresa manifestación de voluntad del causante. Así sucede en los arts. 808.3, 821, 829, 1056.2 CC y, en general, en los demás supuestos de los arts. 841 y ss. CC. Quizá la intangibilidad de la legítima no se estime defendible llevada a sus últimas consecuencias y se podría dudar de la conveniencia de la obligatoria percepción de las cuotas *in natura* en algunos casos. Así se puede pensar que es una mala solución la del párrafo segundo del art. 1062 CC para los casos de objetiva indivisibilidad de las cosas o desmerecimiento de su valor. Entonces parecería conveniente dotar a los contadores partidadores testamentarios y dativos de la facultad de obligar a los herederos a recibir dinero en lugar de bienes. Pero si se opinara así, forzoso sería establecer un sistema general y no destruir la coherencia del Código para dar esta facultad a un tipo de contador-partidor y no a otro. No parece que la finalidad de la reforma que creó la figura del contador-partidor dativo pretendiera introducir una novedad tal radical en el sistema de legítimas. Más bien se trataba, como suele indicar la común doctrina, de moderar la exigencia de la unanimidad en la partición practicada por los herederos, y facilitar un cauce diferente a los juicios universales para conseguir llegar a partir la herencia. Nombrar a un contador partidador dativo imparcial, a través de las normas procesales de nombramiento de peritos, hace la par-

tación incluso más fluida que el sistema de partición por mayoría de los coherederos.

Debe tenerse en cuenta que no es contador-partidor dativo el nombrado en un procedimiento de división de herencia: SAP Madrid 16.11.2004 (JUR 2005/46511); y no lo es tampoco el nombrado de mutuo acuerdo por los herederos, pese a lo que diga la SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042), con independencia de que en este caso los herederos puedan autorizar al contador-partidor a realizar atribuciones en metálico.

10. APROBACIÓN DE LA PARTICIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA MISMA

A diferencia de la partición que realiza el contador-partidor testamentario, la practicada por el contador-partidor dativo «requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios». A tenor del art. 66.1.d) LN «el Notario autorizará escritura pública: (...) d) Para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor cuando resulte necesario por no haber confirmación expresa de todos los herederos y legatarios»; similar redacción contiene el art. 92.1.c) LJV, para el caso del expediente ante el Secretario judicial. Por tanto, a tenor de la letra de ambos preceptos, resulta necesario intentar antes la aprobación por parte de los herederos y legatarios¹⁵⁸.

La referencia a los legatarios hay que entenderla hecha a los que sean de parte alícuota¹⁵⁹; naturalmente habrá que tener en cuenta que los legitimarios deben también consentir, aunque hayan percibido la legítima mediante donación o legado de cosa cierta, pues tienen un interés directo en el inventario y el avalúo que son operaciones particionales que condicionan de modo absoluto la suficiencia de esas atribuciones recibidas. Es perfectamente trasladable a esta materia la idea de que, a falta del contador-partidor testamentario, se impone «la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima» (RDGRN 16.10.2015, TOL 5.542.561). Intervención que, en este supuesto de la partición hecha por el contador-partidor dativo, se

¹⁵⁸ En este sentido PÉREZ RAMOS, p. 781, allí otras referencias.

¹⁵⁹ PUIG FERRIOL, p. 686; PÉREZ RAMOS, pp. 781 y ss.

concreta precisamente en su consentimiento, porque en este tipo de partición se requiere el de los coherederos.

El consentimiento prestado a la partición por los propios herederos la convierte, e nuestro juicio, en contractual¹⁶⁰. En cuanto a los aspectos a los que debe referirse el examen del Secretario judicial o del Notario, pensamos que hay que estar con el criterio, del AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485)¹⁶¹: comprobar si las operaciones particionales efectuadas se mantienen dentro de las reglas que gobiernan la partición hereditaria, a tenor de la concreta composición del caudal relicto, así como si los lotes de cada coheredero respetan las disposiciones testamentarias. La aprobación del Secretario judicial o del Notario suponen más bien un control negativo, «pues la partición hecha por el contador regularmente nombrado es válida *ex nunc*, desde que se realiza, pues no es un proyecto de partición lo que se presenta sino un partición consumada, si bien queda supeditada su perfección y plena eficacia a la autorización o aprobación, mas esta, por su carácter limitado, no purifica los vicios o defectos que puedan concurrir en la operación divisoria, ni consume, ni aborta las acciones de impugnación, de nulidad, de rescisión de complemento. Que el coheredero agraviado desee ejercitar. En definitiva, al igual que pretendió el proyecto de 1851, se trata con este procedimiento de salir de manera rápida y sencilla de la indivisión, evitando la dilación y coste de los juicios sucesorios, sin perjuicio de las acciones de impugnación. Con ello se cesa “de momento” en la comunidad, quedando a salvo el recurso al juicio ordinario»¹⁶². Así también SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583), que cita AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631): «el Auto del Juez que decide sobre la aprobación de las operaciones particionales solo puede enjuiciar la concurrencia de los presupuestos habilitantes del nombramiento, la regularidad del procedimiento y el mantenimiento del contador dentro del ámbito de sus facultades, esto es, la no extralimitación en el ejercicio de su función»¹⁶³. En este sentido, pensamos que el responsable del expediente debe comprobar que se ha dado traslado de la partición modo suficiente a los interesados a los efectos de que puedan prestar su consentimiento¹⁶⁴.

¹⁶⁰ GARCÍA-RIPOLL, p. 1997. En contra, PUIG FERRIOL, p. 687; ABELLA RUBIO, p. 211; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 445-446.

¹⁶¹ Y en la doctrina, GONZÁLEZ ACEBES, p. 453.

¹⁶² De acuerdo CARBALLO FIDALGO, *Código*, p. 1742.

¹⁶³ Y SSAP Cádiz 2.6.2010 (TOL 2.666.568) y Málaga 16.1.2009 (TOL 1.557.691).

¹⁶⁴ En contra PÉREZ RAMOS, p. 788, «debe bastar con que el contador-partidor dativo manifieste ante el Notario que conoce del expediente de la aprobación de la partición que no todos los herederos o legatarios la han confirmado».

No obstante, hay autores que se cuestionan si el examen por el Secretario judicial o el Notario debe ser más profundo¹⁶⁵. Algún fundamento podría encontrarse para ello en la SAP Segovia 15.10.2004 (TOL 534.331): «salvo acuerdo de todas las partes, es el juez el que debe proceder a la aprobación de dicha partición, pudiendo realizar lógicamente las correcciones precisas o las exclusiones necesarias». Naturalmente nada se opone a que la partición no sea aprobada¹⁶⁶.

Las causas que pueden motivar la impugnación de la partición son: no ajustarse a lo manifestado por el testador en su testamento; incumplir alguno de los requisitos de la partición del contador-partidor dativo o de la tramitación del expediente; valorar mal los bienes, cuando la discrepancia sea superior a una cuarta parte del valor los bienes adjudicados (rescisión por lesión del artículo 1074 CC), o, siendo incluso inferior, haya perjudicado la legítima; incapacidad, inhabilidad del contador-partidor o ejecución de la partición realizada fuera de plazo; causas todas ellas que quedan sanadas si todos los interesados consienten la partición, la confirman o renuncian a la acción de impugnación. La simple omisión de alguno o algunos objetos de la herencia solo da lugar a que la partición se complete o adicione con los objetos omitidos (art. 1079 CC)¹⁶⁷.

El art. 22.2 LJV, afirma, en su última parte que, caso de ser inscribible la partición, «la calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». La norma, al menos en nuestro caso, debe ser completada, como ya hemos mencionado de pasada: la calificación del Registrador necesariamente deberá tener también en cuenta el testamento, ya que forma parte de la titulación exigida para realizar la inscripción (art. 14 LH).

11. RENDICIÓN DE CUENTAS, RESPONSABILIDAD, RETRIBUCIÓN Y GASTOS DEL CONTADOR PARTIDOR

El art. 907 CC impone al albacea la rendición de cuentas y dicha obligación alcanza asimismo al contador-partidor, si bien es

¹⁶⁵ *Vid.* las interesantes consideraciones que dedica a la cuestión PÉREZ RAMOS, pp. 794 y ss.

¹⁶⁶ Nos remitimos, de nuevo, a la exposición que realiza PÉREZ RAMOS, p. 798.

¹⁶⁷ Para todo ello: PÉREZ RAMOS, pp. 802-803.

la realización de la partición la que constituye su rendición de cuentas¹⁶⁸. Así lo afirman las SSTS 31.3.1915 (JC T 132 n.º 154)¹⁶⁹ y 11.4.1967 (RJ 1967\2207): «la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de “dar cuenta” del encargo que el testador les ha conferido».

En cuanto a la responsabilidad del contador, hay que partir de que una vez que el contador-partidor haya aceptado su cargo, «se constituye en la obligación de desempeñarlo»; obligación que deriva del tenor literal del art. 899 CC que sería aplicable aquí. Este precepto deja también sentada la posibilidad de renunciar posteriormente al ejercicio del cargo por justa causa. Por tanto la principal responsabilidad que se le puede exigir al contador será la derivada de hacer una partición defectuosa (por ejemplo en la valoración de los bienes o en su adjudicación) o de no hacerla. Para reclamar por ello estarán legitimados los coherederos que sufren el daño. La acción de responsabilidad prescribirá por el transcurso de cinco años a contar desde que se realizó la partición o terminó el plazo de que disponía el contador para hacerla, sin haberla hecho (art. 1964.2 CC)¹⁷⁰.

La STS 30.3.2004 (TOL 365.400) ha afirmado que para pedir responsabilidad civil al contador-partidor es necesario que los herederos hayan agotado las acciones de rescisión y nulidad de las operaciones particionales, o las de modificación o adición o complemento. Y se argumenta que, al existir intereses contradictorios, el contador-partidor vendría a ser un juez extraprocesal que dirime la controversia, por lo que se le aplica el mismo régimen que concurre cuando a los jueces se les exige responsabilidad civil por dolo o culpa; es decir, hay que esperar a que la resolución sea firme para poder reclamar la responsabilidad. La solución nos resulta adecuada: es difícil pretender el resarcimiento de un daño sin haber empleado los remedios que el ordenamiento prevé para minimizarlo o excluirlo. En todo caso, además, habría que distinguir «las incorrecciones en la partición realizada, de los casos de dolo o culpa, que son exigibles por la vía de los arts. 1101, 1104 y 1726 C.c., precisándose en ellos de la debida acreditación de los daños y

¹⁶⁸ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 275; ABELLA RUBIO, p. 194.

¹⁶⁹ «Toda partición supone previo inventario, a la vez que el conocimiento del valor exacto de los bienes que lo forman, la subsiguiente liquidación que reconoce por base deducciones legítimas, tales como las deudas contra el caudal hereditario, pago de legados, división y adjudicación entre los herederos claro se ve que este conjunto de operaciones habrán podido ser, y acaso sean, objeto de impugnación legal, reparadora de agravios inferidos, pero no motivo serio en que fundarse para desconocer que ellas constituyen el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta del encargo que la testadora les ha conferido».

¹⁷⁰ Seguimos de nuevo a ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 276 y GONZÁLEZ ACEBES, pp. 262-263.

perjuicios causados» (para esto último STS 10.11.1988, TOL 1.733.592). Salvado, en este último pronunciamiento, el hecho de que no pueda alegarse el 1726 CC para aplicarlo a un contador-partidor dativo, nos parece que nada cambia para este caso de lo que es regla general para el contador-partidor.

El albaceazgo es un cargo gratuito (art. 908 CC), lo que provoca la duda acerca de si lo es el de contador-partidor¹⁷¹. De la jurisprudencia se deduce que la norma que establece que el contador-partidor tiene derecho a cobrar, solamente se puede aplicar cuando se le encomendó la partición por ser un profesional, no simplemente cuando se acudió a él como persona de confianza. Así, lo declaró la STS 24.2.1905 (JC T100, n.º 70): «quien acepta el cargo en las condiciones de confianza que supone un nombramiento o designación de esta índole no puede alegar derecho alguno para pedir retribución por los trabajos que, en consecuencia, haya tenido que practicar, sin que a esto se oponga el precepto del art. 908, en cuanto reserva a los Contadores el derecho que les *asista* para cobrar lo que les *corresponda* por los trabajos de partición u otros facultativos, pues armonizando las disposiciones legales citadas [arts. 898 908 y 1711 CC], esto sólo puede entenderse cuando la razón de la designación para el referido cargo haya sido, no sólo la confianza que inspire al testador la persona nombrada, sino su pericia, fundada en un título profesional o en su práctica, por constituir en uno y otro supuesto la ocupación habitual del albacea o Contador en el desempeño de esta clase de servicios, como preceptúa el mencionado artículo 1711 en su párrafo segundo.»¹⁷² Ahora bien, no debe haber duda de que al contador-partidor dativo se le debe retribución, precisamente porque se le designa como experto en la materia¹⁷³.

Al contador voluntariamente nombrado, se le deben indemnizar los gastos y daños que le ocasione realizar su encargo, y se puede argumentar esta solución en la analogía con la que procede en el mandato (art. 1729 CC), según interpreta la jurisprudencia y la doctrina¹⁷⁴. Igualmente, se debe entender que el contador no puede ser obligado a adelantar esos gastos empleando para ello su propio patrimonio (arg. art. 1728.1 CC)¹⁷⁵. Es obvio que la analogía con el mandato puede funcionar en el caso del contador-partidor nombra-

¹⁷¹ ABELLA RUBIO, p. 195. ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 277; RIVAS MARTÍNEZ, III, p. 2601; DE LA CÁMARA, p. 2487; MANRESA, pp. 738-739.

¹⁷² Doctrina en la que insisten las SSTs 14.1.1913 (JC T 126, n.º 19) y 23.5.1958 (RJ 1958/1750).

¹⁷³ Así PUIG FERRIOL, pp. 674-675; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 226-227.

¹⁷⁴ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 284; ABELLA RUBIO, p. 196; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 249-250.

¹⁷⁵ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 285; GONZÁLEZ ACEBES, p. 250.

do por el causante; no, en cambio, en el dativo. Si la misma solución existe en nuestro caso es por razón de la conexión efectuada por el legislador entre ambas figuras de contador-partidor, que recomienda que tengan las mismas facultades.

Finalmente, al contador-partidor no se le deben reembolsar aquellos gastos realizados extralimitándose de sus funciones, con temeridad y mala fe, dando lugar a una partición declarada nula (STS 29.5.1965, RJ 1965/3174)¹⁷⁶. En la doctrina se ha planteado si el reintegro de los gastos procede también cuando el cargo es retribuido, pues entonces cabe pensar que la retribución tiene como una de sus funciones cubrir los gastos usuales u ordinarios¹⁷⁷. Nos parece que estaremos ante una cuestión que deberá resolverse según la naturaleza del gasto, los usos y las circunstancias del caso.

12. LA CITACIÓN DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS COHEREDEROS SUJETOS A PATRIA POTESTAD, TUTELA O CURATELA

El párrafo tercero del art. 1057 CC establece que, cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela o curatela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de sus representantes legales o curadores. La nueva redacción de la norma puede resolver algunas de las dificultades interpretativas que el precepto presentaba con anterioridad, si bien no ha corregido algunas otras deficiencias evidentes. El único cambio que se ha producido ha sido el siguiente: donde antes se hablaba de coheredero «sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas», hoy se dice «sujeto a patria potestad, tutela, o curatela».

Con la redacción anterior quedaba claro que la citación, en los casos de curatela, solamente procedía si la misma obedecía a un supuesto de incapacidad o de prodigalidad; por lo que quedaban excluidos dos casos: el de los emancipados cuyos padres fallecieran o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevista por la Ley, y el de los menores bajo tutela que obtuvieron el beneficio de la mayor edad¹⁷⁸. De alguna manera parecía deducirse que en esos supuestos no era necesaria la intervención del curador, porque los emancipados tenían capacidad para realizar la partición por sí mismos. La redacción hoy vigente extiende la citación a los

¹⁷⁶ ASÍ ABELLA RUBIO, p. 197; GONZÁLEZ ACEBES, p. 254.

¹⁷⁷ ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, p. 285; GONZÁLEZ ACEBES, pp. 253-254.

¹⁷⁸ ABELLA RUBIO, p. 212; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 461.

curadores de los menores emancipados, lo que suscita la duda de si la práctica de la partición en que está implicado un emancipado requiere o no la asistencia de los padres o del curador; es decir, el problema de la capacidad de los emancipados para realizar la partición. La solución puede ser complicada: según el art. 323 CC «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» lo que ha inclinado a pensar que el emancipado tiene la capacidad necesaria para hacer la partición, pese a que no tenga libre poder de disposición¹⁷⁹. Si la partición es propiamente tal, parece que el consentimiento del menor emancipado será suficiente, por tratarse de un acto de administración: así, incidentalmente, la STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754), y la doctrina tradicional: RRDGRN 28.5.1917 (JC T. 140, n.º 75) y 21.12.1929 (JC T. 191, n.º 185), entre muchas otras. En cambio, si en la partición se incluyera algún acto dispositivo sería necesario el complemento de capacidad¹⁸⁰ que establece el art. 323 CC en cuanto a los inmuebles, los establecimientos mercantiles o industriales y los objetos de extraordinario valor.

En conformidad con esta tesis, una doctrina antigua sostenía que si el coheredero era un menor emancipado no haría falta su citación al inventario¹⁸¹. Pero la STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754) había sostenido que, cuando el artículo habla de «menor», abarca también al emancipado, ya que el criterio establecido por el precepto sería un modo de protegerlo también a él; y, por tanto, la citación al inventario es precisa siempre que un coheredero sea menor, aunque esté emancipado. Esta última solución nos parecía bastante dudosa, atendiendo a la letra de la anterior norma, que solamente imponía la citación en los casos de curatela por prodigalidad y enfermedades físicas o psíquicas, pero hoy parece mucho más fácil de admitir a la vista de la reforma del precepto que esta-

¹⁷⁹ VALLET, pp. 121 y ss.; allí referencias. En contra, DE LA CÁMARA, pp. 2477 y 2497: «habría que ponderar si el art. 1058 al hablar de libre administración no ha querido decir lo mismo que el art. 1052, pues la palabra administración puede ser entendida latamente en el sentido de gestión patrimonial sin excluir las enajenaciones y corrobora este criterio que a la palabra “administración” de le agregue el calificativo “libre”. 2. Que si bien es cierto que la partición no es una enajenación puede estimarse como un acto de disposición en la medida en que transforma la naturaleza y el objeto del derecho de que se es titular. 3. Que el art. 1058 faculta a los herederos mayores y que tengan la libre administración de sus bienes para que distribuyan los bienes como tengan por conveniente, es decir les otorga un amplio margen de libertad que se compagina mal con el reconocimiento de la plena capacidad del emancipado, pues si se prescinde de la regla de igualdad cualitativa sancionada por el art. 1061, la partición puede resultar un acto de suma gravedad y trascendencia susceptible de causar graves perjuicios a los interesados»; Díez SOTO, pp. 1721-1722 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 449.

¹⁸⁰ ROBLES LATORRE, Pedro, *La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 85-88.

¹⁸¹ En tal sentido, las RRDGRN 7.1.1907 (JC T 106 n.º 9) y 30.1.1911 (JC T 120, n.º 44).

mos comentando. A su vez eso puede significar que la ley considere hoy que el menor emancipado no tiene capacidad para hacer por sí la partición.

La exigencia de citar para la práctica del inventario se refiere literalmente al supuesto de la partición realizada por el testador (ya que se remite al artículo anterior), cuando en ese caso no existe, habitualmente, contador-partidor¹⁸². Incluso se había dudado de la necesidad de la norma, en el caso de que el contador-partidor fuera dativo, porque para ese caso ya se prescribe una citación en el art. 1057.2 CC, y la partición requiere la aprobación del Juez¹⁸³, en la versión derogada, o del Secretario judicial o del Notario, en la redacción vigente. No obstante, no vemos claro que esta crítica se deba aceptar: la citación de la que habla el párrafo segundo del art. 1057 CC se refiere al momento en que se toma en consideración por la autoridad competente la petición de nombramiento de contador-partidor, que es previo a la partición; y, de otra parte, la posterior aprobación de la partición no sufre adecuadamente la intervención de esos específicos interesados en la realización de la misma, junto con el contador-partidor dativo. Por tanto, entendemos que la citación es necesaria tanto para la partición realizada por el contador-partidor testamentario como para la hecha por el contador-partidor dativo.

13. CONCLUSIONES

El estudio que ahora llega a su fin pretendía exponer algunas de las claves sobre el escaso arraigo práctico de la figura del contador-partidor dativo, y analizar si la nueva regulación realizada por la LJV las había paliado de algún modo. Podemos asegurar ahora que, a nuestro juicio, las deficiencias normativas de la institución son la explicación de esta poca aplicación práctica de la misma. Esos defectos que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas se encuentran tanto en las cuestiones de detalle sobre la disciplina aplicable, como en la filosofía o grandes principios que inspiran esta clase de partición. Comencemos por los aspectos que afectan a los diversos elementos del régimen jurídico.

A lo largo del trabajo hemos advertido que la regulación específica sobre el contador-partidor dativo es muy escueta, pero inclu-

¹⁸² Así la STS 17.12.1988 (RJ 1988\9475). Y RDGRN 6.2.1995 (TOL 223.402) en la que intervenían todos los coherederos para aprobar la partición hecha por el contador-partidor. También DE LA CÁMARA, pp. 2492-2493.

¹⁸³ DE LA CÁMARA, p. 2494.

so en su simplicidad presenta dudas de interpretación muy serias y difícilmente resolubles. En este caso estarían algunas cuestiones tan trascendentales como los requisitos objetivos para la aplicación de la norma, y, sobre todo, la de quiénes pueden solicitar el nombramiento, o cómo se computa el porcentaje de participación requerido normativamente para realizar esa solicitud. Ya en la fase inicial de la vida de la institución, pueden presentarse obstáculos que impidan que la designación del contador-partidor se haga con toda la seguridad requerida; si el sistema pretende dotar a los interesados de una alternativa real a la partición judicial se puede inferir que estos defectos dificultan la consecución del objetivo que se había planteado.

Por otra parte, la escasa regulación hace que el instituto requiera remitirse a la figura del contador-partidor testamentario en aspectos tan importantes como las facultades con las que cuenta el contador-partidor dativo. Esta aplicación de los efectos de la figura del contador-partidor testamentario, no obstante, hemos comprobado que presenta varias dificultades derivadas de una serie de hechos: a) que la remisión se haga a una institución con escasa regulación legal, cuyas facultades dependen más de lo deseable de una profusa jurisprudencia no siempre armónica; b) que, al presentar el contador-partidor dativo una naturaleza jurídica muy diferente a la del contador-partidor testamentario (falta la trascendental relación de confianza con el testador), no siempre es tan claro que los argumentos empleados por la jurisprudencia para integrar el régimen de la figura del contador-partidor testamentario sean válidos en nuestro caso; c) que el testamento no vendrá casi nunca en auxilio del intérprete a la hora de delimitar las competencias o facultades del contador-partidor dativo.

Todo ello, qué duda cabe, dificulta aplicar la figura, pero, además, el control cualificado sobre el ejercicio por el contador-partidor de sus facultades particionales debe ser más intenso y riguroso en el caso del contador-partidor dativo que en el del contador-partidor testamentario. Es obvio que existe un primer control que es exclusivo de la partición realizada por el contador-partidor dativo, y no existe en la partición realizada por el contador-partidor testamentario: nos referimos al control notarial o del Secretario judicial de cuya importancia no cabe dudar, pero que tiene un alcance que tampoco se encuentra bien definido por las normas; pero, incluso en el control que pueden compartir ambos tipos de partición, que es la calificación registral en los inmuebles, resulta fácil entender que debe tener mayor rigor en el caso de la partición elaborada por un contador-partidor dativo habida cuenta de todos los datos pues-

tos ya de manifiesto: dudas sobre el régimen jurídico, inexistencia de confianza del contador con el testador, falta de voluntad testamentaria. De nuevo, pues, se sitúa nuestra modalidad de partición en desventaja frente a sus alternativas.

Resulta asimismo un mal aliado de la figura, el hecho de que siendo una institución que se ha concebido para desbloquear las particiones difíciles, a causa de la existencia de algún heredero que la obstaculiza, el legislador no haya querido entrar en el problema tan común de la partición simultánea de la sociedad de gananciales y la herencia, que puede ser uno de los casos en los que el bloqueo se produzca. Se ha perdido, así, la oportunidad de dotar al contador-partidor dativo de algún ámbito de actuación en el que pueda mejorar los resultados o expectativas de lograr la partición que cabe esperar del resto de los mecanismos particionales.

Finalmente, probablemente sea en los grandes principios de inspiración de la norma donde su escasa definición o claridad sea más llamativa. Nos parece obvio que si la figura quiere hacerse un hueco propio en el sistema particional debe encontrarlo dentro de la gran bipartición entre las particiones convencionales y las judiciales. Ciertamente existe también un tercer modelo, el representado por la partición hecha o encomendada a otra persona por el causante, y el legislador tenía claro que a esta última clase o tipo quería asimilarse. Quizá no se haya tenido en cuenta, sin embargo, que esta aproximación solamente puede ser un deseo o una tendencia. En la práctica, que haya faltado la voluntad particional directa o indirecta del causante, como es el caso, nos deja ante una única alternativa: la elección entre la partición que concita el acuerdo de los interesados y la partición judicial, en la que ese acuerdo no se puede dar por supuesto y, en muchas ocasiones no existe. Entre esas dos posibilidades, es cierto que cabría otra situación que es frecuente incluso en la práctica: la pasividad de alguno de los interesados; es aquí donde debería buscar acomodo, pues sería su ámbito propio, la partición por el contador-partidor dativo, aunque quizá en la normativa vigente no se haya sabido reflejar esta ubicación sistemática con exactitud. Valga para demostrarlo la desatención de la LJV a los efectos que en esta partición produce la activa oposición de alguno de los interesados. Esta última realidad, unida al trascendental hecho de la evolución del sistema procesal de la partición judicial hacia una mayor simplificación; más intensa como es lógico en las particiones no contradictorias, en las que la intervención judicial puede ser mínima, contribuye también de un modo decisivo al escaso arraigo de la figura del contador-partidor dativo. Nótese que esta última figura, tal como se encuentra regula-

da en la actualidad, no da una respuesta clara a las frecuentes incidencias que se puedan producir, que van desde una partición en la que falta la colaboración de todos, pero no existe oposición, hasta una partición en la que ya se produce una abierta contradicción. En cambio, la partición judicial sí ha sabido armonizar ambas posibilidades en un sistema coherente que gradúa y dosifica la intervención judicial en función de ese dato. Una razón más para no poder augurar al contador-partidor dativo un futuro en el que su protagonismo sea mayor que en el pasado y en la actualidad.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal supremo

STS 8.2.1892 (JC T. 71 n.º 33)
STS 4.7.1895 (JC T n.º 108)
STS 24.2.1905 (JC T100, n.º 70)
STS 24.2.1909 (JC T 113 n.º 104)
STS 14.1.1913 (JC T 126, n.º 19)
STS 31.3.1915 (JC T 132 n.º 154)
STS 1.7.1915 (JC T. 133 n.º 138)
STS 8.5.1926 (JC T. 171 n.º 20)
STS 11.1.1928 (JC T. 180 n.º 38)
STS 10.4.1931 (RJ 1930-1931/2008)
STS 10.1.1934 (RJ 1934\35)
STS 30.3.1949 (RJ 1949/933)
STS 11.1.1950 (RJ 1950/21)
STS 11.2.1952 (RJ 1952\284)
STS 14.2.1952 (RJ 1952\1208)
STS 1.6.1955 (RJ 1955/2378)
STS 23.5.1958 (RJ 1958/1750)
STS 2.3.1959 (RJ 1959/1089)
STS 18.6.1959 (RJ 1959/2507)
STS 28.6.1961 (RJ 1961/2748)
STS 27.11.1961 (RJ 1961\4125)
STS 3.1.1962 (RJ 1962\265)
STS 18.5.1962 (RJ 1962\2753)
STS 2.6.1962 (RJ 1962\2665)
STS 29.5.1965 (RJ 1965/3174)
STS 11.4.1967 (RJ 1967\2207)
STS 27.5.1968 (RJ 1968\2923)
STS 22.1.1969 (RJ 1969\199)

STS 9.2.1970 (ROJ: STS 520/1970 – ECLI: ES: TS:1970:520)
STS 31.3.1970 (TOL 4.284.202)
STS 31.5.1980 (TOL 1.740.410)
STS 18.5.1983 (TOL 1.738.480)
STS 16.5.1984 (TOL 1.737.754)
STS 18.4.1985 (TOL 1.736.587)
STS 20.4.1988 (TOL 1.734.837)
STS 10.11.1988 (TOL 1.733.592)
STS 17.12.1988 (RJ 1988\9475)
STS 29.12.1988 (TOL 1.733.537)
STS 25.4.1994 (TOL 1.665.393)
STS 2.4.1996 (TOL 1.659.365)
STS 22.2.1997 (TOL 215.715)
STS 9.5.1997 (TOL 216.592)
STS 20.9.1999 (TOL 5.120.410)
STS 25.2.2000 (TOL 2.420)
STS 20.2.2002 (RJ 2002\2893)
STS 26.2.2004 (TOL 352.236)
STS 30.3.2004 (TOL 365.400)
STS 14.12.2005 (RJ 2005\10160)
STS 18.5.2006 (TOL 934.885)
STS 12.6.2006 (TOL 961.863)
STS 15.6.2006 (TOL 961.851)
STS 2.4.2008 (TOL 1.354.572)
STS 15.4.2008 (TOL 1.371.330)
STS 29.4.2008 (TOL 1.320.867)
STS 14.7.2008 (TOL 1.347.117)
STS 5.1.2012 (TOL 2.395.218)
STS 18.7.2012 (TOL 2.635.443)
STS 6.5.2013 (TOL 4.061.866)

Audiencias provinciales

AAP Ciudad Real 12.11.2001 (TOL 134.485)
SAP Cantabria 5.4.2002 (JUR 2002\164029)
AAP Madrid 1.6.2002 (TOL 221.512)
AAP Valencia 16.1.2003 (JUR 2003\102014)
SAP Ciudad Real 29.9.2003 (JUR 2004/48042)
SAP Segovia 15.10.2004 (TOL 534.331)
SAP Madrid 16.11.2004 (JUR 2005/46511)
SAP Málaga 16.1.2009 (TOL 1.557.691)
SAP Cádiz 2.6.2010 (TOL 2.666.568)
AAP Pontevedra 10.10.2011 (TOL 3.540.631)
SAP Pontevedra 1.4.2014 (TOL 4.489.583)

Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN 5.10.1900 (JC T 90 n.º 85)
RDGRN 6.10.1900 (JC T 90 n.º 86)
RDGRN 7.1.1907 (JC T 106 n.º 9)
RDGRN 11.9.1907 (JC T 108 n.º 58)
RDGRN 30.1.1911 (JC T 120, n.º 44)
RDGRN 29.11.1911 (JC T 122 n.º 143)
RDGRN 6.11.1912 (JC T. 125, n.º 55)
RDGRN 28.4.1913 (JC T. 127, n.º 54)
RDGRN 10.6.1916 (JC T. 137 n.º 18)
RDGRN 28.5.1917 (JC T. 140, n.º 75)
RDGRN 16.11.1922 (JC T. 157 n.º 110)
RDGRN 6.3.1923 (JC T.158 n.º 102)
RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)
RDGRN 9.3.1927 (JC T 174, n.º 32)
RDGRN 2.7.1929 (JC T 190 n.º 9)
RDGRN 18.10.1929 (JC T 190 n.º 181)
RDGRN 21.12.1929 (JC T. 191, n.º 185)
RDGRN 12.6.1930 (JC T 195 n.º 32)
RDGRN 29.12.1930 (RJ 1930\1845)
RDGRN 20.9.1933 (RJ 1933/276 bis)
RDGRN 4.11.1935 (RJ 1935/2056)
RDGRN 15.7.1943 (RJ 1943/944)
RDGRN 28.3.1944 (RJ 1944/519)
RDGRN 18.12.1951 (RJ 1951/2758)
RDGRN 30.6.1956 (RJ 1956/2582)
RDGRN 8.2.1957 (RJ 1957/543)
RDGRN 14.9.1964 (RJ 1964\5921)
RDGRN 2.12.1964 (RJ 1964\5928)
RDGRN 14.4.1969 (RJ 1969/4172)
RDGRN 27.2.1982 (RJ 1982\838)
RDGRN 27.12.1982 (RJ 1982\8065)
RDGRN 1.12.1984 (TOL 675.846)
RDGRN 6.2.1995 (TOL 223.402)
RDGRN 26.2.2003 (TOL 268.190)
RDGRN 13.5.2003 (TOL 276.668)
RDGRN 21.6.2003 (TOL 296.898)
RDGRN 20.9.2003 (TOL 317.375)
RDGRN 2.12.2003 (RJ 2003/2124)
RDGRN 31.3.2005 (RJ 2005/3483)
RDGRN 13.10.2005 (TOL 751.919)
RDGRN 22.3.2007 (TOL 1.042.295)

RDGRN 20.7.2007 (TOL 1.115.857)
 RDGRN 16.9.2008 (TOL 1.372.370)
 RDGRN 14.9.2009 (TOL 1.622.034)
 RDGRN 19.5.2012 (TOL 2.570.718)
 RDGRN 29.1.2013 (TOL 3.058.646)
 RDGRN 19.4.2013 (TOL 3.711.534)
 RDGRN 18.6.2013 (TOL 3.855.038)
 RDGRN 11.7.2013 (TOL 3.920.793)
 RDGRN 11.9.2013 (TOL 3.962.817)
 RDGRN 30.9.2013 (TOL 3.973.295)
 RDGRN 21.5.2014 (TOL 4.440.030)
 RDGRN 27.5.2014 (TOL 4.445.562)
 RDGRN 16.3.2015 (TOL 4.840.376)
 RDGRN 29.6.2015 (TOL 5.421.134)
 RDGRN 13.7.2015 (TOL 5.491.844)
 RDGRN 16.10.2015 (TOL 5.542.561)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELLA RUBIO, José María: «Partición hecha por el testador», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- ALBALADEJO, MANUEL/DÍAZ ALABART, Silvia: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989 (Comentario art. 1057.1 y 3).
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989 (Comentario art. 1057.2).
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA: *La partición judicial*, Comares, Granada, 2007.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, La Ley, Madrid, 2015.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «La partición hecha por contador partidor: cuestiones prácticas», *Revista jurídica del notariado*, n.º 28, 1998, pp. 9-50.
- CADARSO PALAU, Juan: «Artículo 1057», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, II, 1984, pp. 1480-1482.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Comentarios a los arts. 1057 y 1059», en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011.
 — *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999.
- COLINA GAREA, Rafael: «La legitimación para promover la división judicial de la herencia. Problemas sustantivos y procesales», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord. por Juan Manuel Abril Campoy y María Eulalia Amat Llari), Vol. 1, Valencia 2006, Tirant lo Blanch, pp. 933-961.
- DE LA CÁMARA, Manuel: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1993, arts. 1051-1081.

- DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos: «De la división de la herencia», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón y otros), Aranzadi, 2011, pp. 930 y ss.
- DÍAZ SOLER, Ángel: *El contador partidor testamentario*, Madrid, 1996.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Comentario a los arts. 1051 y 1052», en *Código civil comentado* (dir. Cañizares y otros), II, Civitas, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario a los arts. 1051 y 1057», en *Comentarios al Código Civil* (director, Andrés Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio: «El contador partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento», *Estudios de derecho de sucesiones. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García Domínguez Luelmo /García Rubio* (dir.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 405-432.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «De la colación y partición», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomos V y VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 7445-7946.
- «Artículo 1057», en *Las modificaciones al Código civil del año 2015* (director Rodrigo Bercovitz), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 991-998.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Aspectos procesales y civiles del proceso de división de herencia», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por José Manuel González Porras, Fernando P. Méndez González), Vol. 1, Murcia, 2004, Universidad de Murcia, pp. 1995-2020.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: *La partición judicial: problemas. Viabilidad y legitimación. Posición de los acreedores. Preferencias de cobro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GONZÁLEZ ACEBES, Begoña: *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La división de la herencia», en *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 523-589.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho de sucesiones*, I y II, Librería Bosch, Barcelona, 1971 y 1973.
- *Derecho de sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961.
- *Elementos de Derecho civil*, V, Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 7.ª edición, 2011.
- LETE ACHIRICA, Javier: en *Tratado de derecho de sucesiones* (dir. GETE-ALONSO), II, Civitas, Pamplona, 2011.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón/PÉREZ ESCALONA, Susana: *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- MANRESA, José María: *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Reus, Madrid, 1987 (7.ª edición revisada por Francisco Bonet Ramón).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Partición hereditaria: conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición», en PÉREZ ÁLVAREZ (Coord.), *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, V, 2.º, Edersa, Madrid, 1985.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Madrid, 2009.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, cit.
- OSTOS MOTA, M.^a Jesús: «La comunidad hereditaria y la partición: sus especies», en O'CALLAGHAN (coord.), *La partición de la herencia*, cit.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada 2009.
- «El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *ADC*, 2007, pp. 445 y ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Renuncia, prórroga del plazo del albacea y del contador-partidor, nombramiento del contador partidor dativo y aprobación de la partición otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios», en BARRIO DEL OLMO (coord.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PUIG FERRIOL, Luis: «El contador-partidor dativo», *ADC*, 1988, pp. 669 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones, común y foral*, III, Dykinson, Madrid, 2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El usufructo*, Civitas, Navarra, 2010
- ROBLES LATORRE, Pedro: *La partición convencional y su impugnación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «De los albaceas o testamentarios», en *Comentarios al Código Civil* (director Rodrigo Bercovitz), Tomo V, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 6499 y ss.
- SCAEVOLA: *Código civil*, XVIII, Madrid, 1901.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV, 2.º, Edersa, Madrid, 1989.

La pluralidad de deudores: análisis de Derecho comparado

ESTHER GÓMEZ CALLE*

Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Las relaciones obligatorias subjetivamente complejas y con una única prestación, caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos en el lado pasivo, en el activo o en ambos de la relación, suscitan una serie de problemas que son considerados en todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno así como en diversos textos y propuestas normativas recientes de alcance nacional e internacional; así, dentro de nuestro país, han de tenerse en cuenta particularmente la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y la Propuesta de Código civil, Libros V y VI, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil; en el ámbito internacional, los textos de referencia en esta materia son, sobre todo, los Principles of European Contract Law, el Draft Common Frame of Reference y los UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en su versión de 2010. En las páginas que siguen analizo en particular la pluralidad de deudores; para ello adopto una perspectiva de Derecho comparado, que tiene en cuenta tanto los referidos textos como los Derechos vigentes en nuestro entorno más próximo; así, el objeto del trabajo es, en primer término, poner de relieve cuáles son los principios fundamentales en la organización de este tipo de obligaciones y cuáles las opciones básicas que pueden barajarse en su regulación; con ello se pretende, en último término, hacer propuestas concretas que puedan servir a una mejora del vigente régimen español en esta materia, tal y como se contiene hoy en día en el Código civil.

* Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado. Este artículo se inscribe en el Proyecto de investigación «Retos actuales de la autonomía privada» (DER2014-52503-P).

PALABRAS CLAVE

Pluralidad de deudores, deudas solidarias, deudas parciarias, deudas mancomunadas, cuota, cumplimiento, compensación, confusión, remisión, pacto de non petendo, transacción, prescripción, cosa juzgada, excepciones, derecho de regreso, subrogación.

ABSTRACT

In obligations with either more than one debtor or more than one creditor, several problems arise which are taken into account in all European jurisdictions as well as in various recent texts and policy proposals of national and international scope. In Spain, the proposal for Civil Code reform submitted by the Civil Law Section of the General Committee on Coding, the draft bill of the Commercial Code, and the Civil Code Proposal, Books V and VI, as submitted by the Association of Teachers in Civil Law, must be taken into particular account. Internationally, the key texts on this subject are the Principles of European Contract Law, the Draft Common Frame of Reference and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in its 2010 version. In the following pages, I analyze in particular the plurality of debtors, adopting in order to do so the perspectives of Comparative Law, which takes into consideration both the above-mentioned texts and the prevailing European laws. The goal of this project is thus to highlight the fundamental principles behind these kind of obligation and the basic options which should be considered when regulating them. By doing so, we hope ultimately to put forward concrete proposals which might lead to an improvement in the current Spanish legislation as laid down in the Civil Code.

KEYWORDS

Plurality of debtors, joint and several obligations, solidary obligations, divided or separate obligations, communal or joint obligations, share, performance, set-off, merger, release, covenant not to sue, settlement, prescription, effect of judgement, defenses, personal right of recourse, subrogatory recourse.

SUMARIO: I. *Los diferentes modelos organizativos de la pluralidad de deudores.*—II. *La ordenación de los distintos modelos.*—III. *Las deudas parciarias.*—IV. *Las deudas mancomunadas.*—V. *Las deudas solidarias.* 5.1 *Los presupuestos de la deuda solidaria.* 5.2 *La relación externa entre el acreedor y los deudores.* 5.2.1 *El carácter indistinto del deber de prestación.* 5.2.2 *El derecho de elección del acreedor.* 5.2.3 *El ius variandi del acreedor.* 5.2.4 *Imposibilidad sobrevenida e incumplimiento.* 5.2.5 *Constitución en mora del deudor.* 5.2.6 *Actos modificativos y extintivos de la obligación.* 5.2.6.1 *Compensación.* 5.2.6.2 *Confusión.* 5.2.6.3 *Remisión.* 5.2.6.3.1 *La eficacia de la remisión.* 5.2.6.3.2 *El pacto de non petendo.* 5.2.6.4 *Transacción.* 5.2.6.5 *Novación.* 5.2.7 *La prescripción.* 5.2.8 *Las excepciones oponibles al acreedor.* 5.2.9 *Algunas cuestiones procesales.* 5.3 *La relación interna entre los codeudores.* 5.3.1 *El reparto interno de la*

deuda. 5.3.2 El derecho de regreso. 5.3.3 La subrogación en el crédito. 5.3.4 Excepciones oponibles entre codeudores. 5.3.5 La imposibilidad de recuperar lo pagado de un deudor. Abreviaturas. Bibliografía.

I. LOS DIFERENTES MODELOS ORGANIZATIVOS DE LA PLURALIDAD DE DEUDORES¹

Existen en este punto dos modelos básicos ampliamente reconocidos [*infra* a) y b)], a los que en ocasiones se suma otro más, ya no tan común [*infra* c)]. La terminología empleada para aludir a cada uno de ellos varía notablemente en los distintos sistemas considerados, por lo que en su descripción inicial conviene hacer ya algunas aclaraciones al respecto.

a) Un primer modelo se caracteriza por que cada uno de los deudores está obligado al cumplimiento íntegro de la prestación, que consecuentemente el acreedor puede exigir de cualquiera de ellos hasta su plena satisfacción. Es lo que conocemos como deuda *solidaria* (arts. 1137 CC, 1125 PMCC y 513-1.4 PCCAPDC), «*solidaire*» en Francia (art. 1313. I Cod. civ.), «*in solido*» en Italia (art. 1292 c. c.) o «*solidary*» en los PECL [art. 10:101 (1)] y el DCFR [art. III.-4:102 (1)]; en Alemania el término equivalente es «*gesamtschuldnerisch*» (§ 421 BGB); y en Derecho inglés se utiliza la expresión «*joint and several obligations*», que acogen también los PICC [art. 11.1.1 (a)]. En algunos países, doctrina y jurisprudencia admiten para ciertos supuestos otra forma de solidaridad, cuyos efectos difieren parcialmente de los de la prevista legalmente: es el caso de las obligaciones *in solidum* en Francia (donde se discute si se trata de una forma autónoma de configuración de la obligación) o de la llamada solidaridad impropia en España.

b) En el segundo modelo, la deuda se divide en tantas partes como deudores haya, de modo que cada uno de ellos queda únicamente obligado a cumplir su parte, que es lo que el acreedor le puede exigir. Nuestro CC (al igual que la PMCC y la PCCAPDC) alude a ellas como obligaciones mancomunadas pero, para su debido deslinde de la categoría siguiente, que recibe idéntica denomi-

¹ Conviene destacar desde ahora mismo que en Francia la materia objeto de análisis se ha visto afectada muy recientemente por la *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*; la nueva normativa, que entró en vigor el 1 de octubre de 2016, se encuentra ahora en los arts. 1309 a 1320 Cod. civ.; estos preceptos incorporan solo alguna norma nueva respecto de la anterior regulación (antiguos arts. 1197 a 1225 Cod. civ.) y por lo general se limitan a reformular las anteriores reglas para simplificarlas o clarificarlas.

nación, resulta preferible calificarlas de *parciarias*², término que utilizaré para referirme al régimen consagrado en el art. 1138 CC (y en los arts. 1124 PMCC y 513-1.2 PCCAPDC); en Derecho francés se ha venido utilizando el adjetivo «*conjointe*» que algunos consideran ambiguo y proponen sustituir por el de «*disjointe*»³; son claras las expresiones empleadas en Italia («*parziaria*» o «*divisibili*») y Alemania («*teilschuldnerisch*»: § 420 BGB), así como en el DCFR [«*divided*»: art. III.-4:102 (2)] y en los PECL y los PICC [«*separate*»: arts. 10:101 (2) y 11.1.1 (b), respectivamente].

c) Un tercer modelo es aquel en que el acreedor debe dirigirse conjuntamente contra todos los deudores para exigirles el cumplimiento, al tiempo que estos deben cumplir conjuntamente para quedar liberados. Es la situación a que aluden los arts. 1139 y 1150 CC, en que cabe hablar de deudas *mancomunadas*, *comunes*, *conjuntas* o *colectivas*⁴; en ambos preceptos este régimen se vincula a obligaciones indivisibles (aunque también puede aplicarse fuera de tales casos⁵). La categoría de *obligación indivisible*, como contrapuesta a la divisible, se consagraba en los Códigos civiles francés e italiano como una de las formas de obligaciones subjetivamente complejas⁶; tras la reforma introducida por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el Código francés ha pasado a referirse únicamente a las obligaciones con prestación indivisible; en todo caso, su régimen jurídico se aproxima mucho al de la solidaridad, pues cada deudor queda obligado por el total (art. 1320. II Cod. civ. y art. 1317 c.c. en relación con art. 1292 c.c.), lo que lo separa del modelo ahora analizado, ausente de estos Códigos (aunque no ignorado por la doctrina)⁷; la indivisibilidad (que puede ser natural, legal o convencional) tiene un efecto importante en estos ordenamientos, pues evita que, si el deudor fallece, la deuda se

² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 198.

³ Vid. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 711, n.º 1350 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit.....*, p. 1227, nota 2. De hecho, el legislador francés ha optado en la ya aludida reforma del *Code civil* de 2016 por no introducir en él la expresión de obligación «*conjointe*» por considerarla confusa y carente de relevancia práctica (vid. *Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131*, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016, NOR: JUSC1522466P).

⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 198, 230 y 231. La PCCAPDC acoge esta categoría y para referirse a ella habla de obligaciones «colectivas» (art. 513-1.3), empleando el término de «mancomunadas» para las que *supra* he llamado «parciarias».

⁵ CAFFARENA, «Obligación...», p. 4520 y Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 204 y 230. Consecuente con esta idea, el art. 513-2.1 PCCAPDC prevé que la obligación es mancomunada, colectiva o solidaria según lo que establezca su título constitutivo o la ley; en su defecto es cuando entra en juego la regla de que si la prestación es indivisible la obligación será colectiva.

⁶ Vid. TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit.....*, pp. 1252 a 1257, núms. 1265-1269 y ZOPPINI, *Diritto.....*, pp. 430 a 432.

⁷ Vid. para Italia, ZOPPINI, *Diritto.....*, p. 411.

divida automáticamente entre sus herederos (cual ocurriría si fuera divisible: arts. 1309 y 1320. I Cod. civ. y arts. 1295 y 1318 c.c.)⁸. En Alemania y Holanda, si la prestación es indivisible, se establece directamente que la deuda es solidaria [§ 431 BGB y art. 6:6 (2) BW]; sin embargo, en Alemania doctrina dominante y tribunales entienden que la solidaridad no es adecuada cuando el cumplimiento sólo es posible mediante la colaboración de los deudores (son ejemplos típicos el de los músicos que se obligan a dar un concierto, o el de los condueños de un bien obligados a transmitir su propiedad); en tales casos se habla de *deuda común* («gemeinschaftliche Schuld»), no contemplada en el BGB, y que se caracterizaría por que el acreedor debe dirigir su reclamación de cumplimiento a todos los deudores conjuntamente⁹. Esta es también la peculiaridad más relevante, cuando se trata del ejercicio de una acción, de lo que el Derecho inglés conoce como «joint liability», que surge cuando varios deudores se comprometen conjuntamente frente al acreedor sin obligarse además de forma individualizada¹⁰.

El modelo a que me refería al comienzo del párrafo precedente se ha plasmado tanto en los PECL (art. 10:101) como en el DCFR (art. III.-4:102) (que hablan de «communal» y «joint obligations» respectivamente), cuyos comentarios aluden como referente a doctrina y jurisprudencia alemanas –falta, en cambio, cualquier alusión al art. 1139 CC–, al tiempo que apuntan su ausencia en la mayoría de los ordenamientos nacionales¹¹; la PCCAPDC también lo incorpora (art. 513-1.3) (bajo la denominación de «obligaciones colectivas»). Por contra, los redactores de los PICC han preferido omitir esta categoría, por considerarla de poca importancia práctica, innecesaria y proclive a generar malentendidos, ya que cada jurista tendería a interpretarla según su propia tradición (los alemanes como una «gemeinschaftliche Schuld», los ingleses como «joint liability» y franceses o italianos como una deuda indivisible, situaciones que no son del todo equiparables)¹². Las posiciones descritas revelan lo polémico que resulta el reconocimiento de esta última categoría, cuya viabilidad, sin embargo, creo que debe admitirse porque responde a determinadas necesidades jurídico-económicas¹³.

⁸ *Vid.*, para el Derecho francés, VOIRIN, GOUBEAUX, *Droit...*, p. 615, n.º 1388.

⁹ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*....., pp. 412 y 413, núm. 1217, y MEIER, «Solidary...», p. 1574.

¹⁰ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1282 y TREITEL, *The Law...*, p. 600, núm. 13-003; *vid.* asimismo WHITTAKER, «A few...», p. 30.

¹¹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 98 y 99, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 976.

¹² *Official Comments to the art. 11.1.1 PICC*, epígrafe 4 y FONTAINE, «Position...», pp. 8 a 10.

¹³ Así también, *v. gr.*, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 198, y BUSCH, «Plurality...», p. 12.

II. LA ORDENACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS

Al determinar cuál de los regímenes expuestos es el aplicable a una obligación, podemos partir de que, tratándose de obligaciones de origen negocial, la decisión debe dejarse a la autonomía privada; la ley se limitará entonces a sentar reglas estableciendo uno u otro régimen, que actúan en defecto de previsión de las partes u ofrecen criterios interpretativos de voluntades expresadas ambigüamente. Fuera de este ámbito, y particularmente en el de la responsabilidad extracontractual, el legislador suele intervenir para fijar el régimen jurídico aplicable a la obligación de reparar el daño que pesa sobre los corresponsables. En las líneas que siguen desarrollo estas ideas.

A) Por lo que respecta a *las obligaciones contractuales*, algunos sistemas legales presumen la solidaridad (lo que favorece al acreedor) [*infra*, b)] mientras que otros parten del principio de la parciariedad (más beneficioso para el deudor) [*infra*, a)]¹⁴; sin embargo, las numerosas excepciones que suelen reconocerse a este último principio y la resistencia que se aprecia para su aplicación en la práctica, pueden aproximar notablemente los resultados de ambos modelos.

a) Así, los Códigos civiles francés, español y holandés no presumen la solidaridad [arts. 1310 Cod. civ., 1137 CC y 6:6 (2) BW], sino que *consagran como principio general la parciariedad* [presumida *iuris tantum* en los arts. 1309 Cod. civ., 1138 CC y 6:6 (1) BW]; naturalmente, la misma queda excluida si la prestación es indivisible [arts. 1309. III Cod. civ., 1139 CC y 6:6 (2) BW] o si en el caso concreto resulta aplicable un régimen distinto (*v. gr.*, por ley o por pacto) [el art. 1309. III Cod. civ. menciona en concreto la solidaridad]. De hecho, como adelantaba, el principio general tiene importantes limitaciones; abundan las presunciones legales de solidaridad para supuestos concretos¹⁵; en Francia, la parciariedad solo se aplica a las obligaciones civiles, no a las mercantiles, donde se presume la solidaridad en base a una regla consuetudinaria¹⁶; este es también el principio tradicionalmente aplicado por nuestro

¹⁴ Por su parte, en Derecho inglés se parte de lo que aquí denominamos mancomunidad (*joint liability*) siempre que no se establezca otra cosa (MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1282 y TREITEL, *The Law...*, p. 600, núm. 13-003).

¹⁵ Pensemos, *v. gr.*, en nuestro Derecho, en los arts. 1731 y 1748 CC; para un repaso de los supuestos de solidaridad legal en el Derecho francés, *vid.* TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, pp. 1234 a 1236, n.º 1250, y para el Derecho holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 16.

¹⁶ MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, 718, n.º 1358 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, p. 1234, n.º 1250.

TS a las obligaciones mercantiles¹⁷ y consagrado en el art. 415-1.1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (en adelante, APLCM); la expansión de la solidaridad se ve, en fin, propiciada por la laxitud con que los tribunales galos y españoles han venido interpretando la exigencia de estipulación expresa del antiguo art. 1202 Cod. civ. (ya derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*) y del art. 1137 CC¹⁸.

b) Con carácter supletorio, *se presume la solidaridad entre deudores* en otros muchos textos, como el § 427 BGB y los arts. 1294 c. c., 1122. I PMCC y 513-2.1.b) PCCAPDC –en estos dos casos, salvo para los consumidores–, 10:102 (1) PECL, III.-4:103 (2), primer inciso, DCFR y 11.1.2 PICC.

La mayoría de dichos preceptos se refieren solo a las obligaciones *contractuales* (todos salvo los del c. c. y el DCFR). De hecho, para las obligaciones en general, el BGB parte del principio opuesto, el de parciariedad, cuando varios deudores deben una misma prestación divisible (§ 420) (si es indivisible opera la solidaridad: § 431); el citado § 427 BGB introduce para los contratos una importante excepción a esa regla, cuyo ámbito de aplicación queda finalmente muy cercenado –también merced a otras excepciones, como la del § 840 para la responsabilidad extracontractual–; las hipótesis más relevantes de parciariedad son las deudas alimenticias –§ 1606 (3) 1 BGB– y ciertos casos de deudas hereditarias tras la partición –§ 2060 BGB–.

Los arts. 1122. I PMCC, 513-2.1.b) PCCAPDC y 10:102 (1) PECL supeditan la presunción de solidaridad en el ámbito contractual a que los diversos deudores estén obligados en virtud *del mismo contrato*; aunque esta exigencia no impide que la solidaridad se imponga entre obligaciones procedentes de varios contratos distintos, si así se deduce de la voluntad de las partes o lo dispone

¹⁷ En este sentido, v. gr., las SSTS 31.10.2005 (RJ 2005, 7351) y 11.7.2006 (RJ 2006, 4977).

¹⁸ Vid. MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 717, n.º 1357; en Francia la parciariedad es bastante rara en la práctica; el caso más frecuente es el que deriva de la muerte del deudor y la fragmentación de la deuda entre sus herederos *ex art. 1220 Cod. civ. (op. cit., p. 711, n.º 1350)*; el nuevo art. 1310 Cod. civ., fruto de la reforma introducida en 2016, ya no establece que la solidaridad debe estipularse expresamente y simplemente dispone que puede ser legal o convencional y que no se presume. Respecto de la llamada interpretación semicorrectora del art. 1137 CC por parte de nuestro TS (y de la que cabe citar como recientes exponentes las SSTS 18.6.2008 [RJ 2008, 4255], 30.7.2010 [RJ 2010, 6947] y 25.2.2014 [RJ 2014, 970], aparte de las que referiré enseguida), vid. CAFFARENA, «Comentario...», p. 119 (quien concluye que actualmente rige en la práctica española el principio de presunción de solidaridad) y MALO VALENZUELA, «Pluralidad...», pp. 1436 y 1437; últimamente el TS ha empezado a invocar, como un argumento más a favor de dicha interpretación, las presunciones de solidaridad consagradas en el art. 10:102 PECL (así, las SSTS 31.10.2005 [RJ 2005, 7351], 11.7.2006 [RJ 2006, 4977] y 17.12.2014 [RJ 2014, 6589]) y en el art. III.-4:103 DCFR (STS 20.1.2010 [RJ 2010, 158] y 8.10.2010 [RJ 2010, 7450], de las que se hacen eco la SAP Málaga, Sección 4.ª, 14.4.2011 [JUR 2011, 341989] y la SAP Madrid, Sección 13.ª, 3.6.2011 [JUR 2011, 311642]).

la ley, se ha entendido que con ella se restringe injustificadamente el ámbito de esta presunción¹⁹.

El hecho de que las propuestas más recientes de regulación en esta materia hayan optado por presumir la solidaridad entre deudores en el ámbito contractual es significativo de que *en la actualidad hay una tendencia claramente favorable a este régimen y al reforzamiento del crédito*, en línea también con la práctica apreciable en países, como el nuestro, cuyas legislaciones parten aún del principio opuesto.

B) La misma presunción goza de amplio reconocimiento *entre los varios sujetos responsables de un mismo daño*. En ocasiones la solidaridad se establece con independencia de que el daño sea contractual o extracontractual [así, en los arts. 6:102 (1) BW, 10:102 (2) PECL o III.-4:103 (2) *in fine* DCFR], pudiendo ocasionalmente merecer ambos calificativos al mismo tiempo, a la vista del tipo de vínculo existente entre el acreedor y cada uno de los deudores²⁰. Otras veces, la norma alude específicamente o contempla solo daños extracontractuales [§ 840 BGB y arts. 2055 c.c., 1122. II PMCC, 5194-1.2 PCCAPDC, 9:101 PETL y VI.-6:105 DCFR], lo que no necesariamente ha de impedir aplicar idéntico régimen en caso de concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual²¹.

En este ámbito es importante determinar los efectos que deben vincularse al hecho de que, en el caso concreto, sea posible determinar la medida en que el daño resulta imputable a cada uno de los responsables; lo más favorable para la víctima es mantener la solidaridad en tal caso y valorar ese dato únicamente para concretar la cuota correspondiente a cada uno de los deudores en su relación interna²²; por contra, a los corresponsables les beneficia más que en tales hipótesis la solidaridad quede desplazada por la parciariedad, que obligaría a cada uno a responder frente a la víctima solo de su parte²³. Optar por uno u otro modelo es una cuestión de política legislativa. Por otra parte, la consagración legal de la solidari-

¹⁹ Así, WITTHAKER, «A few...», pp. 35 a 38, en alusión a los PECL.

²⁰ Vid. BUSCH, «Plurality...», p. 17, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 101 y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 978.

²¹ Como admite, *v. gr.*, la jurisprudencia italiana (ZOPPINI, *Diritto...*, p. 417) o cabe hacer aplicando analógicamente el § 840 BGB (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 403, núm. 892).

²² Solución que se desprende del § 254 BGB por analogía y de los arts. 2055 (2) c.c., 6:102 (1) BW, 10:105 (2) PECL y III.-4:106 (2) DCFR; también, en nuestro Derecho, el art. 116 CP o los arts. 132 y 133 TR-LGDCU.

²³ Así, los arts. 9:101 (3) PETL y 5194-1.2 PCCAPDC; este pudiera ser también el sistema consagrado, bastante confusamente, en el art. 1122. II y III en relación con el art. 1124 PMCC; a la situación resultante del CC español aludiré enseguida.

dad frente al perjudicado es compatible con la exoneración por ley de alguno de los responsables en el reparto interno de responsabilidades²⁴.

La regulación explícita de estos supuestos de corresponsabilidad evita, por lo demás, que se llegue a situaciones como las que se dan en Francia o España, donde en la práctica se aplica a la responsabilidad extracontractual un régimen peculiar de solidaridad, de discutible fundamentación jurídico-positiva. En efecto, en el país vecino, a fin de eludir la no presunción de solidaridad, doctrina y jurisprudencia han arbitrado, fundamentalmente para la responsabilidad civil (incluida la contractual) la llamada responsabilidad *in solidum*, cuyo régimen coincide con el de la solidaridad, aunque exceptuando sus efectos secundarios (así, la interrupción de la prescripción, la puesta en mora o la cosa juzgada respecto de uno de los deudores no afecta en principio a los otros)²⁵. Entre nosotros es bien conocida la polémica doctrinal sobre si los arts. 1137 y 1138 CC rigen para todas las obligaciones (tesis minoritaria) o solo para las contractuales (tesis dominante); ambos planteamientos admiten la fragmentación de la obligación frente a la víctima cuando en el caso concreto cabe fijar los daños atribuibles a cada sujeto; mas, no siendo ello posible, un sector doctrinal opina que la deuda sigue fraccionándose, aunque en partes iguales (*ex art.* 1138 CC), mientras que para la doctrina dominante y el TS opera la solidaridad entre los corresponsables; se trataría, no obstante, de una solidaridad peculiar, pues el TS ha suavizado alguno de sus efectos partiendo de que se origina en la propia sentencia que la declara (*v. gr.*, SSTS 2.1.2007 [RJ 2007, 1277] y 20.5.2008 [RJ 2008, 4607]), lo que le lleva a excluir la aplicación del art. 1974. I CC a esta llamada solidaridad impropia, aunque sea matizadamente [SSTS 14.3.2003 (RJ 2003, 3645) y 18.7.2011 (RJ 2011, 6123), entre otras]²⁶. De hecho, en este punto es de subrayar que la regulación uniforme de todo tipo de solidaridad, contractual o extracontractual, plasmada en varios ordenamientos o propuestas regulativas, ha sido posible precisamente limitando los efectos que produce en perjuicio de los deudores (*v. gr.*, en materias tales como la constitución en mora o la interrupción de la prescripción operada frente a uno de los codeudores o la

²⁴ Como ocurre, p. e., en los párrafos II y III del § 840 y en el § 841 BGB.

²⁵ A este respecto puede consultarse MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, pp. 727 a 733, núms. 1375 y ss. y VOIRIN, GOUBEAUX, *Droit...*, p. 618, núms. 1398-1400.

²⁶ Para más detalles, *vid.* GÓMEZ CALLE, «Los sujetos...», pp. 1021-1031.

extensión de la cosa juzgada), que no parecen adecuados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual²⁷.

III. LAS DEUDAS PARCIARIAS

Comenzamos el análisis de las diversas posibilidades configuradoras de la pluralidad de deudores con la parciariedad, cuya relevancia práctica, por lo que se ha ido indicando, resulta bastante limitada incluso en los sistemas que la presumen.

La deuda parciaria se divide en *tantas deudas, distintas e independientes entre sí, como deudores haya*, recayendo cada una de ellas sobre una parte de la prestación; de este modo, cada deudor queda liberado si cumple con su parte, más allá de la cual el acreedor no puede exigirle nada [arts. 1138 CC, 1309 Cod. civ., 1314 c.c. y 6:6 (1) BW, § 420 BGB, y arts. 1124. I y III PMCC, 513-1.2 PCCAPDC, 10:101 (2) PECL, III.-4:102 (2) DCFR y 11.1.1 (b) PICC].

De tal división resulta que *cada deuda queda sometida a su propio régimen*²⁸. El riesgo de insolvencia de cualquiera de los deudores es del acreedor. Cada deudor puede valerse de los medios de defensa que le correspondan personalmente, además de los comunes a todos los deudores. Los actos de defensa del crédito (como la puesta en mora o la interrupción de la prescripción) o de modificación o extinción de la obligación (novación, compensación, confusión²⁹ o remisión) solo afectan al deudor con quien se lleven a cabo.

Si la relación obligatoria es sinalagmática, la situación deviene algo más compleja (los deudores ostentan, al propio tiempo, un crédito frente a su acreedor, crédito con pluralidad de sujetos, sometido a su propio régimen jurídico). En principio, si uno de los codeudores no cumpliera con su parte, cabría pensar que el acree-

²⁷ En este sentido, MEIER, «Solidary...», p. 1575, quien cita como ejemplos de lo dicho el Derecho alemán así como los PECL y el DCFR. En efecto, en los tres casos se parte, *v. gr.*, de que la interrupción de la prescripción frente a un codeudor no afecta a los otros [así, explícitamente, el § 425 BGB e, implícitamente, los arts. 10:110 (a) PECL y III.-4:111 (a) DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 994)] y de que lo mismo ocurre con la sentencia recaída respecto de uno de ellos [§ 425 BGB y arts. 10:109 PECL y III.-4:110 DCFR]; el § 425 BGB prevé idéntica regla para la constitución en mora de uno de los codeudores.

²⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 204, 229 y 230, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 711, n.º 1350, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, p. 404, núm. 1193 y MEIER, «Solidary...», p. 1573. Como dispone el art. 513-3.1 PCCAPDC en su inciso primero, «créditos y deudas se reputan distintos y pueden ejercerse o cumplirse independientemente unos de otros».

²⁹ *Vid.* art. 1194 CC.

dor estaría legitimado para resolver parcialmente el contrato o para suspender en la misma medida el cumplimiento de su propia prestación³⁰. Si fuera el acreedor único quien incumpliera, parece razonable exigir de los codeudores (ahora, acreedores) una actuación conjunta para resolver el contrato³¹.

La parciariedad *presupone*, obviamente, que la prestación sea objetivamente divisible. Mas esto no significa que toda obligación con una prestación divisible deba quedar sujeta al régimen de la parciariedad, pues la ley y la autonomía privada pueden someterla a un régimen distinto.

Las partes en que se reputa dividida la deuda *se presumen iguales*, salvo previsión en contrario [arts. 1138 CC, 1309. I *i.f.* Cod. civ. y 6:6 (1) BW, § 420 BGB y arts. 1124. II PMCC, 513-3.2 PCCAPDC, 10:103 PECL y III.-4:104 DCFR].

IV. LAS DEUDAS MANCOMUNADAS

Cuando la deuda es mancomunada, el acreedor necesariamente debe dirigirse *contra todos los deudores conjuntamente* para exigirles el cumplimiento de la prestación, cumplimiento que, en principio, debe ser llevado a cabo por todos ellos también conjuntamente.

La categoría es consagrada en los PECL y el DCFR, que, sin embargo, prácticamente se limitan a caracterizarla en los términos que acabo de indicar [arts. 10:101 (3) PECL y III.-4:102 (3) DCFR, que se refieren respectivamente a *communal* y *joint obligations*] y a incluir una regla particular para el caso de incumplimiento (arts. 10:104 PECL y III.-4:105 DCFR). Tampoco hallamos una regulación mucho más completa en los ordenamientos nacionales aquí considerados, que en su mayoría desconocen esta figura, con la que únicamente cabe relacionar la *joint liability* de Derecho inglés, los arts. 1139 y 1150 CC y las construcciones doctrinales de la *gemeinschaftliche Schuld* en Alemania y de las obligaciones

³⁰ Esta es la solución que acogen los Comentarios a los PECL (BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 95 y 96) y al DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, pp. 972 y 973); ambos añaden que el acreedor podría suspender el cumplimiento por entero si su propia prestación fuera indivisible. También del art. 513-3.1 *i.f.* PCCAPDC resulta la posibilidad de resolución parcial, hecha valer solo contra alguno de los deudores, al contemplarse este caso como excepción a la regla general, consistente en que en las obligaciones «mancomunadas» (que son las que en este trabajo denomino parciarías) la acción resolutoria debe dirigirse contra todos los deudores.

³¹ Así, MEIER, «Solidary...», p. 1573. *Vid.* también el § 351 BGB y los arts. 1123.1.^a, 1124. III y 1141 PMCC. El concurso de todos los deudores se impone asimismo, en el § 441 (2) BGB, para exigir la reducción del precio cuando el bien comprado es defectuoso.

conexas o colectivas en Italia. En el ámbito de las propuestas regulativas nacionales, contemplan la categoría, en España, tanto la PMCC (art. 1123) como la PCCAPDC (algo más detalladamente, en los arts. 513-1.3, 513-4 y 513-5).

Prácticamente la única coincidencia entre todas estas regulaciones o propuestas es la necesidad de que el acreedor proceda contra todos los deudores conjuntamente.

Los PECL y el DCFR no dejan claro si esta se concibe como una regla procesal³²; en cambio, en Derecho inglés se presenta como tal³³; en nuestro Derecho, el art. 1139 CC alude al ejercicio judicial de la acción, pero se entiende que también los actos extrajudiciales defensivos del crédito (para la interrupción de la prescripción o la constitución en mora) deben dirigirse contra todos los deudores para que tengan eficacia común³⁴; esta última parece ser la opción de los arts. 1123.2.^a PMCC y 513-4.c) PCCAPDC, que se refieren en general al ejercicio del derecho por parte del acreedor.

Más allá de ello, existen divergencias tanto en cuanto a los efectos de este régimen como respecto de sus mismos presupuestos. Comenzando por éstos, mientras que la doctrina alemana considera preciso que no sea posible el cumplimiento por uno solo de los deudores³⁵, en nuestro Derecho se admite lo contrario, observándose que el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un solo deudor si el mismo satisface plenamente su interés (arg. art. 1158 CC)³⁶; este también parece ser el caso en Derecho inglés, puesto que se presenta como una similitud entre este régimen y el de la solidaridad el derecho de regreso que contra sus codeudores ostenta el que haya pagado íntegramente³⁷. Asimismo, la indivisibilidad de la prestación, presupuesto de la *gemeinschaftliche Schuld*³⁸, no lo es del régimen español de la mancomunidad, que puede pactarse para obligaciones objetivamente divisibles³⁹.

En las deudas mancomunadas aparece implícita la idea de que si uno de los deudores incumple, el incumplimiento de la obligación se considera total. Consecuentemente, el acreedor podrá exi-

³² Así, FONTAINE, «Position...», p. 9, citando a MEIER.

³³ Vid. MCKENDRICK, «Contract...», p. 84, núm. 1287 y TREITEL, *The Law...*, pp. 600 y 601, núm. 13-005; ambos destacan que la regla tienen no obstante excepciones.

³⁴ CAFFARENA, «Comentario...», p. 124.

³⁵ MEIER, «Solidary...», p. 1574.

³⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 230 y 231.

³⁷ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283, y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017.

³⁸ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, p. 412, núm. 1217.

³⁹ CAFFARENA, «Obligación...», p. 4520 y Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 204. Esa posibilidad se admite, claramente, en la PCCAPDC, conforme a la cual la obligación es colectiva cuando la prestación es indivisible [art. 513-2.1.a)], lo que no impide que también en otros casos la ley o el título constitutivo configuren la obligación de igual modo (art. 513-2.1).

gir el cumplimiento en forma específica si aún es posible⁴⁰ y, si la relación es sinalagmática, ejercitar la facultad resolutoria o suspender íntegramente el cumplimiento de su prestación⁴¹. El incumplimiento también puede dar lugar a una indemnización a favor del acreedor, en cuyo caso es preciso determinar quién debe satisfacerla; aquí de nuevo surgen las diferencias: los PECL (art. 10:104), el DCFR (art. III.-4:105) y la PCCAPDC (art. 513-5) hacen responder solidariamente a todos los deudores, incluidos los que hubieran estado dispuestos a cumplir, quienes únicamente podrán reclamar después daños y perjuicios del codeudor incumplidor⁴²; en cambio, el art. 1150 CC limita la responsabilidad de aquéllos a «la porción correspondiente» en el valor de la prestación, límite que no se aplica a los demás deudores, que responden de dicho valor y de los demás daños derivados del incumplimiento; además, mientras que parece claro que la deuda de los dispuestos a cumplir se transforma en parciaria, resulta más discutible, a la vista del art. 1150 CC, que los demás se beneficien de similar fragmentación⁴³.

Concluyendo, cualquier regulación de las deudas mancomunadas debería establecer con claridad sus *presupuestos* y efectos. En cuanto a lo primero, opino que debería reconocerse un amplio margen a la autonomía privada y, en consecuencia, permitir el sometimiento voluntario a este régimen de obligaciones divisibles por naturaleza y, por tanto, de obligaciones en que sea materialmente posible el cumplimiento por un solo deudor. En cuanto a los *efectos*, creo que sería positivo explicitar que la necesidad de proceder contra todos los deudores conjuntamente para que todos queden afectados, se aplica a todo acto de ejercicio del derecho de crédito, sea judicial o extrajudicial [en la línea de los arts. 1123.2.ª PMCC y 513-4.c) PCCAPDC]. Para los casos de incumplimiento, estimo preferible la solución del art. 1150 CC a la de PECL, DCFR y PCCAPDC, porque libra del régimen de la solidaridad –que no era el originario de la obligación– a los deudores dispuestos a cumplir; en cambio, la solidaridad parece adecuada respecto de los demás deudores. Por último, en estas deudas lo lógico sería que la insolvencia de un deudor no se tradujera en la parcial exoneración de los demás y no afectara a la subsistencia de la prestación conjunta; por eso en Derecho inglés se

⁴⁰ Doctrina dominante en España a propósito del art. 1150 CC (CAFFARENA, «Obligación...», p. 4521).

⁴¹ Así, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 97 y 98, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 974; *vid.* también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 232.

⁴² BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, pp. 104 y 105, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 982.

⁴³ Al respecto, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 233.

admite que en estos casos la acción se dirija contra los demás⁴⁴; por tanto, es preferible prescindir de reglas como la del inciso final del art. 1139 CC [reiterada en el art. 1123.2.^a *i.f.* PMCC pero suprimida ya en el art. 513-4.c) PCCAPDC], difícilmente explicable en el marco de la mancomunidad⁴⁵.

V. LAS DEUDAS SOLIDARIAS

La solidaridad es *el régimen más gravoso para el deudor y el más favorable para el acreedor*, pues legitima a este para exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los codeudores; cuál sea la parte de deuda que en último término corresponda a cada uno de los deudores solo tiene relevancia en sus relaciones internas, que pasan a primer plano tras quedar satisfecho el acreedor. También es *el régimen de mayor relevancia práctica*, dada la tendencia generalizada a reforzar el crédito, que explica la difusión de este modelo en los textos legales (que frecuentemente optan por establecerlo con carácter supletorio en las obligaciones contractuales y como regla general en las extracontractuales) y en la práctica judicial de países cuyas leyes parten en realidad de la no presunción de la solidaridad.

5.1 LOS PRESUPUESTOS DE LA DEUDA SOLIDARIA

Cabe partir de dos presupuestos básicos: pluralidad de deudores y unidad de prestación, que ha de ser idéntica para todos los deudores⁴⁶.

Es común admitir que *la solidaridad es posible aunque los deudores estén vinculados de modo distinto*, siempre que la prestación sea la misma para todos ellos. Esta llamada solidaridad no uniforme⁴⁷ aparece contemplada, *v. gr.*, en los arts. 1140 CC (reproduci-

⁴⁴ TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-005.

⁴⁵ Al respecto *vid.* DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 234.

⁴⁶ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 235, y MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, pp. 718 y 719, núms. 1360 y 1361. En ocasiones se apunta otra exigencia; así, la doctrina española mayoritaria estima necesario que un mismo hecho haya generado para todos los deudores la obligación (CAFFARENA, «Comentario...», p. 118); en Italia se considera preciso algo que coligue las diversas obligaciones, a cuyo fin la jurisprudencia entiende que sirve tanto la unidad de fuente (*eadem causa obligandi*), como una vinculación económica (así, la unidad del hecho dañoso del que aquellas derivan) (ZOPPINI, *Diritto...*, pp. 416 a 418); por su parte, la doctrina germana dominante exige que las diversas deudas sean «del mismo rango o nivel» (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 403, núm. 892).

⁴⁷ CAFFARENA, «Comentario...», p. 125.

do en los arts. 1122. V PMCC y 513-2.2 PCCAPDC), 1293 c.c., 10:102 PECL y III.-4:103 (3) DCFR⁴⁸; este último alude explícitamente a la posibilidad de que las deudas tengan distintos fundamentos. Consecuentemente, puede haber solidaridad aunque los deudores no estén sujetos a idénticas condiciones o plazos para cumplir, o se hayan fijado diferentes lugares para el pago, o unos estén cubiertos por una garantía y otros no, o la prestación debida por alguno sea solo una parte de la debida por otro⁴⁹.

Igualmente, la solidaridad puede darse *entre el causante directo de un daño y quien responde por él*⁵⁰, aun cuando uno responda por culpa y otro sin ella⁵¹; o *entre quien responde extracontractualmente y quien lo hace ex contractu*⁵².

En el ámbito contractual, la solidaridad no presupone que todos los deudores se hayan obligado en virtud del mismo contrato con el acreedor: *las deudas pueden provenir de diversos contratos*⁵³.

Un caso significativo –que mencionan los dos Comentarios últimamente citados– es el de quien garantiza una deuda ajena mediante un contrato suscrito con el acreedor (p. e., fianza), distinto de aquel del que trae causa la deuda principal. El caso obliga a

⁴⁸ Antes de ser reformado por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el *Code* francés también contemplaba expresamente esta posibilidad en el antiguo art. 1201 Cod. civ., del que no hay rastro en la nueva regulación.

⁴⁹ Pensemos, p. e., en el caso de asegurador y asegurado, ambos deudores solidarios frente al perjudicado, y en cómo el derecho de este contra el primero está limitado a la suma asegurada; como observa la STS 4.3.2015 (RJ 2015, 714) respecto de tal caso, «aun no siendo idéntico el contenido obligacional de ambos deudores, no por ello deja de existir la solidaridad entre ellos». Lo mismo es posible, v. gr., conforme al art. 61.3 LORPM si, tal como lo vienen aplicando las Audiencias Provinciales de lo penal, se considera que la posible moderación de la responsabilidad civil de los padres –por los daños derivados de delitos o faltas cometidos por sus hijos cuando en aquellos no hubiera habido dolo o negligencia grave–, tiene eficacia *ad extra* o frente al perjudicado; de ahí resulta que los padres pueden ser declarados responsables solidarios con el hijo solo en una parte de la indemnización debida (sobre esta cuestión, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, II, pp. 1258 a 1260).

⁵⁰ Como admiten nuestro TS y nuestra doctrina en relación con los arts. 1902 y 1903 CC (al respecto, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, I, pp. 1034 y 1035). La PCCAPDC (art. 5195-6 en relación con art. 5194-1.2) así lo dispone expresamente respecto de los daños que resulten imputables a principales y dependientes (supuesto que se refiere a los mismos casos de responsabilidad por hecho ajeno ahora plasmados en el art. 1903 CC). También los PETL [art. 9:101 (1)] y el DCFR [art. VI.-6:105] consagran la solidaridad en casos de este tipo (y así lo subrayan, en relación con el DCFR, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 979).

⁵¹ *Vid.*, v. gr., el art. 61.3 LORPM, que establece la responsabilidad solidaria del menor autor del delito o falta (en quien por definición concurre culpa) y de una serie de personas llamadas a responder por él objetivamente (más detalles en GÓMEZ CALLE, *Tratado*, II, pp. 1251 a 1254).

⁵² *Vid. supra*, II, B). Entre nosotros, esa posibilidad resulta de varias normas (p. e., art. 17.3 LOE, art. 5.2 LCA o art. 132 en relación con art. 138 TRLGDCU), fuera de las cuales también ha sido admitida por el TS (a este respecto, GÓMEZ CALLE, *Tratado*, I, pp. 1035 y 1036).

⁵³ En este sentido, *vid. Official Comments to the art. 11.1.1 PICC*, epígrafe 2, y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, 971; también, respecto del Derecho alemán, MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 402, núm. 888; y sobre la jurisprudencia italiana en este sentido, ZOPPINI, *Diritto...*, p. 417.

considerar *la relación entre solidaridad y garantías*; como observa S. MEIER⁵⁴, ambas tienen en común que el acreedor puede exigir la prestación íntegra a cualquiera de los varios deudores; la subsidiariedad de la responsabilidad del garante no es la verdadera diferencia entre ambas, pues con frecuencia se excluye por pacto o ley; lo que las distingue es el carácter accesorio de la garantía respecto de la deuda principal garantizada, que explica que lo que a ésta le ocurre incide en aquélla; en la solidaridad ordinaria también las contingencias que afectan a la responsabilidad de uno de los deudores puede incidir en la de los otros, pero esa influencia es recíproca; por ello, concluye MEIER, las garantías en Europa, o bien se distinguen de la solidaridad⁵⁵ o bien se contemplan como un caso especial de la misma⁵⁶.

5.2 LA RELACIÓN EXTERNA ENTRE EL ACREEDOR Y LOS DEUDORES

Es usual que las normas que caracterizan la solidaridad se refieran únicamente a esta relación; es el caso de los arts. 1137 CC, 1292 c. c. y 6:7 (1) BW, § 421 BGB y arts. 1125. I PMCC, 513-1.4 y 513-6 PCCAPDC, 10:101 (1) PECL, III.-4:102 (1) DCFR y 11.1.1 (a) PICC; todos ellos (también el nuevo art. 1313. I Cod. civ.) disponen que *cada uno de los deudores solidarios debe íntegramente toda la prestación o responde de la totalidad de la deuda*. Partiendo de esta idea básica, el régimen de la relación entre acreedor y deudores solidarios se caracteriza por unas pautas que paso a desarrollar.

5.2.1 El carácter indistinto del deber de prestación

Que cada uno de los deudores *deba* el total comporta asimismo que cualquiera de ellos *puede* ejecutar íntegramente la prestación (si fuera preciso, mediante fórmulas de liberación coactiva, como la consignación)⁵⁷. En cualquier caso, cumplida la obligación por

⁵⁴ «Solidary...», p. 1573.

⁵⁵ MEDICUS y LORENZ (*Schuldrecht...*, 404 y 405, núm. 894) señalan rotundamente que no hay deuda solidaria donde la ley se ha decidido por la accesoriedad (caso de la fianza).

⁵⁶ Enfoque del DCFR, según el cual las garantías personales se rigen en primer término por sus reglas específicas y, subsidiariamente, por las atinentes a la pluralidad de deudores (art. IV. G.-1:104).

⁵⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 239. Los arts. 1127 PMCC y 513-7 PCCAPDC mencionan explícitamente la consignación al referirse a la liberación que se produce a favor de todos los codeudores solidarios cuando uno de ellos cumple o lleva a cabo cualquier acto extintivo de la obligación como, aparte de los mencionados, la dación en pago o la compensación.

uno de ellos, todos los deudores quedan liberados frente al acreedor [arts. 1313. I *i.f.* Cod. civ., 1292 c. c., 6:7 (2) –primer inciso– BW, 1127 PMCC, 513-7 PCCAPDC, 10:107 (1) PECL, III.-4:108 (1) DCFR y 11.1.5 PICC]; el pago por uno surte efectos para todos los demás [§ 422 (1) 1 BGB], pues el acreedor sólo puede obtener una vez la prestación íntegra [§ 421.1 BGB]; parece preferible hablar de *liberación frente al acreedor*, a decir (como hace el art. 1145. I CC) que la obligación se extingue; y ello, porque dicha extinción es difícilmente compatible con la subrogación en el crédito por parte del deudor que paga, admitida prácticamente por todos los sistemas aquí considerados, como se verá.

La liberación será total si el cumplimiento también lo fue, y será parcial cuando uno de los deudores hubiera cumplido solo en parte (supuesto que ello fuera posible). Esta lógica conclusión se encuentra formulada expresamente en los PECL, el DCFR y los PICC en los artículos últimamente citados e inspira asimismo el art. 1316 Cod. civ.⁵⁸

5.2.2 El derecho de elección del acreedor

Del hecho de que cada deudor deba el total deriva el *derecho de elección del acreedor*, quien puede exigir, judicial o extrajudicialmente, la íntegra prestación *de cualquiera de ellos* [así, en esencia, los arts. 1313. II –primer inciso– Cod. civ., 1144 –primer inciso– CC, 1292 c. c. y 6:7 (1) BW, § 421.1 BGB y arts. 1125. II –primer inciso– PMCC, 513-6.2 –primer inciso– PCCAPDC, 10:101 (1) PECL, III.-4:102 (1) DCFR y 11.1.3 PICC]⁵⁹; en caso de solidaridad no uniforme, el acreedor podrá reclamar a cada deudor hasta donde alcance el importe de su deuda. Con ello simplemente se pone de manifiesto que los deudores solidarios carecen de beneficio de división⁶⁰; por tanto, el derecho de elección no quiere decir que el acreedor que ha escogido a un deudor pueda rechazar sin más el debido cumplimiento de la prestación ofrecido por otro deudor⁶¹.

El acreedor también puede dirigirse *simultáneamente contra todos los deudores* (como expresamente prevé el art. 1144 CC) y demandar a todos.

⁵⁸ El art. 1316 Cod. civ. contempla el supuesto en que el acreedor consiente la remisión de la solidaridad solo en favor de un deudor y cobra de él la parte que le corresponde, estableciendo que en tal caso conserva su crédito frente a los demás en la parte restante.

⁵⁹ Lo mismo se admite en Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-006).

⁶⁰ Tal como declaraba expresamente el antiguo art. 1203 del *Code* francés antes de la reforma de 2016.

⁶¹ CAFFARENA, «Comentario...», p. 137.

Más dificultades puede plantear la posibilidad de demandar *solo a varios deudores* (no a todos); entre nosotros, tal posibilidad se ha considerado implícita en el art. 1144 CC⁶² y los arts. 1125. II PMCC y 513-6.2 PCCAPDC la reconocen expresamente; en cambio, el Derecho inglés parece rechazarla, entendiéndose que, de darse el caso, el tribunal podría ordenar que los demás codeudores se unieran a la acción, por ser deseable su presencia para resolver todas las materias en disputa en el procedimiento y establecer definitivamente el importe de la deuda a los efectos del derecho de regreso entre los codeudores⁶³.

5.2.3 El *ius variandi* del acreedor

Se considera ínsito en la solidaridad pasiva que el acreedor pueda variar el sujeto contra el que hacer valer su pretensión en tanto no obtenga la prestación íntegra (*ius variandi*); haber reclamado contra uno no puede impedirle hacer lo mismo contra otro, pues todos los deudores siguen obligados en tanto la prestación no se cumpla⁶⁴. Nuestro CC lo consagra en términos muy amplios en el art. 1144 CC, inciso segundo, sin distinguir entre reclamaciones judiciales y extrajudiciales (modelo que sigue el art. 513-6.2 PCCAPDC y del que se separa el art. 1125. II PMCC, que solo alude a las primeras); de él resulta que, mientras no obtenga el pago íntegro, el acreedor puede demandar sucesivamente a los diferentes deudores, sin necesidad de esperar el resultado del primer pleito, ni de que se constate la imposibilidad de obtener satisfacción del o de los demandados antes; parecidamente se expresa el art. 1313. II *i.f.* Cod. civ. Esta ausencia de límites ha sido criticada y seguramente debería corregirse⁶⁵. Movidos por ese afán, algunos civilistas españoles apuntan que el *ius variandi* se encuentra limitado por la buena fe y la prohibición del abuso del derecho⁶⁶.

5.2.4 Imposibilidad sobrevenida e incumplimiento

En aquellos Derechos, como el vigente en España, en los que la imposibilidad sobrevenida extingue la obligación y libera al deudor

⁶² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 239.

⁶³ Así, TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-006.

⁶⁴ Así, en Italia, ZOPPINI, *Diritto...*, p. 420, pese a la falta de norma expresa en tal sentido.

⁶⁵ Como exponente de norma que reconoce al acreedor el *ius electionis*, negándole el *ius variandi* respecto del ejercicio de acciones, cabe citar el art. 65 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, para el contrato con porteadores sucesivos.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 6 y 7; sin embargo, otros consideran que el papel de estos criterios al indicado fin es muy reducido (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 241).

dor único cuando reúne ciertos caracteres (así, en nuestro Derecho, cuando es *fortuita* y se produce *no habiendo mora debitoris*), es lógico que ese mismo efecto se reconozca cuando hay varios deudores solidarios, pues no hay razón para agravar la responsabilidad de estos; esto explica el art. 1147. I CC.

Cuando la imposibilidad sobrevenida es imputable a uno de los deudores solidarios, cabría entender que la solidaridad comporta una ampliación del área de responsabilidad. Esta es la solución adoptada en los Códigos civiles francés, italiano y español, conforme a los cuales la obligación se perpetúa para todos los deudores, que pasan a responder solidariamente del valor de la prestación; por lo que respecta a la indemnización de los daños derivados del incumplimiento, existirían dos posibilidades teóricas: ampliar a ella la responsabilidad solidaria de todos, sin perjuicio del derecho de regreso en la relación interna contra el responsable último (solución por la que opta el art. 1147. II CC y, tras la reforma de 2016, el nuevo art. 1319 Cod. civ.), o atribuir únicamente a éste la obligación de satisfacerla al acreedor, eximiendo a todos los demás (tal como hace el art. 1307 c. c.)⁶⁷.

Del § 425. II BGB, que consagra la eficacia personal de la culpa, se desprende que, en principio, las pretensiones indemnizatorias –también las que sustituyen a la prestación– solo pueden hacerse valer contra el deudor culpable⁶⁸; parece, pues, que en este sistema no hay extensión alguna de la culpa.

Si la imposibilidad sobrevenida acontece *en una relación sinalagmática*, entra en juego la facultad resolutoria del acreedor, además de la indemnización de daños cuando proceda. Fuera de los casos de imposibilidad sobrevenida, si uno de los deudores incumple, el acreedor podría exigir el cumplimiento a cualquiera de los otros o, en su caso, resolver o suspender su contraprestación; por

⁶⁷ El antiguo art. 1205 Cod. civ. preveía, en la misma línea que el Código italiano, que si la cosa debida se perdía por culpa de uno de los deudores o estando alguno de ellos en mora, los otros no quedaban libres de la obligación de pagar su precio pero sí de la de reparar daños y perjuicios; tras la reforma introducida por la *Ordonnance n.º 2016-131* de 10 de febrero de 2016, el Código francés ha introducido en el art. 1319 Cod. civ. una nueva regla relativa a las consecuencias del incumplimiento imputable a uno o varios de los codeudores solidarios estableciendo, en la relación externa, la responsabilidad solidaria de todos frente al acreedor y atribuyendo, en la interna, la carga definitiva que de ello se derive a aquellos deudores a los que sea imputable el incumplimiento (*vid.* al respecto el *Rapport du Ministère de la Justice...*). Por lo demás, el nuevo art. 1351 Cod. civ. mantiene los clásicos requisitos a los que ya antes (y según los antiguos arts. 1302 y 1303 Cod. civ.) se subordinaba la liberación del deudor en caso de imposibilidad sobrevenida: que se deba a fuerza mayor y que el deudor no haya asumido ese riesgo ni esté constituido en mora.

⁶⁸ LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*....., p. 408, núm. 1203.

su parte, los otros deudores pueden evitar resolución y suspensión cumpliendo debidamente⁶⁹.

La modernización del Derecho de obligaciones promueve un concepto de incumplimiento amplio, unitario y neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor, entendido básicamente como «cualquier desviación de las exigencias del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo», al margen de cuál sea su causa⁷⁰; en este contexto, la imposibilidad sobrevinida no es sino un supuesto más de incumplimiento, independientemente de qué lo haya motivado o en qué circunstancias se haya producido. Es al determinar los remedios de que dispone el acreedor cuando ese concepto de incumplimiento puede aparecer cualificado por alguna condición adicional: así, cabe exigir que la indemnización de daños y perjuicios presuponga un incumplimiento inexcusable; esta es la solución que acogen, por ejemplo, los PECL (art. 8:108), el DCFR [art. III.-3:701 (1) en relación con art. III.-3:104], la PMCC (art. 1209. I) o la PCCAPDC (art. 518-24), conforme a los cuales el deudor no se exonera probando la ausencia de culpa de su parte, sino otras causas de exoneración ajenas a la idea de culpa. De acuerdo con ello, el art. 1131 PMCC hace responder solidariamente a cada deudor solidario de los daños causados al acreedor por el incumplimiento de cualquiera de ellos, a no ser que pruebe que para él hubo un caso fortuito; por su parte, el art. 513-9 PCCAPDC opta por responsabilizar de esos mismos daños frente al acreedor a cada uno de los deudores, dejando a salvo las reclamaciones que procedan entre ellos en las relaciones internas.

5.2.5 Constitución en mora del deudor

En las deudas solidarias hay que concretar *si la constitución en mora de uno* de los deudores por la interpelación del acreedor *es o no extensiva a los demás* (supuesto, claro está, que todas las deudas hayan vencido). La respuesta negativa (plasmada en el § 425 BGB y los arts. 1308.1 c. c. y 1126 PMCC) se apoya en la idea de que los actos del acreedor frente a un deudor no deben afectar a los codeudores si les perjudican; en cambio, la idea contraria (reflejada en el art. 1141. II CC y establecida en el art. 513-11.5 PCCAPDC, que

⁶⁹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 95, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 972 y, para el Derecho holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 10; *vid.* también CAFFARENA, «Comentario...», p. 147.

⁷⁰ *Vid.* en este sentido MORALES MORENO, «Evolución...», pp. 29 y ss.; también, centrada en la PMCC, FENOY PICÓN, «La modernización...», pp. 69 y ss.

alude explícitamente a la constitución en mora) podría estimarse más coherente en los sistemas que consagran la extensión de los efectos de la culpa⁷¹.

5.2.6 Actos modificativos y extintivos de la obligación

Sabemos que el cumplimiento por un deudor libera a todos los demás en la medida en que se haya producido; aquí se trata de analizar la eficacia que tienen otros actos extintivos o modificativos de la obligación en la relación entre acreedor y deudores.

5.2.6.1 COMPENSACIÓN

En la solidaridad pasiva *los efectos* de la compensación *dependen de si esta opera automáticamente* (opción del antiguo art. 1290 Cod. civ.⁷² y, más matizadamente, del art. 1242.1 c. c.) o, por el contrario, *debe ser declarada por el interesado* [como resulta del nuevo art. 1347 Cod. Civ., del § 388.1 BGB y los arts. 6:127 BW, 1177. I PMCC, 516-4 PCCAPDC, 13:104 PECL, III.-6:105 DCFR y 8.3 PICC].

La segunda solución es la que prevalece en las propuestas normativas más recientes y a ella se acaban acercando los sistemas de corte opuesto que exigen la alegación de la compensación en juicio⁷³. Partiendo de ella, pueden darse las siguientes hipótesis: a) El acreedor reclama el pago al deudor que ostenta el crédito compensable y éste declara la compensación: tanto él como los demás deudores quedan liberados en la medida en que aquella se produzca [§ 422 (1) 2 BGB y arts. 6:7 (2) BW, 1127 PMCC, 513-7 PCCAPDC, 10:107 PECL, III.-4:108 (1) DCFR y 11.1.5 PICC]. b) El deudor que puede oponer la compensación no lo hace y paga al acreedor: todos quedan liberados por dicho pago, que no puede considerarse indebido. c) No habiéndose declarado la compensación por el legitimado para ello, el acreedor exige el pago a otro deudor; la cuestión es si éste puede invocar el crédito compensable del codeudor; lo veremos al estudiar las excepciones oponibles al acreedor⁷⁴.

⁷¹ Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 256.

⁷² Derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*.

⁷³ Vid. CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 188 a 191. Sobre la discutida situación en el Derecho español vigente, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 629 a 631.

⁷⁴ Vid. *infra*, epígrafe 5.2.8, apartado B), letra c).

Si se partiera del automatismo de la compensación, cualquier deudor podría invocarla frente al acreedor⁷⁵.

5.2.6.2 CONFUSIÓN

En la solidaridad pasiva, el legislador puede atribuir a la confusión *eficacia colectiva* o eficacia personal. En el primer caso, la confusión provoca la extinción de la obligación en su totalidad, quedando liberados todos los deudores (sin perjuicio del derecho de regreso de aquel en quien se da la confusión contra los demás, *por la parte* de cada uno); este es el modelo plasmado, según nuestra doctrina dominante, en el art. 1143 CC⁷⁶. En cambio, cuando a la confusión se le dota de *eficacia personal*, la obligación solo se extingue en la parte correspondiente al deudor en quien se produce, de modo que, por el resto, la deuda *solidaria* sigue pesando sobre los demás deudores; consagran este sistema, claramente prevalente, el § 425 (2) BGB y los arts. 1349-1. I Cod. civ., 1303.1 c. c., 1129 PMCC, 513-8.1 PCCAPDC, 10:107 (2) PECL, y III.-4:108 (2) DCFR, y, aun a falta de norma expresa, también es la solución del Derecho holandés⁷⁷.

5.2.6.3 REMISIÓN

5.2.6.3.1 *La eficacia de la remisión*

La remisión de la deuda puede tener eficacia colectiva o eficacia limitada a uno de los deudores; *su alcance depende de la voluntad del remitente*, a determinar en cada caso mediante la interpretación; con todo, el legislador suele consagrar en esta materia reglas supletorias o interpretativas, que ayudan a resolver los supuestos dudosos. Veamos las situaciones posibles⁷⁸.

a) Cuando el acreedor dota a la remisión de *eficacia colectiva*, favorece con ella a todos los deudores solidarios [*vid.* arts. 1143

⁷⁵ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 209 a 212. Por eso en la redacción del *Code français* anterior a la *Ordonnance n.º 2016-131* los ya derogados arts. 1290 y 1294. III Cod. civ. resultaban contradictorios pues, tras dar a entender el primero que la compensación operaba automáticamente, el segundo impedía al deudor solidario oponer la compensación de lo que el acreedor debiera a un codeudor (*vid.* MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 721, n.º 1363); tal incoherencia ha desaparecido en la nueva regulación, que, como se ha visto, parte ya claramente de la necesidad de que el interesado invoque la compensación.

⁷⁶ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 238 a 241.

⁷⁷ BUSCH, «Plurality...», p. 38.

⁷⁸ Al respecto, CAFFARENA, «Comentario...», pp. 143 y 144, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 249 a 251.

CC, 1237.1 y 1301 –primer inciso– c. c. y 6:9 BW, § 423 BGB y art. 10:108 (2) PECL]. Algunos ordenamientos presumen esta eficacia cuando el acreedor no expresa claramente su voluntad de beneficiar solo a un deudor (así, el art. 1301.1, primer inciso, c. c.; en el ámbito de las propuestas normativas, este es el modelo que para la solidaridad contractual consagran los arts. 1130. II PMCC y 513-8.2 PCCAPDC)⁷⁹. Si la remisión es *de toda la deuda*, la obligación se extingue por completo y los deudores quedan totalmente liberados. Si la remisión fuera *de solo parte de la deuda*, la extinción sería parcial y el acreedor podría reclamar el resto a cualquiera de los deudores; pagada por un deudor la porción subsistente, todos quedarían liberados.

b) Puede que el acreedor desee *beneficiar únicamente a uno de los deudores*. La remisión puede ser *de toda la parte* correspondiente a ese deudor en la deuda (en el reparto interno) o de *solo una porción* de ella; en este último caso, el acreedor podrá exigirle el cumplimiento de todo lo demás; en el primer caso, habrá que determinar, mediante interpretación, si el acreedor ha querido liberar por completo al deudor condonado, de modo que ya nada puede reclamarle, o, por el contrario, solo ha querido perdonarle su porción y no renunciar a la posibilidad de reclamarle la de los otros deudores. Por lo que respecta a los deudores no condonados, resulta razonable entender que en ambos casos quedan liberados frente al acreedor en la medida de la remisión; efectivamente, esos deudores no pueden verse perjudicados por un acto, la remisión, en el que no han tenido intervención alguna; partiendo de ahí, si se entendiera, en contra de lo que acabo de apuntar, que el acreedor puede exigir de cualquier deudor no condonado el total de la deuda, el que pagara podría accionar en vía de regreso contra el condonado para que le abonara su parte; así resultaría que la remisión solo sería eficaz si este último pudiera, a su vez, accionar contra el acreedor para recuperar lo que le perdonó; todo esto se evita, en muchos de los sistemas aquí considerados, estableciendo que la remisión de uno de los deudores solidarios libera a los otros en la parte correspondiente al deudor condonado [arts. 1350-1. I Cod. civ., 1301.1 *i.f.* c. c., 10:108 (1) PECL, III.-4:109 (1) DCFR y 11.1.6 PICC]; aún a falta de una norma expresa similar, en España la doctrina mayoritaria llega al mismo resultado⁸⁰, que consagran

⁷⁹ Esta solución se ha considerado válida también para nuestro Derecho vigente (CAFFARENA, «Comentario...», p. 143). El antiguo art. 1285. I Cod. civ. partía asimismo de esta presunción; sin embargo, la *Ordonnance n.º 2016-131* la ha suprimido por considerar más realista que el acreedor no desea beneficiar a todos los codeudores solidarios cuando remite la deuda a uno de ellos (nuevo art. 1350-1. I Cod. civ.) (en este sentido, el *Rapport du Ministère de la Justice...*).

⁸⁰ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 296 a 300.

asimismo –para la solidaridad de origen contractual– los arts. 1130. I PMCC y 513-8.2 *i.f.* PCCAPDC; también en Derecho inglés se estima que la remisión de un deudor solidario libera a todos los demás siempre que no haya una reserva explícita o implícita de los derechos del acreedor contra aquellos⁸¹. Los preceptos citados parecen presuponer que la remisión es de toda la parte correspondiente al condonado porque, si fuera de menos, los otros deberían quedar liberados en la misma medida⁸².

Se ha observado que la regla de liberación de los demás deudores en la parte correspondiente al condonado plantea problemas en la solidaridad derivada de la causación conjunta de un daño; en tal caso, la imposibilidad de determinar de antemano cuál es esa parte genera diversas dificultades e inconvenientes⁸³; para evitarlos, el art. III.-4:109 (3) DCFR dispone que los demás deudores no quedan liberados sino en la medida precisa para evitar que el acreedor obtenga más que la reparación íntegra del daño, conservando sus derechos de regreso contra el condonado; las propuestas normativas españolas resuelven el problema circunscribiendo a la solidaridad de origen *contractual* la regla de liberación en la parte del remitido (arts. 1130. I PMCC y 513-8.2 *i.f.* PCCAPDC).

5.2.6.3.2 *El pacto de non petendo*

En virtud de este pacto el acreedor se compromete con uno de los deudores solidarios a no exigirle a él el cumplimiento; verdaderamente no hay remisión: el deudor que satisfaga al acreedor podrá reclamar su parte al deudor interviniente en el pacto; este elude su responsabilidad por el todo frente al acreedor, pero no su responsabilidad por la parte que le corresponda en su relación con los demás deudores⁸⁴. Este pacto es admisible, al amparo de la autonomía privada, en los sistemas en que la remisión en beneficio de un de-

⁸¹ MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1284 y TREITEL, *The Law...*, pp. 604 y 605, núm. 13-013.

En Alemania se entiende que hay que estar a lo que resulte de la interpretación de la voluntad de las partes (LOOSCHELDERS, *Schuldrecht.....*, pp. 407 y 408, núm. 1201).

⁸² En este sentido, *Official Comments to the art. 11.1.6 PICC*, epígrafe 3.

⁸³ Al respecto, WHITTAKER, «A few...», pp. 40 a 42.

⁸⁴ CAFFARENA, «Comentario...», pp. 144 y 145. Es el equivalente al «*covenant not to sue*» del Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, pp. 604 y 605, núm. 13-014).

Por lo dicho *supra*, no se entiende que la STS 21.12.2000 (RJ 2000, 9176), tras definir el pacto de *non petendo* como aquel por el que el acreedor se obliga solo frente a uno de los codeudores solidarios (que en el caso eran dos) a no exigirle la efectividad de la obligación y apuntar que no produce la remisión de la deuda, diga que en este caso *el acreedor puede dirigirse contra ambos deudores* «en exigencia de la satisfacción íntegra» de la deuda, dejando a salvo el derecho de regreso de quien pague contra el beneficiado del pacto; frente a lo resaltado en cursiva, lo que caracteriza este pacto es precisamente la idea contraria, que el propio TS destaca en su definición.

dor libera a los otros en la porción perdonada. En otros, como el holandés, es innecesario, en tanto que la ley parte precisamente de que el deudor favorecido por la renuncia del acreedor no queda liberado de la deuda en vía de regreso (salvo previsión en contrario del acreedor, que debe ir acompañada de la consiguiente rebaja de la deuda)⁸⁵.

5.2.6.4 TRANSACCIÓN

Cabe preguntarse por los efectos que una transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios puede surtir respecto de los demás deudores. En muchos ordenamientos esta cuestión no se contempla específicamente, lo que ha propiciado la polémica⁸⁶. Por ello parece aconsejable regularla, partiendo de que el acuerdo no puede perjudicar a quienes no han tomado parte en él; en cambio, podría admitirse que se les permita beneficiarse de la transacción si lo desean (como prevé el art. 1304.1 c. c. o propone el art. 513-11.3 PCCAPDC) o, como solución más objetiva, considerarlos liberados en la parte correspondiente al deudor que transigió (salvo que la transacción previera su liberación total) [así, los arts. 10:108 (1) y (2) PECL, III.-4:109 (1) DCFR –cuyo párrafo (3) hace, para la solidaridad derivada de la causación conjunta de un daño, la misma salvedad que respecto de la remisión⁸⁷– y 11.1.6 PICC].

5.2.6.5 NOVACIÓN

Solo los Códigos latinos contemplan específicamente la novación *acordada por el acreedor con uno de los deudores solidarios*, estableciendo como regla general que la misma *comporta la liberación de los demás* (arts. 1335. I Cod. civ. y 1300.1, primer inciso, c. c.; *vid.* también arts. 1127 *i. f.* PMCC y 513-7 *i. f.* PCCAPDC) o *la extinción de la obligación* (art. 1143 CC); el que intervino en la novación quedará entonces sujeto a la nueva obligación.

La regla requiere muchos matices, habida cuenta que la novación puede tener un alcance y unos contenidos muy diversos⁸⁸. Nuevamente, habrá que estar a la voluntad de las partes y tener en cuenta que el acuerdo no puede perjudicar a los deudores que no intervienen en él. Esto se plasma en algunas reglas del Código civil italiano; así, el mismo prevé que los privilegios o garantías del anti-

⁸⁵ *Vid.* art. 6:14 BW y su crítica por BUSCH, «Plurality...», p. 43.

⁸⁶ Tal es el caso en España: *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 259 y 260.

⁸⁷ *Vid. supra*, epígrafe 5.2.6.3.1., letra b), último párrafo.

⁸⁸ CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 142 a 169.

guo crédito solo pueden reservarse sobre bienes del deudor que contrata la nueva deuda (art. 1233 c. c.)⁸⁹; por otra parte, el art. 1300.1, segundo inciso, c. c., contempla específicamente la *novación con eficacia limitada a uno de los deudores*, estableciendo que los otros quedan liberados por la parte de aquel. Esta última regla enlaza con la solución sugerida para hipótesis similares ya analizadas, y ofrece una solución razonable en esta clase de novación.

5.2.7 La prescripción

La primera cuestión a resolver es *si la interrupción (o suspensión) de la prescripción frente a un deudor afecta a los otros*. Las respuestas posibles van desde la afirmativa en todo caso⁹⁰, hasta la negativa⁹¹, pasando por soluciones intermedias, que distinguen según cuál sea la causa de interrupción o suspensión⁹².

Cuestión distinta (que muchos ordenamientos no contemplan expresamente) es *si la prescripción ya consumada frente a uno de los deudores debe tener efectos respecto de los otros*; a esta situación cabe llegar tanto si se admite que la interrupción frente a uno no afecta a los otros, como si difieren los plazos de cumplimiento aplicables a cada deudor. De nuevo, teóricamente caben distintas respuestas: 1.^a) Todos los codeudores pueden invocar la prescripción frente al acreedor y no pagar nada; esta solución es criticable, en mi opinión, porque injustificadamente resulta demasiado severa para el acreedor y demasiado beneficiosa para los deudores frente a los cuales no ha habido prescripción⁹³. 2.^a) Frente al acreedor

⁸⁹ En el mismo sentido se pronunciaba el anterior art. 1280 Cod. civ., derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*. Por otra parte, el antiguo art. 1281. III Cod. civ. disponía que si el acreedor exigía la adhesión de los demás deudores y estos se negaban, subsistía el antiguo crédito. Tras la reforma de 2016 no se recogen en el Código francés reglas similares.

⁹⁰ Así, el art. 2245. I Cod. civ., el art. 713-2.3 APLCM (para las acciones procedentes de acciones mercantiles: art. 711-1 APLCM) y el art. 513-11.4 PCCAPDC (para la solidaridad de origen contractual). La *Ordonnance n.º 2016-131* ha prescindido de incluir entre las reglas que el Código civil francés dedica a las obligaciones solidarias un precepto como el antiguo art. 1206, probablemente porque ello era innecesario a la vista de lo ya dispuesto por el art. 2245. I Cod. civ.

⁹¹ Que establece el § 425 BGB y presuponen los arts. 10:110 (a) PECL y III.-4:111 (a) DCFR (VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 994); del art. 1126 PMCC parece resultar lo mismo, en tanto dispone que las reclamaciones hechas a uno de los deudores solidarios no perjudican a los demás (esto mismo es lo que dice el art. 513-11.1 PCCAPDC, con la diferencia de que este deja a salvo las excepciones previstas por la ley, entre las cuales se sitúa la plasmada en el número 4 del mismo art. 513-11 para la solidaridad contractual: *vid.* nota anterior).

⁹² Así, puede considerarse adecuado ceñir al deudor que reconoce la deuda los efectos de la consiguiente interrupción, y, en cambio, hacer extensivos esos efectos a los demás cuando el acreedor reclama el cumplimiento a uno de ellos; los arts. 1309 y 1310.1 c. c. y 11.1.7 PICC consagran esta solución, defendida también entre nosotros a propósito del art. 1974. I CC (así, por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 258 y 259; en contra, v. *gr.*, CAFFARENA, «Comentario...», pp. 129 y 130).

⁹³ CAFFARENA, *La solidaridad...*, p. 80.

solo puede valerse de la prescripción el deudor afectado por ella, no los demás, que deberán pagar todo si se les reclama; hallamos esta solución en el § 425 BGB y los arts. 1310.2 c. c., 10:110 PECL, III.-4:111 DCFR y 11.1.7 (1) PICC y se admite también en Derecho holandés⁹⁴; pero para evitar que recaigan sobre los otros deudores las consecuencias de la conducta del acreedor que deja prescribir el plazo que tiene para reclamar a uno de ellos, esas reglas permiten al deudor que paga recuperar del deudor beneficiado por la prescripción su parte, prohibiendo a este invocar la prescripción en las relaciones internas⁹⁵. Con esta solución, el acreedor elude finalmente las consecuencias de la prescripción, de cuyos efectos, correlativamente, no acaba beneficiándose el deudor al que se refiere. 3.^a) Frente al acreedor pueden invocar la prescripción, tanto el deudor a quien se refiere (por el todo), como sus codeudores, por la parte de deuda correspondiente a aquel en las relaciones internas; probablemente sea esta la solución más equilibrada⁹⁶.

5.2.8 Las excepciones oponibles al acreedor

En esta materia debemos diferenciar entre excepciones comunes (también llamadas generales, objetivas o reales) y excepciones personales (o subjetivas), distinción presente en todos los sistemas aquí considerados⁹⁷. Es usual reconocer que cada uno de los deudores solidarios puede oponer al acreedor tanto las excepciones comunes como las personales suyas. La cuestión es determinar cuáles son unas y otras; también hay que resolver si un deudor puede valerse de las excepciones personales de otro, o de cuáles de ellas, y en qué medida; finalmente, hay que concretar si el deudor tiene que oponer necesariamente las excepciones de que disponga y, de ser así, qué consecuencias comportaría no hacerlo.

A) Comenzando por las excepciones *comunes*, se consideran como tales⁹⁸ las que provienen del hecho o negocio del que deriva

⁹⁴ Vid. BUSCH, «Plurality...», p. 47.

⁹⁵ Salvo el BGB, que no lo explicita. A los preceptos citados *supra* cabe añadir el art. 6:11 (3) BW, que solo se refiere a los efectos de la prescripción en el ámbito del derecho de regreso entre los codeudores.

⁹⁶ Así, CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 81 a 83, que la considera aplicable al Derecho español vigente. En mi opinión esta es también la solución que se desprende de las recientes propuestas normativas españolas (arts. 1132 *i. f.* PMCC y 513-10.1 *i. f.* PCCAPDC).

⁹⁷ Vid. arts. 1315 Cod. civ., 1148 CC y 1297.1 c. c., §§ 422 a 425 BGB, arts. 1132 PMCC, 513-10.1 PCCAPDC, 10:111 PECL, III.-4:112 (1) DCFR y 11.1.4 PICC; para el Derecho inglés, TREITEL, *The Law...*, pp. 602 y 603, núm. 13-011; para el holandés, BUSCH, «Plurality...», p. 51.

⁹⁸ Sigo en este punto a DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 244. Vid. también MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1361.

la relación obligatoria solidaria, siempre que no deba aislarse a algunos de los intervinientes en ese negocio (*v. gr.*, nulidad del contrato por defectos de causa o forma), así como las referidas objetivamente al desarrollo o extinción de la relación (*v. gr.*, cumplimiento, consignación, dación en pago, compensación ya producida, remisión de eficacia colectiva⁹⁹, novación extintiva, confusión –en los ordenamientos que le atribuyen eficacia colectiva–, falta de vencimiento o plus petición).

El deudor a quien el acreedor reclame el cumplimiento tiene que invocar estas excepciones porque, si no lo hace, sus codeudores, que no deben verse perjudicados por tal omisión, podrán oponérselas cuando pretenda cobrar de ellos en vía de regreso¹⁰⁰. Ello presupone que el deudor conociera al pagar la circunstancia justificativa de la excepción; algunas de ellas pueden ser conocidas solo por un deudor, en cuyo caso del principio de la buena fe se deriva el deber de comunicar su existencia a los codeudores, tanto por iniciativa propia como, desde luego, si uno de ellos informa a los demás de que el acreedor le ha exigido el pago¹⁰¹.

B) Las *excepciones personales* se basan en hechos que solo afectan a alguno de los deudores: así, los vicios del consentimiento o defectos de capacidad al contratar, la confusión (en los ordenamientos que la dotan de eficacia personal), la remisión en beneficio de un deudor, la transacción y la novación con un deudor con efectos limitados a su parte, la existencia a favor de un deudor de un crédito compensable frente al acreedor (en los sistemas en que la compensación no opera automáticamente) o la prescripción ganada por un codeudor (allí donde no se configura como excepción común). El deudor al que se refieren estas excepciones es libre de oponerlas o no al acreedor ya que, aunque no lo haga, solo podrá repetir de cada uno de sus codeudores su parte en la deuda; en definitiva, su omisión no ocasiona ningún perjuicio a los demás¹⁰².

Cuestión distinta es *si* las excepciones personales de un deudor *pueden ser invocadas por otro* frente al acreedor. Parece preciso distinguir según cuál sea la excepción:

a) Respecto de *los defectos de capacidad y los vicios del consentimiento*, fuera de España está bastante extendida la idea de que

⁹⁹ Circunstancias a las que aluden los §§ 422 (1) y 423 BGB. Por su parte, el art. 1315 Cod. civ. menciona aquí a título de ejemplo la nulidad y la resolución.

¹⁰⁰ Lo explicitan los arts. 6:11 BW, 11.1.12 (a) PICC y 513-14.4 PCCAPDC, inciso primero.

¹⁰¹ Así, los arts. 1134. I PMCC y 513-13.1 PCCAPDC, yendo más allá de lo propuesto por CAFFARENA en *La solidaridad...*, pp. 55 y 56. *Vid.* asimismo el art. 6:8 BW –en relación con el 6:2 BW– y, al respecto, BUSCH, «Plurality...», p. 52.

¹⁰² CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 58 y 59.

únicamente pueden ser opuestos por el deudor afectado¹⁰³; si el acreedor se dirige a otro, este deberá cumplir íntegramente, encontrándose con que, en vía de regreso, el codeudor titular de la excepción podrá oponérsela¹⁰⁴. A estas excepciones que no puede oponer otro deudor distinto de aquel al que se refiere la circunstancia que las fundamenta se las suele denominar *excepciones puramente personales*¹⁰⁵.

b) También suele admitirse que *la confusión de eficacia personal o la remisión en favor de un deudor* pueden invocarse por los demás, aunque solo en la parte correspondiente al deudor afectado, que es la porción en que los otros quedan liberados en la mayoría de los sistemas aquí analizados¹⁰⁶. El deudor debe oponer al acreedor

¹⁰³ Así, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1362, BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 118, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 996, TREITEL, *The Law...*, p. 603, núm. 13-011 (sobre la menor edad) o BUSCH, «Plurality...», p. 51.

En España, por el contrario, es opinión mayoritaria que las excepciones personales derivadas de los mencionados hechos pueden ser invocadas por todos los codeudores; esta interpretación se apoya en que el art. 1148 CC no hace ulteriores distinciones al establecer en su inciso final la oponibilidad por el deudor solidario de las excepciones personales de los demás. Sin embargo, algunos autores disienten de esta tesis; es el caso de CAFFARENA que, interpretando sistemáticamente el art. 1148 CC en relación con los arts. 1302, 1824 y, sobre todo, 1853 CC, deduce que minoridad e incapacidad fundamentan una excepción puramente personal, que queda fuera del régimen del art. 1148 CC y solo es oponible por el afectado (CAFFARENA, «Comentario...», pp. 149 y 150 y, más ampliamente, *La solidaridad...*, pp. 43-54 y 59-73). La reciente PCCAPDC (art. 513-10.2) acoge esta idea y, en línea con la posición dominante fuera de España, la aplica también a los defectos de consentimiento, de modo que ni estos ni los defectos de capacidad pueden ser opuestos al acreedor por un deudor que no sea el titular de la excepción. Aunque con menos claridad, a la misma conclusión permite llegar la regulación contenida en la PMCC (tal y como ya sostuve en «Las defensas...», pp. 1576 y 1577); en efecto, del hecho de que en ella no haya ninguna alusión a la legitimación de los obligados subsidiarios para anular el contrato en caso de incapacidad o de vicios del consentimiento del obligado principal (arts. 1297.1, 1298.1, 1299.1 y 1302 PMCC) se desprende que el fiador no puede alegar ninguna de estas circunstancias frente al acreedor; y si el fiador, que es en principio un deudor subsidiario, no puede, sería incongruente que se le permitiera hacerlo a un codeudor solidario, que es un deudor principal.

¹⁰⁴ La oponibilidad de las excepciones personales propias frente a los codeudores se consagra en los arts. 6:11 (1) BW, 10:111 (2) PECL, III.-4:112 (2) DCFR y 11.1.12 (b) PICC. El art. 513-14 PCCAPDC supedita esa oponibilidad a que el demandante en regreso, habiéndolas conocido, no hubiera opuesto esas excepciones al acreedor, pero parece razonable aplicar la misma regla a estas excepciones que el demandante ni siquiera pudo alegar, pues de otro modo el que contrató por defecto de capacidad o de consentimiento se vería obligado en última instancia a cumplir con su parte.

¹⁰⁵ Empleaba este término el antiguo art. 1208. II Cod. civ. (derogado por la *Ordonnance n.º 2016-131*) y lo emplean aún, en materia de fianza, los arts. 1824, 1845 y 1853 CC.

El nuevo art. 1315 Cod. civ. ya prescinde de esta terminología, al tiempo que menciona la concesión de un plazo como excepción personal que solo puede hacer valer el deudor afectado (de hecho, este supuesto ya se venía considerando bajo el Derecho anterior como excepción puramente personal: MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 720, n.º 1362).

¹⁰⁶ Así, v. gr., VOIRIN, GOUBEAUX, *Droit...*, p. 617, n.º 1394 y TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, p. 1240, n.º 1254, al hilo de los antiguos arts. 1301. III y 1285. II Cod. civ., ya derogados por la *Ordonnance n.º 2016-131*, tras la cual lo mismo puede decirse a la vista de lo dispuesto por los nuevos arts. 1349-1. I y 1350-1-I Cod. civ.; así

cualquier excepción de este tipo que conozca pues, de no hacerlo, se la opondrá a él el titular de la excepción cuando en vía de regreso le reclame su parte; solo si paga todo ignorando de forma excusable la excepción del otro, debe poder repetir contra este¹⁰⁷; los codeudores deben, pues, comunicarse este tipo de excepciones, al igual que las comunes, por exigencias de la buena fe¹⁰⁸.

c) Finalmente, ¿puede un deudor oponer al acreedor el crédito compensable de otro deudor?; en puridad, la cuestión solo puede plantearse allí donde la compensación no opera *ope legis* (porque si lo hace, daría lugar a una excepción común desde que tiene lugar). Si se sostiene que el deudor puede oponerlo, ello debería ser solo en la parte de deuda del titular de la excepción¹⁰⁹. Contra esta solución cabría argumentar que no toma en cuenta la voluntad del deudor que ostenta el crédito compensable, que puede preferir que no haya compensación; además, lo cierto es que en los sistemas a los que me estoy refiriendo, en los que la compensación no opera automáticamente, verdaderamente aquella no se produce mientras no la declare el legitimado para hacerlo¹¹⁰; pero, si se impide a los deudores invo-

resulta claramente de lo establecido por el nuevo art. 1315 *i.f.* Cod. civ. respecto de las excepciones oponibles por los deudores solidarios. La misma regla se deduce del art. 1132 *i.f.* en relación con los arts. 1129 y 1130. I PMCC y del art. 513-10.1 *i.f.* en relación con el art. 513-8 PCCAPDC.

Para la remisión en nuestro Derecho, CAFFARENA, «Comentario...», p. 144 y, en Derecho alemán, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*....., p. 408, núm. 1201; también, sobre la doctrina francesa e italiana, CAFFARENA, *La solidaridad*..., pp. 42 y 43. En cuanto a las afirmaciones genéricas del art. 1297.1 c. c., del primer inciso de los arts. 10:111 (1) PECL y III.-4:112 (1) DCFR, o del art. 11.1.4 PICC, negando que un deudor solidario pueda invocar frente al acreedor las excepciones personales de otro, vienen matizadas por lo dispuesto en otros preceptos, como los que asignan a la confusión y a la remisión en favor de un deudor un efecto liberatorio parcial para los otros [para la confusión, arts. 1303.1 c. c., 10:107 (2) PECL, III.-4:108 (2) DCFR y 11.1.6 PICC; para la remisión, art. 1301.1 c. c. y –aludiendo también a la transacción– arts. 10:108 (1) PECL, III.-4:109 (1) DCFR y 11.1.6 PICC].

¹⁰⁷ El art. 513-14.4 *i.f.* PCCAPDC explicita la regla expuesta permitiendo al deudor demandado en vía de regreso oponer sus excepciones personales al demandante que, habiéndolas conocido, no las hubiera opuesto. En este mismo sentido parece que habría que interpretar el art. 1146 CC (CAFFARENA, «Comentario...», p. 144; no obstante, la STS 19.4.2006 [RJ 2006, 1848] admite la repetición del cofiador que pagó el total contra el condonado, sin supeditarlo al desconocimiento de la donación por parte de aquel y limitándose a admitir que, al tratarse de una confianza solidaria, la donación del acreedor a favor de un fiador no podía liberar a este frente al cofiador que pagó la totalidad).

¹⁰⁸ Se pronuncian explícitamente en ese sentido los arts. 1134. I PMCC y 513-13.1 PCCAPDC.

¹⁰⁹ Así, los nuevos arts. 1315 *i.f.* y 1347-6. II Cod. civ., el art. 1302 c. c. (en Italia el efecto automático de la compensación viene matizado por su necesaria invocación en juicio: art. 1242.1 c. c.) y, en las propuestas de reforma españolas, los arts. 1128 y 1132 PMCC y el art. 513-10 PCCAPDC, números 1 y, en particular, 3 (en este número 3, y a diferencia de lo que hace la PMCC, se ciñe a la solidaridad *de origen contractual* la facultad del codeudor solidario de oponer el crédito compensable de otro para no pagar la parte de este).

¹¹⁰ Estas razones me han conducido a defender en otro lugar que es preferible circunscribir al deudor que sea titular del crédito compensable la facultad de oponer su existencia (GÓMEZ CALLE, «Las defensas...», p. 1570).

car el crédito de otro [como hacen el § 422 (2) BGB y el art. 11.1.4 PICC¹¹¹], habría que asegurar algo más para evitar un resultado a todas luces injusto: que el deudor titular del crédito no puede oponer al que cumpla íntegramente y le reclame su parte en vía de regreso, la facultad que tenía frente al acreedor de compensar¹¹².

Cuestiones similares suscita la *prescripción ganada por un deudor* que, según vimos, algunos sistemas consideran oponible por los demás en la parte de aquel y, otros, inoponible por los demás, dejando a salvo la vía de regreso.

5.2.9 Algunas cuestiones procesales

Del hecho de que el acreedor pueda demandar a uno solo de los deudores solidarios derivan dos importantes cuestiones procesales. En primer lugar, cuál es la *posible intervención de los demás deudores en ese proceso*. Una posibilidad es permitir a los no demandados intervenir como demandados en el proceso entablado, habida cuenta su claro interés en el resultado del pleito¹¹³; otra posibilidad sería permitir al demandado llamar a sus codeudores para que intervengan en el proceso¹¹⁴.

La otra cuestión es *si la sentencia recaída en el proceso entre el acreedor y un deudor afecta a los deudores solidarios no intervinientes en él*. Se ha dicho que la extensión de la cosa juzgada supone hacer depender la suerte de todos de la habilidad u honestidad del deudor demandado¹¹⁵; en todo caso, y para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, la extensión de efectos no

¹¹¹ Lo mismo puede deducirse de los arts. 10:111 (1) PECL y III.-4:112 (1) DCFR, en cuanto prohíben oponer excepciones personales de un codeudor.

¹¹² Así resulta del art. 11.1.12 PICC: *vid.* su *Official Comment*, epígrafe 2.

¹¹³ El art. 13.1. I de nuestra LEC admite la intervención voluntaria como demandado, en el proceso pendiente, «a quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito», situación en la que sin duda se hallan los codeudores solidarios; una vez incorporado al pleito, el interviniente se convierte en parte a todos los efectos (ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», p. 142 y BANACLOCHE PALAO, «Comentario...», pp. 104 y 105).

¹¹⁴ El Derecho francés permite llamarles en garantía (TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit...*, pp. 1236 y 1237, n.º 1253). Nuestra LEC regula la *intervención provocada* a instancias del demandado en el art. 14.2, pero exige en todo caso que sea la ley la que autorice al demandado a llamar a un tercero, lo que impide su aplicación entre codeudores como regla general [admite esa llamada, *v. gr.*, la disposición adicional 7.ª LOE, sobre la cual puede consultarse ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», p. 143; la STS 26.9.2012 (RJ 2012, 9337) –seguida por las SSTS 27.12.2013 (RJ 2014, 1021) y 9.9.2014 (RJ 2014, 5546)– determina los efectos de la misma y establece que el tercero llamado al proceso quedará vinculado por lo que declare la sentencia sobre su actuación en el proceso constructivo, de modo que, en un juicio posterior, no podrá alegar que es ajeno a lo realizado, pero solo adquiere la cualidad de parte demandada –y, por tanto, podrá ser condenado– si el demandante decide dirigir la demanda contra el mismo (en este punto *vid.* ALVAREZ OLALLA, *Pluralidad...*, pp. 92 a 94)].

¹¹⁵ Así, MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit...*, p. 724, n.º 1369, a propósito de la jurisprudencia francesa, que admite dicho efecto aunque con excepciones.

debe permitir ejecutar la sentencia estimatoria de la demanda sobre un deudor no demandado¹¹⁶. De hecho, muchos sistemas dan una respuesta negativa a la cuestión planteada al inicio de este párrafo¹¹⁷, lo que, sin embargo, comporta el riesgo de posibles fallos contradictorios¹¹⁸. Finalmente, hay regulaciones que, partiendo de la regla de la ineficacia, la matizan permitiendo a los demás deudores invocar la sentencia cuando esta no se basa en razones personales del deudor que intervino en el proceso¹¹⁹ o cuando les es provechosa¹²⁰; esta solución es sensata pues, absuelto un deudor solidario por una causa objetiva aplicable a todos no parece haber razón para el ejercicio de una nueva acción contra cualquiera de los otros; y si la absolución fue por una causa que, aun siendo personal, puede beneficiar a todos, también es razonable que estos puedan invocarla a los efectos de liberación parcial que procedan; además, ello permite eludir parcialmente el riesgo de fallos contradictorios¹²¹.

¹¹⁶ Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 264 y ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 151 y 152, para el Derecho español, donde el art. 542.1 LEC descarta tal posibilidad.

¹¹⁷ Es el caso de los arts. 10:109 PECL y III.-4:110 DCFR (que declaran expresamente la ineficacia de la sentencia también entre los codeudores), cuya solución coincide con la del Derecho holandés (BUSCH, «Plurality...», pp. 44 y 45); también del § 425 BGB y del Derecho inglés (TREITEL, *The Law...*, p. 601, núm. 13-008); en España, la LEC pretendió acabar con el efecto de cosa juzgada en la solidaridad (así, ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 111 y 126, quien, no obstante, sugiere diversas vías por las que podría seguir justificándose esa eficacia en nuestro Derecho: *vid.* pp. 155, 156 y 161).

¹¹⁸ ATAZ LÓPEZ, «Las obligaciones...», pp. 145 y 146 y CARBALLO FIDALGO, «La eficacia...», pp. 125 a 128.

¹¹⁹ Arts. 1306 c. c. y 11.1.8 PICC (en ambos, la regla de ineficacia de la sentencia se aplica también en las relaciones internas: para el Derecho italiano, *vid.* ZOPPINI, *Diritto...*, p. 423 y, más ampliamente, D'ALESSANDRO, «L'Art. 1306...», pp. 129 y ss.).

¹²⁰ Fórmula esta empleada por los arts. 1133 PMCC y 513-11.2 PCCAPDC y que podría aplicarse, p. e., a una sentencia que hubiera absuelto al deudor demandado en primer lugar por apreciar una excepción común o una excepción personal suya que los otros pudieran invocar en la parte correspondiente a aquel, como pudiera ser la prescripción. De este modo, la fórmula de las dos propuestas españolas es algo más amplia que la del Código italiano o los PICC, al permitir que una sentencia basada en motivos personales del demandado pueda ser invocada por los demás codeudores.

¹²¹ Así lo apunta Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 264, en relación con las excepciones comunes; el mismo autor destaca, como otra regla a seguir en esta materia, que dichas excepciones no deben poder ser invocadas por el codeudor si, habiendo sido opuestas por los deudores demandados antes, hubieran sido desestimadas en la sentencia.

Cuestión distinta, aunque relacionada con la expuesta es (en nuestro Derecho) la relativa al efecto expansivo del recurso de apelación cuando, habiendo sido condenados varios solidariamente, solo apela uno de ellos; nuestro TS admite ese efecto en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza (como lo es, p. e., la fijación del alcance del daño en materia de responsabilidad extracontractual) y también en aquellos en los que haya solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal; en cambio, la fuerza expansiva se excluye cuando la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo al recurrente (*vid.*, por todas, la STS 5.4.2016 [RJ 2016, 3660]).

5.3 LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS CODEUDORES

5.3.1 El reparto interno de la deuda

La solidaridad opera en la relación del acreedor con los deudores; entre estos, en cambio, la deuda se fragmenta y cada uno debe solo una parte (art. 1317. I Cod. civ.). Resulta razonable, como regla general, presumir que las partes son iguales salvo prueba en contrario, igual que en las deudas parciarias¹²². También que, si se presume la solidaridad entre quienes causan conjuntamente un daño aun cuando se pueda establecer la medida en que es imputable a cada uno de ellos, este dato sea determinante al concretar la cuota individual de responsabilidad a efectos internos¹²³. Puede asimismo ocurrir que en la relación interna la deuda corresponda íntegramente a uno solo de los deudores (p. e., a aquel en cuyo exclusivo interés se estableció la deuda solidaria¹²⁴ o a quien el legislador quiere hacer único responsable de un daño en última instancia¹²⁵).

5.3.2 El derecho de regreso

El deudor que paga y libera a sus codeudores frente al acreedor, puede reclamar de aquellos la parte que a cada uno le corresponde en la deuda¹²⁶; lo mismo ocurre con el deudor a cuya costa se produce de otro modo tal liberación (*v. gr.*, por dación en pago, compensación o novación); este es el llamado derecho de regreso, repetición o reembolso, que constituye un derecho de crédito distinto del que tenía el acreedor y que nace al extinguirse este.

Parece plenamente acertado extender este derecho a los gastos razonables hechos por el deudor para cumplir y a los intereses de estos y de la cantidad abonada¹²⁷. Si el pago (o subrogado) no hubiera bastado para saldar toda la deuda, pero hubiera excedido la

¹²² Así, *v.*, § 426 (1) I BGB y arts. 1298.2 c. c., 1136 PMCC, 513-12 PCCAPDC, 10:105 PECL, III.-4:106 (1) DCFR y 11.1.9 PICC; la misma idea opera en Derecho inglés (McKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283, y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017).

¹²³ Como resulta, *v. gr.*, de los arts. 2055 (2) c.c., 6:102 (1) en relación con 6:101 BW, III.-4:106 (2) DCFR y § 254 BGB aplicado analógicamente.

¹²⁴ Arts. 1318 Cod. civ. y 1298.1 c. c.

¹²⁵ §§ 840 (2) y (3) y 841 BGB.

¹²⁶ *Vid.* arts. 1317. II Cod. civ. y 1299.1 c. c. y § 426 (1) I BGB, además de los preceptos que cito en la siguiente nota; para el Derecho inglés, McKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283 y TREITEL, *The Law...*, p. 606, núm. 13-017.

¹²⁷ Así, los arts. 1135. I PMCC y 513-14.1 PCCAPDC, que aúnan la fórmula del art. 1145. II CC con la de los arts. 6:10 (1) y (3) BW, 10:106 (1) PECL y III.-4:107 (1) DCFR.

parte debida por el deudor, el derecho de regreso podrá hacerse valer por el exceso¹²⁸.

En cuanto al momento en que nace este derecho, cabe entender, o bien que surge a raíz del pago (o subrogado) liberatorio¹²⁹ o bien que lo hace antes, cuando se establece la deuda solidaria; conforme a este último planteamiento, cada deudor puede exigir la colaboración de los otros, en sus respectivas partes, para cumplir cuando el acreedor se lo exija y, si finalmente satisface más de su parte, puede reclamarles el correspondiente pago¹³⁰; en esta línea, se ha señalado que, aunque la ley no consagre un derecho de regreso anterior al cumplimiento, la buena fe puede, en ocasiones, obligar a los codeudores a contribuir al pago antes de que lo haga el deudor perseguido por el acreedor¹³¹.

5.3.3 La subrogación en el crédito

Otra vía por la que el deudor que paga puede recuperar de los demás deudores su parte es la subrogación en la posición del acreedor, ampliamente admitida en Derecho comparado. Pagada la deuda por uno, los demás quedan liberados frente al acreedor, pero la obligación no se extingue (salvo en la parte del que paga) si este se subroga; efectivamente, mientras que el derecho de regreso es un derecho que surge *ex novo* con el pago y presupone la extinción de la obligación, la subrogación presupone la subsistencia del crédito, que se transfiere al *solvens*, quien pasa a ocupar la posición del anterior acreedor¹³². Se trata, con todo, de una subrogación peculiar, pues la solidaridad desaparece: el subrogado sólo puede exigir a cada uno de los deudores su porción¹³³; además, como

¹²⁸ CAFFARENA, «Comentario...», p. 141 entiende que el regreso no está condicionado a que lo pagado supere la parte correspondiente al que pagó; pero sí lo condicionan a eso los arts. 6:10 (2) BW, 10:106 (1) PECL y III.-4:107 (1) DCFR y 11.1.10 PICC.

¹²⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 246.

¹³⁰ Esta es la opinión dominante en Alemania (MEDICUS, LORENZ, *Schuldrecht...*, p. 406, núm. 900 y LOOSCHELDERS, *Schuldrecht...*, p. 409, núm. 1205).

¹³¹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 108, VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 986 y BUSCH, «Plurality...», p. 32.

En las propuestas regulativas españolas, y precisamente bajo la rúbrica «Buena fe entre codeudores», los arts. 1134. II PMCC y 513-13.2 PCCAPDC permiten al deudor solidario que haya sido requerido o demandado para el pago recabar de cada uno de los otros la prestación de las oportunas garantías.

¹³² CAFFARENA, «Comentario...», p. 140.

¹³³ Así resulta del art. 1346 en relación con el art. 1317. II Cod. civ., de los arts. 6:12 (1) BW, 1135. III PMCC, 513-14.3 PCCAPDC, 10:106 (2) PECL, III.-4:107 (2) DCFR y 11.1.11 (1) PICC y del § 426 –párrafo (2) 1 en relación con párrafo (1)– BGB; esta es también la opinión mayoritaria en España, que admite la subrogación *ex art.* 1210.3.º CC (CAFFARENA, «Comentario...», p. 140), si bien no faltan voces críticas al respecto (como, recientemente, la de CARRIÓN, «La pretendida...», pp. 283 ss.); sobre la polémica suscitada en Italia en torno al art. 1203.3 c. c. *vid.* ZOPPINI, *Diritto...*, p. 429.

veremos, él mismo soporta con los deudores el riesgo de insolvencia de cualquiera de ellos¹³⁴.

Parece correcto concebir regreso y subrogación como opciones a disposición del deudor que paga, quien podrá elegir entre ambas. El primero le permite recuperar, además de lo pagado al acreedor, gastos razonables e intereses; pero solo si se subroga podrá disfrutar de los privilegios y garantías que tuviera el acreedor. Si llega a compartir con este el crédito por haberse producido una subrogación parcial, hay que resolver si se le da al acreedor originario prioridad para el cobro con las garantías existentes¹³⁵ o no, optándose por un reparto de la garantía proporcional a los respectivos créditos¹³⁶.

5.3.4 Excepciones oponibles entre codeudores

Recapitulo aquí lo ya anticipado al estudiar las excepciones oponibles al acreedor. Cuando uno de los deudores solidarios reclama contra los demás en vía de regreso, los codeudores podrán oponerle las excepciones comunes a todos y las personales propias (tanto las puramente personales, que el que pagó no pudo invocar frente al acreedor¹³⁷, como las otras, que aquel sí habría podido alegar en la parte correspondiente al titular de la excepción)¹³⁸. Esta regla no se aplica si la razón por la cual el deudor cumplidor no opuso frente al acreedor las excepciones de que disponía fue un desconocimiento excusable de las mismas, porque los otros deudores no le hubieran informado de su existencia cuando debieran haberlo hecho conforme a las exigencias de la buena fe¹³⁹.

En general sobre la concurrencia entre derecho de regreso y subrogación legal en buena parte de los textos citados y sus respectivas implicaciones, *vid.* GNANI, «L'obbligazione...», pp. 18 ss.

¹³⁴ También pueden entrar en juego otras reglas que limiten el alcance de la subrogación, como, *v. gr.*, las que prevé el art. 1346-4 Cod. civ. respecto de la transmisión de los accesorios del crédito y el interés exigible por el subrogado.

¹³⁵ Como hacen el § 426 (2) 2 BGB y los arts. 1346-3 Cod. civ., 1213 CC, 10:106 (2) PECL, III.-4:107 (2) DCFR y 11.1.11 (2) PICC, inspirados por la idea de que la subrogación no puede perjudicar al anterior acreedor.

¹³⁶ Como resulta del BW (BUSCH, «Plurality...», p. 34).

¹³⁷ Ya vimos que la existencia de un crédito compensable, en los sistemas en que solo puede alegarlo su titular, y la prescripción, allí donde solo el deudor que la ha ganado puede invocarla frente al acreedor, escaparían a esta regla: esto es, no podrían alegarse frente al codeudor que repite (así resulta, para ambos casos, de los arts. 11.1.4 y 11.1.7 (1) PICC y, para el caso de la prescripción, de los arts. 10:110 PECL, III.-4:111 DCFR y 1310.2 c. c.).

¹³⁸ *Vid.*, con diversas formulaciones, los arts. 6:11 BW, 513-14.4 PCCAPDC, 11.1.12 PICC, 10:111 (2) PECL y III.-4:112 (2) CDFR.

¹³⁹ *Vid.* art. 513-14.4 en relación con art. 513-13.1 PCCAPDC.

Al deudor subrogado en el crédito, los otros podrán oponerle, en principio, las excepciones de que dispusieran frente al acreedor originario¹⁴⁰.

5.3.5 la imposibilidad de recuperar lo pagado de un deudor

Puede ocurrir que el deudor que ejercita su derecho de regreso o se subroga en el crédito no pueda, pese a todos los esfuerzos razonables, recuperar la parte de uno de sus codeudores, *v. gr.*, por ser este insolvente o concurrir en él una excepción puramente personal oponible entre los deudores (como la incapacidad o los vicios del consentimiento en los sistemas que así lo consideran). Lo justo entonces es que todos los deudores, incluido el que reclama, contribuyan a la cobertura de esa parte en proporción a sus respectivas cuotas, de modo que la atribución del riesgo del impago no dependa de a qué deudor reclama el acreedor¹⁴¹ (así, si eran tres los codeudores por igual, la parte del insolvente se distribuye por mitad entre los otros dos, y el que pagó al acreedor podrá exigir del codeudor solvente que le abone su porción más la mitad de la del insolvente)¹⁴². Naturalmente, también el deudor al que el acreedor hubiera remitido su parte debe contribuir a esta cobertura¹⁴³. Y, en

¹⁴⁰ Consecuentemente, si el deudor que paga se subroga en la posición del acreedor, el codeudor beneficiado por la prescripción podrá oponérsela, igual que habría podido hacerlo frente al acreedor originario (en este sentido, a propósito del BW, BUSCH, «Plurality...», p. 48); ello solo sería de otro modo si la propia norma previera otra cosa distinta [como aparentemente hacen, *v. gr.*, los arts. 10:110 (b) PECL y III.-4:111 (b) DCFR, que parecen consagrar la inoponibilidad de la prescripción en las relaciones internas entre los codeudores tanto cuando uno de ellos actúa en vía de regreso como subrogándose en la posición del acreedor].

La *Ordonnance n.º 2016-131* ha incorporado al art. 1346-5 Cod. civ. una regla sobre las excepciones oponibles por el deudor al acreedor subrogado, que coincide con la establecida para el caso de cesión del crédito (art. 1324. II Cod. civ.) y que prevé la oponibilidad tanto de las excepciones inherentes a la deuda como de las nacidas en su relación con el acreedor primigenio antes de que la subrogación le sea oponible.

También la PCCAPDC regula específicamente las excepciones oponibles entre codeudores (art. 513-14.4); lo hace sin diferenciar el supuesto de lo que hemos denominado regreso del de subrogación y reconociendo la oponibilidad tanto de las excepciones comunes como de las que, siendo personales suyas y conocidas por el codeudor, no hubieran sido opuestas por este.

¹⁴¹ BARRES, EMBID, MARTÍNEZ, *Principios...*, p. 109 y VON BAR, CLIVE, *Principles...*, p. 987.

¹⁴² Esta es la solución que consagran, con formulaciones más o menos precisas o amplias los arts. 1317. III Cod. civ., 1145. III CC, 1299 (2) y (3) c. c. (alusivos solo a la insolvencia; sobre la aplicación analógica del art. 1145. III CC, *vid.* CAFFARENA, «Comentario del art. 1149», p. 150), 6:13 BW, § 426 (1) 2 BGB y arts. 1135. II PMCC, 513-14-2 PCCAPDC, 10:106 (3) PECL, III.-4:107 (3) DCFR y 11.1.13 PICC (estos tres últimos, de los más completos); también lo admite el Derecho inglés en casos de insolvencia (MCKENDRICK, «Contract...», p. 83, núm. 1283 y TREITEL, *The Law...*, p. 607, núm. 13-019).

¹⁴³ Así, explícitamente, los arts. 10:108 (3) PECL y III.-4:109 (2) DCFR; *vid.* también BUSCH, «Plurality...», p. 42. Lo mismo es aplicable al deudor beneficiado por una

caso de confusión con eficacia personal, aquel en quien se verifica deberá asumir la parte que le corresponda en la porción del deudor fallido¹⁴⁴.

ABREVIATURAS

APLCM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014.
BGB	CC alemán.
BW	CC holandés.
c.c.	CC italiano.
Cod. civ.	CC francés.
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (2009).
LCA	Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos.
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> (2002).
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i> (2005).
PICC	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i> .
PCCAPDC	Propuesta de Código civil, Libros V y VI, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (2016).
PMCC	Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (2009).
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: *Pluralidad de responsables del daño extracontractual*, Cuadernos Aranzadi Civil-Mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (aspectos sustantivos)», en *Las obligaciones solidarias* (coords.: J. Caffarena Laporta y J. Ataz López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75-166.
- BANACLOCHE PALAO, J.: «Comentario al art. 13», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 104-106.

remisión de la solidaridad consentida por el acreedor (en este sentido, el art. 1317. III Cod. civ.).

¹⁴⁴ Vid. CAFFARENA, *La solidaridad...*, pp. 230, 235 (en alusión a doctrina francesa e italiana), 256 y 257.

- BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (eds.): *Principios de derecho contractual europeo: Parte III*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- BUSCH, D.: «Plurality of debtors», *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law* (eds.: D. Busch, E. Hondius, H. van Kooten y H. Schelhaas), Kluwer Law International, The Hague, 2006, pp. 6-53.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «Obligación indivisible», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir.: A. Montoya Melgar), v. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4519-4521.
- «Comentario de los arts. 1137 a 1148», en *Comentario del Código civil* (DIR.: C. Paz-Ares et. al.), t. II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 117-150.
- *La solidaridad de deudores*, EDERSA, MADRID, 1980.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «La eficacia de las sentencias dictadas en materia de deudas solidarias», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed.: A. Vaquer), Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 119-132.
- CARRIÓN, S.: «La pretendida subrogación del deudor solidario *solvens*: ¿una errónea intelección del ordinal tercero del artículo 1210 del Código civil?», en *Derecho de Obligaciones*, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Editum, Murcia, 2013, pp. 283-315.
- D'ALESSANDRO, E.: «L'Art. 1306 C. C. e il "lessico" delle Corti», en *Le «nuove» obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi* (a cura di U. Breccia y F. Donato Busnelli), Wolters Kluwer Italia, 2015, pp. 129-179.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6.^a ed., Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- FENOY PICÓN, N.: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 2010-I, pp. 47-136.
- FONTAINE, M.: «Position Paper on Plurality of Obligor and/or Obligees», Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), 2nd. Session, Rome, 4-8 June 2007, <http://www.unidroit.org/english/documents/2007/study50/s-50-102-e.pdf>.
- GNANI, A.: «L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del diritto privato europeo», en *Le «nuove» obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi* (a cura di U. Breccia y F. Donato Busnelli), Wolters Kluwer, Italia, 2015, pp. 1-30.
- GÓMEZ CALLE, E.: «Las defensas del deudor solidario en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M.^a Miquel González* (coord.: L. Díez-Picazo), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1565-1584.
- «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de responsabilidad civil* (coords.: F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), t. I, 5.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 971-1104.
- «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de responsabilidad civil* (coords.: F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago), t. II, 5.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1197-1363.
- LOOSCHELDERS, D.: *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 9., neu bearb. Aufl., Vahlen, München 2011.

- MALAURIE, Ph., AYNÈS, L., STOFFEL-MUNCK, Ph.: *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015.
- MALO VALENZUELA, M. A.: «Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», *RCDI* núm. 713 (2009), pp. 1419-1466.
- MCKENDRICK, E.: «Contract: In General», en *Principles of the English Law of Obligations* (ed.: A. Burrows), Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1-132.
- MEDICUS, D. y LORENZ, S.: *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 21., neu bearb. Aufl., Beck, München, 2015.
- MEIER, S.: «Solidary Obligations», en *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law* (ed.: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann y A. Stier), OUP, Oxford, 2012, pp. 1573-1577.
- MORALES MORENO, A. M.: «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 17-54.
- Official Comments to the articles of the UNIDROIT Principles (2010 edition)*, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=109294>.
- Rapport du Ministère de la Justice au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2016-131*, *Journal Officiel de la République Française*, 11 février 2016, NOR: JUSC1522466P.
- TERRE, F., SIMLER, Ph. y LEQUETTE, Y.: *Droit civil: Les obligations*, 10è. ed., Dalloz-Sirey, Paris, 2009.
- TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, 13th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011.
- VOIRIN, P. y GOUBEAUX, G.: *Droit civil*, Tome 1, 35è éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015.
- VON BAR, Ch. y CLIVE, E. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, v. I, Sellier, München, 2009.
- WHITTAKER, S.: «A few observations on the “plurality of debtors”, and on the effects of release», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo* (ed.: A. Vaquer), Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 23-49.
- ZOPPINI, A. (coord.): *Diritto Civile*, v. III-I (*Il rapporto obbligatorio*), Giuffrè, Milano, 2009.



La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC¹

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III

RESUMEN

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria es doctrina tradicional del TS la necesidad de prueba de la culpa o negligencia médica. Frente a ello, el actual art. 148 TRLC –anteriormente art. 28 LCU– contiene una regla de imputación objetiva de responsabilidad aplicable a los servicios médicos. Dicha regla parece inspirar cierto recelo en nuestros tribunales, puesto que rara vez la aplican de manera independiente y sin hacer referencia a la existencia de algún tipo de negligencia. Este trabajo pretende dar respuesta a las dudas que suscita la aplicación, a los servicios sanitarios, del citado art. 148 TRLC. A tal fin se delimita el ámbito objetivo de dicho precepto partiendo de la noción de servicio defectuoso y tomando en consideración las peculiaridades de la actividad médica, que conlleva riesgos aleatorios que escapan a la esfera de control médico; riesgos que, por consiguiente, no deben, como regla, generar responsabilidad si llegan a materializarse. A partir de ahí se concretan los supuestos en que cabe considerar un servicio médico como defectuoso, se determina el elenco de sujetos responsables y se analiza la posibilidad de admitir ciertas causas de exoneración de responsabilidad.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad objetiva; prestador de servicios; servicio médico defectuoso; riesgos aleatorios; seguridad exigible; resultado anormal; sujetos responsables; causas de exoneración.

ABSTRACT

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del PI Der 2013-44620-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

In the field of medical liability the High Court traditionally requires the proof of fault or medical malpractice. In contrast to that, the current art. 148 TRLC (formerly the art. 28 LCU) contains a rule of strict liability which can be applied to medical services. This rule seems to inspire some wariness in our courts since they rarely apply it independently and without reference to any kind of negligence. This article aims to answer the doubts raised when applying the mentioned art. 147 to health services. For this purpose, it delimits the objective scope of this rule, on the basis of the concept of defective service and taking into account the peculiarities of medical activity, which involves random risks beyond the medical control. These risks, in case they materialized, should not produce liability for the medical service providers. Taking this idea as a starting point, this article specifies the cases that can be regarded as defective medical services, determines the list of responsible subjects and analyses the possibility of admitting certain causes of exoneration.

KEY WORDS

Strict liability; services provider; defective medical service; random risks; expectable security; unusual result; responsible subjects; causes of exoneration.

SUMARIO: 1. *Introducción. Los arts. 147 y 148 TRLC.*–2. *El art. 148 TRLC y la noción de servicio defectuoso.* 2.1 *La actividad médica y sus peculiaridades.* 2.2 *El concepto de servicio médico defectuoso:* A) *Daño desproporcionado.* B) *Infecciones hospitalarias.* C) *Utilización de un producto defectuoso.*–3. *Sujetos responsables ex art. 148 TRLC.*–4. *Posibles causas de exoneración de responsabilidad del prestador de servicios médicos.*–5. *Recapitulación.*

1. INTRODUCCIÓN. LOS ARTS. 147 Y 148 TRLC

El Texto Refundido de la Ley de Consumidores (RD 1/2007 de 16 de noviembre) –en adelante TRLC– dedica su libro III a la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos», incorporando, en relación con los daños causados por productos, el contenido de la Ley 22/95 de responsabilidad por productos defectuosos (LRPD), y, respecto de los daños causados por servicios, los arts. 26 a 29 de la Ley de Consumidores de 1984 (en adelante LCU) que, desde la publicación de la LRPD, eran aplicables exclusivamente a los servicios². Concretamente, los arts. 147 y 148 TRLC vienen a reiterar, con algunas modificaciones, el contenido,

² Sobre los antecedentes del Libro III TRLC *vid.* SANTOS MORÓN, M. J., «Responsabilidad por productos defectuosos», en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017, pp. 470-471.

respectivamente, de los arts. 26 y 28 LCU, precepto este último, que incluía, dentro de los servicios a los que resultaba aplicable un régimen de responsabilidad, calificado habitualmente como «objetivo»³, los servicios médicos.

La inclusión, no obstante, de algunos preceptos procedentes de la LRPD dentro de las «disposiciones generales» –comunes tanto a productos como a servicios– ha generado ciertas inconsistencias en la regulación actual como ocurre, por ejemplo, con el art. 129 que, de acuerdo con lo que establecía el art. 10 LRPD⁴, limita el ámbito de los daños resarcibles. Este precepto, pese a su ubicación sistemática, ha de considerarse inaplicable a los servicios, ya que el legislador no puede excederse en el mandato refundidor alterando la regulación anteriormente existente, que no contemplaba ninguna limitación en cuanto a los daños indemnizables al consumidor⁵. Por ello, debe entenderse que la eventual aplicación de los arts. 147 y 148 TRLC a los servicios médicos permitiría exigir el resarcimiento de todos los daños sufridos, incluidos los morales.

Por otra parte, pese a regularse conjuntamente uno y otro tipo de responsabilidad (productos y servicios) existen ciertas diferencias entre ambos regímenes. Una de ellas es la concerniente al sujeto protegido. Aunque, como regla, las normas del TRLC sólo se aplican a las relaciones entre «consumidores o usuarios» y «empresarios» (cfr. art. 2), cuando se trata de daños causados por productos el sujeto protegido es cualquier perjudicado, con independencia de su condición de consumidor o empresario⁶, si bien a este último

³ MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios», en *Derecho privado de consumo*, coord. por Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 198, 202, 206; GONZÁLEZ MORÁN, «La responsabilidad del prestador de servicios», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, coord. por León Arce y García García, t. I, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1488; PARRA LUCÁN, «Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos», en Reglero/Busto, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, p. 110.

⁴ En la LRPD se indemnizaban los daños personales causados a cualquier perjudicado, esto es, con independencia de que tuviese o no la condición de consumidor. Los daños materiales (en cosas distintas del propio producto defectuoso) se indemnizaban, en cambio, sólo al consumidor. Conforme a dicha ley no eran indemnizables los daños morales. El actual art. 129 recoge en sustancia tales reglas si bien no excluye expresamente los daños morales. No obstante, su exclusión se deduce del art. 128, que se remite a las reglas generales de responsabilidad para la reparación de los daños morales.

⁵ Vid. en este sentido MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU», *RDP*, sept.-oct. 2008, pp. 82 y ss., 90 y ss.; PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Madrid, 2011, pp. 40, 50, 52; BASOZÁBAL ARRUE, *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, ed. BOE, Madrid, 2015, p. 37.

⁶ El hecho de que se incluya el régimen de responsabilidad por daños por productos defectuosos en el TRLC no permite llegar a la conclusión de que sólo aquéllos que tienen la condición de «consumidores» pueden invocar dicho régimen especial. Entenderlo así significaría alterar el ámbito de protección de la Directiva 85/374, de la que trae causa la LRPD, lo que no puede hacer el legislador español. Por otra parte, el art. 3 TRLC, cuando

sólo le son resarcibles los daños personales (art. 129.1). Tratándose, en cambio, de daños causados en la ejecución de un servicio, el perjudicado sí ha de ser necesariamente consumidor, lo que obliga a comprobar tal condición (art. 3 TRLC). No obstante, en el ámbito de los servicios médicos, —y con independencia del concepto más o menos amplio que se adopte—⁷ no hay duda de que el *paciente* reviste siempre la condición de consumidor.

En cualquier caso, la diferencia fundamental respecto del régimen previsto para los productos es que los arts. 147 y 148 TRLC no contienen, propiamente, un específico régimen de responsabilidad para los daños causados por servicios (como sí sucede en el ámbito de los productos, donde se diseña un régimen especial que requiere ciertos presupuestos, se contemplan causas de exoneración, se regula el plazo de prescripción, etc.) sino que se limitan e establecer sendos criterios de imputación de la responsabilidad, que no excluyen, por otra parte, los que se derivan de la aplicación de las reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual⁸. El art. 147, al igual que el anterior 26 LCU, fija un criterio general de imputación de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba que, como se ha observado, no parece aportar mucho a la interpretación desarrollada por la jurisprudencia en relación con el art. 1902 C.C.⁹ El art. 148 TRLC, por su parte, equivalente al antiguo art. 28 LCU, prevé un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a ciertos servicios: aquéllos que presuponen «la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad» —según la cláusula general establecida en su párrafo primero— que se concretan, en la cláusula segunda, en una serie de servicios específicos entre los que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios médicos.

define el concepto de consumidor y usuario, lo hace «sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros III y IV». Dado que el libro III es el relativo a la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, del citado precepto cabe deducir que no se ha querido modificar el ámbito de los sujetos protegidos cuando se producen daños como consecuencia de un producto defectuoso.

⁷ Sobre los problemas interpretativos que puede ocasionar el texto actual del art. 3 TRLC, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDC*, 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 94 y ss.

⁸ Recordemos que los arts. 147 y 148 TRLC no impiden a la víctima acudir a los regímenes generales de responsabilidad contractual o extracontractual que puedan ser de aplicación (art. 128 TRLC) y lo mismo establecía el art. 27.1 LCU en relación con los arts. 26 y 28 de dicha ley.

⁹ En este sentido, en relación con el art. 26 LCU, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios...» cit., p. 204. Más recientemente, PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario a los arts. 147-149 TRLC», en *Comentarios al TRLGDC y otras leyes complementarias*, 2.ª ed., Navarra, 2015, p. 2069, indica que el art. 26 LCU (actual art. 147 TRLC) «no supone ninguna innovación relevante para el consumidor».

Los preceptos señalados son aplicables en la actualidad, únicamente, a servicios sanitarios privados¹⁰, siempre y cuando, además, el prestador del servicio revista la condición de «empresario» (art. 4 en relación con el art. 2 TRLC). Esto implica que las normas del TRLC y, en particular, el art. 148, sólo pueden invocarse cuando se demanda a una entidad hospitalaria o a un facultativo que ejerce la medicina de manera independiente y no como asalariado¹¹.

En cualquier caso, lo cierto es que ni los arts. 147 y 148 TRLC ni sus antecedentes en la LCU han gozado de gran aplicación en la práctica en relación con los daños sufridos en la prestación de un servicio. La doctrina señala que ello se debe, además de a las dificultades para delimitar el concepto de «servicio»¹² y las «incertidumbres»¹³ que plantean tales preceptos, a que la reclamación a su amparo ofrece «dudosos beneficios»¹⁴.

Sin embargo cabe preguntarse si, también en el campo de la responsabilidad médica, la invocación de dichas normas ofrece escasos beneficios. Téngase en cuenta que en este campo la juris-

¹⁰ Como se sabe, tras la Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa y la modificación del art. 9.4 LOPJ por la LO 6/98, la jurisdicción competente para resolver sobre daños causados en instituciones sanitarias públicas es la contencioso administrativa y la responsabilidad de las mismas se rige por la LRJSP (Ley 40/2015). Ha de advertirse, no obstante, que muchas de las sentencias que han aplicado el art. 28 a servicios sanitarios lo han hecho en relación con la sanidad pública, lo cual se debe, como es fácil colegir, a la fecha de producción de los hechos enjuiciados.

¹¹ A efectos del TRLC se considera como «empresario», *ex art. 4*, a «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su *actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*».

Es decir, la actividad profesional queda incluida dentro de la noción de actividad empresarial cuando se desarrolla al margen de una relación laboral. El empresario puede ser persona física o jurídica, empresario individual o colectivo (BERCOVITZ, «Comentario al art. 4», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2.ª ed., Navarra, 2015, pp. 71, 72) por lo que también tiene la consideración de empresario *ex art. 4* TRLC por consiguiente, el médico, como profesional liberal, siempre que no desarrolle su labor como asalariado. En sentido similar PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., p. 2079, quien considera que entran dentro del concepto de prestador de servicios los profesionales aunque no asuman formas jurídicas mercantiles y concluye que «el profesional y el empresario individual serán responsables a título personal de los daños que se deriven de la prestación del servicio en los términos establecidos en los arts. 147 y 148 TRLC».

¹² Sobre el concepto de servicio, PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., pp. 2075 y ss.; GONZÁLEZ MORÁN, «La responsabilidad del prestador de servicios», cit., pp. 1476 y ss.

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 1907, 1908, advierte, en particular, sobre la dificultad que entraña delimitar el ámbito objetivo de aplicación del art. 148.

¹⁴ PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...» cit., p. 2070.

prudencia viene exigiendo la prueba de la culpa o negligencia médica¹⁵, no admitiéndose, como regla general, la inversión de la carga de la prueba aceptada en otros ámbitos de la responsabilidad extracontractual¹⁶. De ahí que pueda pensarse que el art. 147 TRLC, así como su precedente en la LCU, presenta ciertas ventajas respecto de la aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual¹⁷. Y parece claro que el criterio objetivo de imputación de responsabilidad establecido en el art. 148 TRLC para los daños derivados de servicios médicos mejora la situación de la víctima respecto de la aplicación de las reglas generales. De hecho es quizás en el ámbito de los servicios sanitarios dónde mayor juego ha tenido el art. 28 LCU, aunque ciertamente, tampoco puede decirse, como luego se verá, que haya sido una norma de general aplicación.

Comencemos por el art. 147 TRLC. Basozábal ha señalado recientemente que dicho precepto parece estar relacionado con la idea de «responsabilidad de la empresa», en el sentido en que la misma se expresa en el art. 4:202 PETL¹⁸. Este último artículo hace responder a quien desarrolla una actividad empresarial o profesional de todo daño causado «por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible». Así entendido el art. 147 TRLC, permitiría exigir responsabilidad, por culpa presumida, al titular de la «empresa» de servicios médicos por todo daño causado

¹⁵ Como señala ASÚA, «Responsabilidad civil médica», en REGLERO/BUSTO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, 358, el juicio «diligencia-negligencia» resulta ser el elemento central en los procesos de responsabilidad médica.

¹⁶ Por todos, LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 128, 145, 146; DÍAZ REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, p. 117. También, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2003, pp. 50, 65, 66; GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed. Navarra, 2016, pp. 175-176.

¹⁷ Aunque la asistencia médica privada presupone habitualmente la existencia de un contrato (entre médico y paciente; institución médica u hospitalaria y paciente o entre compañía aseguradora y paciente) y la víctima podría, por tanto, reclamar con base en las reglas de responsabilidad contractual, lo cierto es que en la práctica la mayoría de las demandas se plantean como casos de responsabilidad extracontractual. En cualquier caso, los preceptos que comentamos (los originales de la LCU y los actuales del TRLC) en tanto se limitan a establecer, como se ha dicho antes, criterios de imputación de responsabilidad, pueden utilizarse, a mi parecer, tanto si se ejercitan acciones de responsabilidad contractual como extracontractual. En este sentido, respecto de la LCU, BERCOVITZ, «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 244; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, ob. cit., p. 203. Esta es la postura también de la jurisprudencia. Entre las más recientes, la STS 21 mayo 2014 (RJ 2014/3871), dice, en su FJ 3.º, que la LCU «se refiere tanto a la indemnización de daños contractuales como de los extracontractuales... sin establecer un régimen propio respecto a las acciones que el perjudicado tiene para hacer efectivo su derecho».

¹⁸ BASOZÁBAL, ob. cit., pp. 47-49.

dentro de su esfera de actividades¹⁹, es decir, por todos los daños que puedan considerarse derivados de hechos o circunstancias que se encuentran dentro de su ámbito de control²⁰. Ahora bien, aunque ésta es una explicación razonable de la regla contenida en el citado precepto –probablemente la que mejor lo explica–, lo cierto es que no coloca a la víctima en mucha mejor posición que la que tendría si apoyara su pretensión en el art. 1903.4 C.C.

Este último precepto hace responder al titular de una empresa por los hechos dañosos *de sus dependientes*, en tanto aquél no demuestre que empleó la diligencia debida para prevenir el daño (1903 in fine)²¹. A priori, parece que el art. 147 TRLC ofrece frente a este precepto cierta ventaja, pues, conforme a lo indicado con anterioridad, no sería necesario demostrar que el daño es consecuencia del comportamiento negligente de un empleado del titular de la actividad, sino que basta con demostrar que el daño entra dentro del ámbito de control del prestador del servicio. Sin embargo, es sabido que la jurisprudencia ha «flexibilizado» la aplicación del art. 1903.4, de un lado ampliando notablemente la noción de «dependencia» y, de otro, considerando innecesario identificar al concreto dependiente cuyo comportamiento culposo ha causado el daño. Se llega así a responsabilizar directamente a la empresa por los posibles «defectos de organización»²², y muchos de estos casos son ejemplos, precisamente, de responsabilidad médica, en los que

¹⁹ Hay que advertir que el art. 4:202 PETL exige que el daño sea consecuencia de un «defecto» de la empresa o de lo que produce, defecto cuya prueba correspondería al demandante. El art. 147 TRLC sin embargo, omite toda referencia a la noción de «defecto», que, sin embargo, como luego se verá, sí se encuentra implícita en el art. 148 TRLC.

²⁰ Recientemente el TS ha aplicado el art. 147 TRLC a un supuesto de daños sufridos por una persona en una discoteca al pisar un cristal roto existente en el suelo (STS 18-3-2016). Esta Sentencia señala que, como regla, la prueba de la culpa le corresponde a la víctima (art. 217.2 LEC), si bien no será así cuando lo exijan los principios de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) o exista una norma que imponga la inversión de la carga de la prueba, cosa que sucede en el caso enjuiciado a la vista del art. 147 TRLC. Así, teniendo en cuenta que la actividad desarrollada por la empresa demandada genera ciertos riesgos superiores a los normales (como el derivado de la utilización de vasos de cristal) que debe reducir mediante medidas dirigidas al efecto, la aplicación del art. 147 TRLC determina que corresponda al demandado la carga de probar que adoptó tales medidas, esto es, la falta de culpa por su parte.

²¹ Es sabido, no obstante, que al no admitirse en la práctica por nuestros Tribunales la prueba de la diligencia, la responsabilidad del empresario funciona «de facto» como objetiva (Por todos, BELUCHE, «La responsabilidad del empresario por daños causados por sus dependientes», en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017 p. 363) Por otra parte, es también conocido que un sector de la doctrina, a la vista de la inconsistencia entre el art. 1903 y el 1904 C.c, interpreta que los supuestos del art. 1903 contemplan una *responsabilidad vicaria*, esto es, una responsabilidad *objetiva* por el comportamiento culposo de la persona de quien se ha de responder (BELUCHE, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, cit., p. 321).

²² Vid. ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 209 y ss.; 215 y ss.; BARCELÓ DOMENECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 306.

el TS acude al expediente del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» para imputar responsabilidad al titular del centro sanitario en que se llevó a cabo el tratamiento o intervención²³. Desde esta perspectiva, parece claro que quién sufre un daño en la utilización de un servicio médico no ve sustancialmente mejorada su situación por el hecho de apoyar su pretensión frente al empresario en el art. 147 TRLC.

Por otra parte, un problema añadido que presenta el citado precepto es que, de acuerdo con lo indicado, permitiría presumir la culpa del prestador de servicios cuando se producen daños que entran *dentro de su ámbito de control*. Sin embargo, la existencia de elementos aleatorios en toda actividad médica determina que muchas consecuencias de la misma escapen al control del médico o entidad hospitalaria en cuyo caso sólo podrá reclamarse responsabilidad si el daño producido se debe, en el caso concreto, a una negligencia médica (a ello nos referimos más adelante, infra ep. 2.2).

¿Quid del art. 148 TRLC? Esta norma sí ha gozado de cierta aplicación en el ámbito de los servicios médicos pero la doctrina suele observar que, superada la inicial reticencia de la jurisprudencia a aplicar el art. 28 LCU a los servicios sanitarios²⁴, dicho precepto ha sido invocado, por lo general, «a mayor abundamiento», como argumento concurrente con el art. 1902 o 1903.4 C.c., o haciendo presente de algún modo la existencia de culpa²⁵. De hecho hay quien dice que no es probable la condena *ex art. 28 LCU* (ahora 148 TRLC) si no existe la posibilidad de advertir una conducta negligente²⁶.

²³ Entre otras, SSTS 12 julio 1988 (RJ 1988/5991); 30 enero 1990 (RJ 1990/74); 27 enero 1997 (RJ 1997/21); 10 diciembre 1997 (RJ 1997/8775). De especial interés es la STS de 9 junio 1998 (RJ 1998/3717) que afirma que el art. 1903 C.c. «no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable o dependiente», culposo o negligente, y añade que «la jurisprudencia de esa Sala tiene declarado que la responsabilidad del art. 1903.4 C.c. con referencia a entidades gestoras o titulares de hospitales es directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación personal y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos...».

²⁴ Recordemos que la conocida –y criticada– STS de 22 de julio de 1994 (RJ 1997/5523) rechazó la aplicación del art. 28.2 LCU a un supuesto en que el demandante quedó tetrapléjico tras ser tratado de un infarto, empleando el peregrino argumento de que dicha norma tenía carácter fundamentalmente administrativo.

²⁵ Así, por ejemplo, en las SSTS 1 julio 1997 (RJ 1997/5471); 21 julio 1997 (RJ 1997/5523); 18 junio 1998 (RJ 1998/5290); 9 marzo 1999 (RJ 1999/1368); 31 enero 2003 (RJ 2003/646); 7 octubre 2004 (RJ 2004/6229); 20 julio 2009 (RJ 2009/3161); 24 mayo 2012 (RJ 2012/6539).

En relación con ello *vid.* DÍAZ-REGAÑÓN, ob. cit., p. 119; ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica» cit., pp. 413 y ss.; 418; GARCÍA GARNICA, «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015, p. 377.

²⁶ DÍAZ-REGAÑÓN, ob. cit., p. 110.

Pero, si esto es así, ¿qué sentido tiene aplicar dicha norma –cuya utilidad reside precisamente en la posibilidad para la víctima de eludir de la prueba de la negligencia médica– en supuestos de responsabilidad sanitaria?

En realidad, si se tiene en cuenta que la propia naturaleza de la actividad médica dificulta que el facultativo pueda garantizar al paciente, no sólo su curación, sino también la no producción de secuelas u efectos secundarios, resulta comprensible que los tribunales tiendan a rechazar la imputación de responsabilidad prescindiendo de la existencia de algún tipo de culpa o negligencia. Dada la amplia noción de «daño» que rige en nuestro ordenamiento, la utilización de un criterio objetivo de imputación de responsabilidad podría llevar a hacer responsable al médico o centro hospitalario de cualquier consecuencia indeseable de su actividad, incluso aunque fuese materialización de un riesgo inherente al tratamiento, imposible de evitar empleando la máxima diligencia. Ello explica que en el ámbito de la sanidad pública, en el que la administración ha de responder en principio tanto por los daños ocasionados por el funcionamiento anormal como *normal* de los servicios públicos (arts. 32 LRJSP y ss.), se haya buscado limitar la responsabilidad de la administración recurriendo a la relación de causalidad o exigiendo que el daño sufrido por el demandante pueda calificarse como antijurídico²⁷.

Ahora bien, ese riesgo de inusitada expansión de la responsabilidad médica podría eludirse haciendo una adecuada interpretación del art. 148 TRLC que permita delimitar los supuestos en que cabe imputar, con base en dicho precepto, responsabilidad al margen de la culpa. Y ello pasa, como ahora se verá, por basar su aplicación en la noción de «servicio defectuoso», que es el eje con base al cual podemos determinar el «fin de protección de la norma»²⁸.

²⁷ Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 393 y ss., quien, tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia, concluye diciendo que en la práctica se llega a imputar responsabilidad a la administración sanitaria sólo en casos de funcionamiento *anormal*; también GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 393 y ss.

Respecto de dicha situación cabe recordar que autorizada doctrina ha criticado que la Administración deba responder objetivamente tanto en los casos de funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos, poniendo de manifiesto lo poco razonable (y económicamente insostenible) que resulta que las Administraciones públicas, y en particular la Administración sanitaria, deba responder por los daños fortuitos que sean realización de riesgos propios de las actividades que realicen, aun no tratándose de actividades especialmente peligrosas. PANTALEÓN, «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ/Ministerio de Consumo, Madrid, 1995 pp. 183 y ss.; «Cómo repensar la responsabilidad extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 205 y ss.

²⁸ Recordemos que en el ámbito de la responsabilidad objetiva, si bien el demandante no debe probar la culpa del demandado, es necesario delimitar el fin de protec-

2. EL ART. 148 TRLC Y LA NOCIÓN DE «SERVICIO DEFECTUOSO»

Analicemos, en primer lugar, qué justificación puede haber para establecer un régimen de responsabilidad objetiva para los servicios mencionados en el art. 148 TRLC y, particularmente, para los servicios médicos.

Se ha dicho que lo decisivo para justificar la imposición de responsabilidad al margen de la culpa es que *se lleven a cabo actividades que supongan un riesgo extraordinario para otros*, por la gravedad o frecuencia de los daños que podrían causar, y *que éstos no se puedan evitar con una conducta diligente*²⁹. Los supuestos contemplados en el art. 148 TRLC no responden, sin embargo a esta lógica.

Concretamente en el caso de los servicios médicos, si bien la actividad sanitaria conlleva riesgos que no pueden ser evitados aun empleando toda la diligencia posible (a ello nos referimos infra, epígrafe 2.2), tal actividad *no puede considerarse como una fuente de peligros para la sociedad*³⁰. Antes bien, es una actividad beneficiosa y eminentemente necesaria. De hecho, mientras que en las actividades peligrosas (v. gr. explotación energía nuclear) resulta razonable que sea el titular de dicha actividad quien asuma los riesgos ordinarios de la misma, cuando se trata de servicios médicos *no parece sensato imputar tales riesgos* (v. gr. posibles complicaciones, efectos secundarios, etc. de un tratamiento médico o intervención) *a la empresa o centro hospitalario y, menos aún, a los médicos individualmente considerados*.

¿Qué puede justificar, entonces, que se impute responsabilidad al prestador de servicios sanitarios de manera objetiva y al margen de la culpa? La responsabilidad objetiva establecida en el art. 148 TRLC no parece responder, en efecto, a que se trate de servicios o actividades anormalmente peligrosas. La *ratio* del precepto parece, por el contrario, estar relacionada con el hecho de que en deter-

ción de la norma, es decir, hay que comprobar que el daño producido es realización de la amenaza de daño a la que la ley ha querido ligar este tipo de responsabilidad. Sobre ello BASOZÁBAL, «Elementos sustantivos de la protección» –apartados 2.4 a 2.10–, en *Daños*, cit., pp. 271, 272. Más profundamente en «Responsabilidad extracontractual objetiva...» cit., pp. 84 y ss.

²⁹ Así lo indica BASOZÁBAL, «Responsabilidad extracontractual objetiva...» cit., p. 71, tras analizar (en pp. 55 y ss.) los argumentos habitualmente utilizados para justificar la imposición de responsabilidad objetiva.

³⁰ Como señala GALÁN CORTÉS, p. 177, el médico «no crea riesgos», aunque hay que reconocer «la existencia de riesgos inherentes a ciertos actos terapéuticos que se efectúan con la finalidad de intentar curar al paciente o cuando menos paliar los efectos adversos de su enfermedad».

minados tipos de servicios el usuario puede esperar un cierto grado de seguridad, una cierta «garantía» de que, como consecuencia de su utilización, no va a sufrir daños ni en su persona ni en sus bienes. Así se desprende de la cláusula general contenida en el párrafo primero del art. 148, que alude a los servicios que incluyen «necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad». Y así se deduce, igualmente, del origen del citado precepto, pues conviene no olvidar que el citado art. 148 es un trasunto del art. 28 LCU y este se refería tanto a productos como a servicios³¹ (aunque tras la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos quedara, como se sabe, restringido su ámbito de aplicación a los servicios). Por consiguiente hay que entender que la misma razón que justificaba la responsabilidad objetiva prevista en el art. 28 LCU para los daños causados por ciertos productos –la falta de la seguridad exigible atendiendo a la naturaleza del producto–, justificaba, y justifica, el carácter objetivo de la responsabilidad en caso de daños provocados en la utilización de ciertos servicios.

En definitiva, la idea central en torno a la cual gira el art. 148 TRLC –y en torno a la cual debería ser aplicado por nuestros Tribunales– es la noción de «defecto». Y aunque no haya una definición legal de «servicio defectuoso», me parece que el concepto de defecto, que se identifica con la *falta de seguridad que legítimamente cabe esperar* (cfr. art. 137 TRLC) es perfectamente trasladable a los servicios³². Es decir, puede entenderse que un servicio es defectuoso cuando no cumple con las condiciones y niveles de seguridad que legítimamente pueden esperarse del mismo. Desde este punto de vista, como apunta PASQUAU, el hecho constitutivo de la responsabilidad será la producción de *un daño* que deba ser calificado como «inesperado» en función de la naturaleza del servicio, su apariencia, las informaciones dadas por el empresario y el

³¹ De hecho, con anterioridad al TRLC la doctrina dominante, al interpretar el art. 28 LCU, consideraba que el precepto presuponía el carácter «defectuoso» del producto o servicio, derivado de su falta de seguridad, pero se limitaba a indicarlo sin desarrollar la noción de «defecto», en especial por lo que respecta a los servicios. Por todos, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad civil por bienes y servicios...», cit., p. 207.

³² PARRA LUCÁN «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...», cit., pp. 2068, 2069, 2076, observa, en este sentido, que el hecho de que el TRLC se refiera ahora, en la rúbrica del título III, a la responsabilidad «por bienes o servicios defectuosos» apunta a una equiparación entre ambos regímenes. En consonancia con ello, señala que los servicios que quedarían incluidos en los arts. 147 y 148 son aquellos que pueden producir daños a la integridad de las personas, su salud o seguridad, pero no aquellos que no pueden afectar a la seguridad personal (v. gr. asesoría financiera). En mi opinión, esta afirmación tiene todo su sentido en relación con el art. 148 TRLC, que, como se ha dicho en el texto, incorpora un criterio objetivo de imputación de responsabilidad aplicable a las empresas que ofrecen «servicios inseguros», pero no respecto del art. 147.

comportamiento de la víctima, en cuyo caso debe responder el empresario salvo que pruebe alguna causa de exoneración³³. Ahora bien, ¿cuándo cabe calificar un daño como «inesperado»? Parece evidente que para concretarlo ha de tenerse presente las expectativas del normal usuario del servicio, de manera que deberá considerarse como tal aquel daño que la víctima no ha normalmente representado como posible consecuencia de la utilización del mismo. Es decir, en palabras de PASQUAU, el daño deberá ser considerado como inesperado cuando «no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio»³⁴.

Pues bien, teniendo en cuenta estas ideas, para delimitar cuál es el ámbito de riesgos que asume ordinariamente el usuario de un servicio médico y concretar cuándo dicho servicio puede considerarse como «defectuoso» a efectos del repetido art. 148 TRLC, conviene que nos detengamos en las características de la actividad médica.

2.1 LA ACTIVIDAD MÉDICA Y SUS PECULIARIDADES

El ejercicio de la medicina conlleva un elemento aleatorio inevitable. Los tratamientos o intervenciones aceptados por la ciencia médica para tratar o curar ciertas dolencias o enfermedades no siempre dan resultado positivo ya que en muchos casos interviene la genética o la predisposición del paciente como factor determinante en el desarrollo de la enfermedad. Tampoco los tratamientos médicos son siempre totalmente inofensivos pues, aun cuando mejoren sustancialmente (o incluso eliminen) la enfermedad o dolencia del paciente, es posible que provoquen efectos secundarios o daños colaterales de mayor o menor entidad. Puede decirse por ello que cualquier tratamiento médico implica riesgos o consecuencias *que no pueden ser evitadas aun empleando toda la diligencia exigible conforme a la «lex artis»*³⁵. Esas consecuencias negativas o dañosas han de ser, eso sí, bien de escasa entidad en comparación con la patología o enfermedad a cuya curación se dirige, o bien, si presentan especial gravedad, de infrecuente aparición, ya que no tendría sentido que la ciencia médica aceptara

³³ PASQUAU LIAÑO, M., «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015, p. 106.

³⁴ PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107.

³⁵ GALÁN CORTES, ob. cit., p. 143, señala, en este sentido, que la práctica totalidad de las intervenciones médicas «entrañan riesgos ajenos a la inevitabilidad humana, pese a la máxima diligencia que pueda poner el profesional médico interviniente en las mismas».

como «indicados» –y con independencia de la finalidad terapéutica o meramente satisfactiva– tratamientos o intervenciones que conllevan más grado de riesgo que posible beneficio para el paciente³⁶.

La aleatoriedad implícita, en mayor o menor medida, en cualquier actividad médica justifica que tradicionalmente se haya afirmado que la obligación asumida por el médico es una obligación de medios o de actividad³⁷ –afirmación que, aunque utilizada indiscriminadamente por la jurisprudencia, debería restringirse al ámbito de la responsabilidad contractual³⁸– o que para imputar responsabilidad al facultativo (tanto en el ámbito contractual como extracontractual³⁹) sea necesario demostrar que el daño padecido

³⁶ Hay casos, no obstante, en que puede ser admisible acudir a tratamientos que tienen un grado de riesgo superior al posible beneficio. Es lo que puede ocurrir en caso de enfermos de pronóstico muy grave, o prácticamente desahuciados, que han agotado todos los posibles tratamientos al uso y se someten a un tratamiento experimental como último recurso.

³⁷ Sobre la tradicional configuración de la obligación del médico como una obligación de «medios», *vid.* ASÚA, *ob. cit.*, pp. 361 y ss.; GALÁN CORTES, *ob. cit.*, pp. 135 y ss. Incide en la influencia del factor aleatorio como determinante de la consideración de esta obligación como de «medios» SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998, pp. 113 y ss.

Conviene señalar que tras la publicación del DCFR, –que en el apartado C del libro IV incluye dentro de los tipos de contratos de servicios algunos habitualmente considerados como de «obra» y define el contrato de servicios como aquél que genera una *obligación de hacer dirigida a la consecución de un resultado*– un sector de la doctrina rechaza la distinción obligación medios/resultado que, según se dice, ha sido eliminada en el texto europeo, y sostiene que en todo contrato de servicios, salvo pacto en contrario, el prestador se obliga a obtener un resultado (*vid.* por ej. BARRÓN ARNICHES, «Comentario a los arts. IV. C: 2:105 y 2:106», en *Derecho contractual europeo, Libros II y IV del MCR*, Barcelona, 2012; pp. 1174, 1181, 1184; VAQUER, «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, pp. 443-445; «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Granada, 2012, pp. 4, 8, 15). Sin embargo, y aunque la cuestión excede de este trabajo, hay que advertir que en el DCFR la obligación que pesa sobre el prestador del servicio es, como regla, de actividad –debe ejecutar el servicio con «competencia y cuidado»– (cfr. art. IV. C: 2:105). El prestador sólo está obligado a obtener un resultado cuando éste ha sido requerido por el cliente (*rectius* «declarado o previsto») y cuando, no habiéndolo hecho así, el acreedor puede *razonablemente* esperarlo (art. IV. C: 2:106). Evidentemente, que el acreedor pueda «razonablemente» esperar que el deudor obtenga con su actividad un concreto resultado material depende de la naturaleza del servicio de que se trate. De ahí que, cuando se regula el contrato de tratamiento médico (arts. IV. C: 8:101 y ss.), se establezca que la obligación del prestador del servicio es, como regla general, una *obligación de competencia y cuidado* («Skill and care»). Es decir, el médico en principio compromete sólo una actividad, que ha de desarrollarse con la diligencia propia del profesional «razonablemente competente» (Comentario A, art. IV. C: 8:101, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, DCFR*, vol. 2, Munich 2009, p. 1951). Una atinada interpretación del DCFR, en lo relativo al contenido de la obligación asumida por el prestador del servicio, en CRESPO MORA, «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» *InDret* 2/2013, pp. 18 y ss.

³⁸ *Vid.* en este sentido LUNA YERGA, *ob. cit.*, p. 93.

³⁹ La doctrina pone de relieve la identidad de tratamiento que, en el ámbito de la responsabilidad médica, se da a la culpa en el plano de la responsabilidad contractual y extracontractual (ASÚA, *ob. cit.*, p. 360) que lleva a que «se difuminen los contornos entre responsabilidad contractual y extracontractual» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *ob. cit.*, p. 67).

por la víctima es consecuencia del comportamiento negligente del demandado.

Así las cosas, si en el curso de un tratamiento o intervención médica o como consecuencia del mismo se materializan algunos de los riesgos típicamente ligados a esa actividad médica concreta, sería injusto, además de poco sensato, hacer responder al médico del resultado «dañoso» producido.

Parece evidente que, tratándose de medicina terapéutica, uno de los *riesgos típicamente ligados a la misma y asumido por todos* es la posibilidad de que *el tratamiento no surta el efecto curativo pretendido* –y ello con independencia de que el mayor o menor riesgo de «no curación» dependa habitualmente de la naturaleza de la enfermedad, el estado de desarrollo en que se encuentre, y la mayor o menor eficacia, que, de acuerdo con la ciencia médica, quepa atribuir al tratamiento médicamente indicado⁴⁰–. De ahí que el paciente no pueda exigir al médico o centro hospitalario la reparación del «daño» consistente en su no curación.

Por lo que respecta a la *posibilidad de sufrir lesiones, secuelas o daños colaterales* –que pueden darse incluso en el supuesto de sanación de la enfermedad objeto de tratamiento–, aquí lo fundamental es que se haya informado adecuadamente al paciente de cuáles son los riesgos del tratamiento o intervención a fin de que pueda valorar si se somete o no a la misma. Porque, *si conociendo los posibles riesgos, el paciente acepta la intervención, debe entenderse que los asume*, y, por consiguiente, nada podrá reclamar a los facultativos que le hayan asistido si tales riesgos –bajo el supuesto de que no pueden ser evitados aun empleando la máxima diligencia– llegan a materializarse. A menos, como es lógico, que su realización sea consecuencia, no de un factor aleatorio, sino del comportamiento culposo o negligente de los médicos en cuestión, lo cual deberá ser objeto de prueba.

Tratándose de medicina voluntaria o satisfactiva, no parece, en cambio, que pueda considerarse como riesgo inherente y «socialmente aceptado» el de no consecución del resultado a que se dirige la intervención. No tiene sentido, por ejemplo, someterse a una operación de aumento de mamas si no se espera conseguir el deseado incremento de volumen, ni someterse a una operación dirigida a corregir el puente de la nariz si no se garantiza por el médico la eliminación del mismo. Cuestión distinta es que el paciente no pueda esperar, ni el médico garantizar, que no se produzca ningún

⁴⁰ Así, mientras que hay enfermedades cuyo tratamiento ofrece gran probabilidad de curación, hay casos en que la probabilidad es menor. Del mismo modo, la eficacia del tratamiento puede variar según el estadio en que se encuentre la enfermedad (v. gr. tumor localizado incipiente o metástasis).

efecto secundario, secuela o posible complicación (v. gr. dolores postoperatorios, cicatrices que tardan en desaparecer, etc.) como resultado de la operación. De ahí que me parezcan poco acertadas las afirmaciones vertidas últimamente por el TS en relación con la medicina voluntaria. Aunque la cuestión merece un estudio detenido que excede del objeto de este trabajo, me parece en exceso simplista afirmar que «los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido», y que sólo cabe entenderlo así en casos excepcionales en que ha habido un aseguramiento específico del resultado por parte del médico⁴¹. Si bien parece evidente que el médico no puede garantizar que no van a producirse ningún tipo de consecuencias *aleatorias* dañosas o lesivas como consecuencia del tratamiento, de ahí no cabe deducir que no se garantice en la práctica, expresa o, por lo general, *tácitamente*, la consecución del resultado a que se dirige la intervención. Y esto, que puede ser indiferente en el plano de la respon-

⁴¹ Vid. SSTS 22-11-2007 (RJ 2007/8651); 20-11-2009 (RJ 2010/138); 27-9-2010 (RJ 2010/5155); 28-6-2013 (RJ 2013/4986), que afirman que la distinción entre obligación de medios y de resultados «no es posible en el ejercicio de la actividad médica salvo que el resultado se pacte o se garantice».

Con base en estas sentencias, SEIJAS (ponente en casi todas ellas) llega a afirmar que «la responsabilidad del profesional médico es exclusivamente de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto» («Responsabilidad médica: nueva visión del TS ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados», en *Derecho de Daños*, coord. por Herrador Guardia, 2011, p. 299).

He de advertir que en los casos resueltos en las sentencias mencionadas (en las que se había obtenido el resultado pretendido pero se solicitaba indemnización por secuelas supuestamente consecuencia de las intervenciones realizadas) existían razones para no declarar la responsabilidad de los demandados. En unos casos porque no se probó el daño cuya indemnización se reclamaba (secuelas de una operación de cirugía estética en la STS 20-11-2007); en otros porque no hubo prueba la relación de causalidad (ictus a consecuencia de tratamiento de fertilidad en la STS 20-11-2009; antiestética cicatriz producida por una infección de origen indeterminado posterior a una abdominoplastia en la STS 27-9-2010) En la STS de 28-6-2013, el resultado obtenido por las operaciones de mamoplastia y abdominoplastia a que se sometió la demandante fue «óptimo» según los peritos, siendo inevitable la existencia de cicatrices (por las que se reclamaba indemnización) de cuya posible aparición había sido informada la demandante.

Lo criticable en estas sentencias no es el sentido del fallo, sino, en mi opinión, la argumentación jurídica empleada para justificarlo, que realiza afirmaciones que no pueden mantenerse sin matización y, concretamente, sin distinguir entre el resultado inmediatamente perseguido con la intervención y la aparición de posibles complicaciones o efectos secundarios.

Criticable me parece igualmente la STS 7-5-2014 (RJ 2014/2477) que, tras reiterar la doctrina de las sentencias anteriores sobre la imposibilidad del médico de garantizar un resultado, concluye, sin embargo, incurriendo en clara contradicción, que en el caso concreto «los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas... no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad». Y lo mismo cabe decir de la STS 19-7-2013 (RJ 2013/5004) que, en un caso de reconstrucción mamaria mal realizada, tras repetir las afirmaciones de las sentencias anteriores, confirma sin embargo la condena de la clínica demandada con base en que la sentencia recurrida –dice– no había responsabilizado a aquella «por el resultado no alcanzado», sino porque el inadecuado resultado obtenido constituía un daño desproporcionado.

sabilidad extracontractual, que es donde ahora nos movemos, tiene especial relevancia en el ámbito contractual⁴².

En cualquier caso, volviendo al tema central de este trabajo, conviene tener presente la siguiente idea: la naturaleza de la actividad médica conlleva un cierto grado de aleatoriedad, e implica por ello, ciertos riesgos a los que inevitablemente debe someterse el paciente. Esos riesgos, de distinta frecuencia y entidad según el tipo de tratamiento o intervención, pero *previsibles* conforme al estado de la ciencia médica, son lo que podemos denominar «riesgos inherentes al tratamiento médico»⁴³. Tales riesgos son asumidos por el paciente cuando acepta el tratamiento, siempre y cuando, como es lógico, se le haya informado adecuadamente acerca de su existencia⁴⁴. Por consiguiente, en caso de que finalmente se

⁴² Me parece evidente que en los casos de cirugía estética o, en general, medicina satisfactoria, cualquier cliente medianamente razonable espera la obtención del resultado buscado. De ahí que el hecho de que el facultativo *no informe de la posibilidad de no consecución del mismo* –al margen de que pueda constituir el incumplimiento del deber de información que les incumbe (arts. 5 y 10 Ley 41/2002)– conlleva implícitamente la garantía de ese resultado. Es decir, en mi opinión la situación es claramente inversa a la descrita por el TS. Al margen de los casos obvios en que el aseguramiento del resultado deriva de la publicidad, lo normal, de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza de este tipo de prestaciones médicas, es que el cliente confíe en la obtención del resultado al que se dirige la intervención *a no ser que tenga alguna razón para pensar lo contrario*. Por eso, si finalmente el resultado no se produce, el médico incurrirá en responsabilidad que será, eso sí, de naturaleza *contractual*. [Utilizo aquí el término responsabilidad contractual en sentido amplio, pues en la hipótesis antedicha podrían entrar en juego los remedios propios del incumplimiento pero no, necesariamente, el indemnizatorio. *Vid.* DE VERDA y BEAMONTE, «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la Jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *RDPatr.* enero-abril, 2015, pp. 94 y ss., que advierte sobre la necesidad de diferenciar entre el *juicio de incumplimiento* y el *juicio de responsabilidad*].

En relación con lo dicho cabe traer a colación la regulación propuesta en el DCFR (IV. C). Si bien, como ya se dijo, en el texto europeo el prestador de un servicio médico asume, como regla, solamente una obligación de «competencia y cuidado» («skill and care» –art. 8:104–) el art. IV.C2:106, que se refiere a las obligaciones de conseguir un resultado, considera que se está ante este tipo de obligación, además de cuando el cliente lo previó o declaró, cuando éste pueda razonablemente esperar la consecución del resultado y *no tenga razón para creer que hay riesgo de que el mismo no se produzca*. Y a tal efecto son de especial relevancia las obligaciones de información del prestador del servicio, entre las que destaca la obligación de informar del riesgo de que no pueda obtenerse el resultado declarado o esperado por el cliente (art. IV.C2:102, 1 a).

⁴³ Es decir, son riesgos inherentes al tratamiento aquellos ordinariamente previsibles –*con independencia de su mayor o menor probabilidad estadística*– que no pueden ser eliminados incluso aunque se actúe de manera diligente.

Conviene no confundir la previsibilidad del daño con su frecuencia estadística, como a veces ocurre, ya que el hecho de que cierta consecuencia o efecto secundario sea de infrecuente aparición de acuerdo con los datos estadísticos disponibles no significa, en modo alguno, que sea imprevisible. De interés al respecto es la STS 30 junio 2009 (RJ 2009/4323), que, en relación con la responsabilidad del cirujano por defectuosa información, casa la sentencia recurrida (que lo había absuelto) afirmando que «al considerar imprevisible una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5%», el tribunal sentenciador confundió «frecuencia con previsibilidad». También la STSJ Navarra 27 de octubre 2001 (RJ 2002/1079).

⁴⁴ Si el facultativo no ha informado al paciente de los riesgos inherentes al tratamiento, aunque éstos sean inevitables conforme a la «lex artis» y el estado de la ciencia, no puede trasladarlos a este último, por lo que, «a priori», habría que concluir que incurrirá en respon-

materialicen en un daño concreto no cabe imputar responsabilidad al prestador del servicio médico, a menos, obviamente, que el daño sea consecuencia de un comportamiento negligente. Ahora bien, cuando el daño sufrido por el paciente no se corresponde con ninguno de los riesgos inherentes al tratamiento ¿quién debe cargar con dicho daño? *A priori* cabe pensar que cuando el daño sufrido por el paciente sea consecuencia de una negligencia médica será el médico el responsable. Sin embargo, la cuestión es: ¿realmente es necesario demostrar la culpa o negligencia médicas para que el prestador del servicio médico pueda incurrir en responsabilidad en la hipótesis antedicha?. Aquí, justamente, es donde, en mi opinión, entraría en juego el art. 148 TRLC, como veremos a continuación.

2.2 EL CONCEPTO DE SERVICIO MÉDICO «DEFECTUOSO»

Como se ha dicho antes, lo que justifica que el art. 148 TRLC permita imputar responsabilidad *sin culpa* al titular de un servicio, por los daños sufridos por los usuarios, es el carácter defectuoso del servicio, que está ligado a la seguridad que del mismo cabe esperar.

Así, el hecho de que se produzca un resultado que no se corresponde con el nivel de seguridad presupuesto al servicio, o, en otras palabras, el hecho de que se provoque un daño «inesperado», con el que un usuario razonable no habría contado, determinará la responsabilidad del empresario, sin necesidad de demostrar su culpa o negligencia⁴⁵.

La aplicación de esta idea a los servicios sanitarios, lleva a pensar que el régimen de responsabilidad establecido en el art. 148 TRLC ha de entrar en juego en aquellos casos en que el tratamiento recibido *no produce los resultados que pueden considerarse nor-*

sabilidad. El problema en este caso es, no obstante, si basta la materialización del riesgo típico del que no se ha informado para que pueda imputarse responsabilidad al facultativo (así podría pensarse si entendemos que la omisión de la información determina por parte del médico la «asunción» de dicho riesgo) o es necesario además que la omisión de la información haya sido la *causa* del daño (lo que exigiría comprobar si el paciente habría o no aceptado el tratamiento médico o intervención de haber sido informado adecuadamente).

Aunque la cuestión excede del objeto de este trabajo, si bien en el ámbito extracontractual se tiende a mantener la segunda postura (–aunque hay que advertir que son numerosas las sentencias que eluden comprobar la mencionada relación causal– *vid.* ASÚA, ob. cit., pp. 378 y ss.–) probablemente desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, y en la medida que todo contrato conlleva una distribución de riesgos asumida por las partes contratantes, la solución sería la primera.

⁴⁵ Como señala PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107, se imputan al empresario todos los riesgos que, según el caso concreto, la víctima no ha normalmente representado como propios al tomar la decisión de utilizar el servicio. Se trata de que, haya habido o no culpa del empresario, éste responde de todo daño que no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio.

males o provoca un *resultado anómalo*⁴⁶. Y esto es lo que ocurre cuando el resultado dañoso producido no se corresponde con el previsible o esperable de acuerdo con los parámetros habituales, es decir, cuando no supone la realización de alguno de los riesgos propios del tratamiento médico, riesgos de los que se ha debido informar debidamente al paciente.

Por consiguiente, cuando la actividad médica produce un resultado lesivo *que no constituye la materialización de un riesgo inherente al tratamiento* —esto es, se trata de un resultado «anómalo», distinto de los que ordinariamente puede producir el tratamiento o intervención— se está ante un servicio «defectuoso», que permite imputar responsabilidad al margen de la culpa⁴⁷, de acuerdo con lo establecido en el art. 148 TRLC. Veamos a continuación en qué hipótesis cabe apreciar tal situación.

A) Daño desproporcionado

En primer lugar hay que reconocer que la situación planteada recuerda en cierta medida a la que suele tomarse en consideración para aplicar la doctrina del «daño desproporcionado». Esta doctrina, cuya primera manifestación en la jurisprudencia suele situarse en la STS 2 diciembre 1996 (RJ 1996/8938)⁴⁸ —y que el TS ha identificado con frecuencia con la regla «res ipsa loquitur», la

⁴⁶ La idea no es nueva. Ya la apuntaba BERCOVITZ, en su Comentario a la STS 22-7-1994 y, posteriormente, a la de 1 julio 1997. Indicaba este autor que, si bien la responsabilidad objetiva en el ámbito médico no puede garantizar a los enfermos su curación, sí les permite exigir «que el tratamiento que reciben produzca los resultados hoy en día *normales*, esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica» (CCJC, 37, pp. 155, 156) de manera que supone una «garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, *no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles*, de acuerdo con la praxis médica existente». (CCJC, 45, p. 1221). En similar sentido, GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito-sanitario», ADC, 1998-4, p. 1764, consideraba aplicable el art. 28 LCU cuando «el tratamiento tiene un resultado completamente *anormal*», bastando con acreditar la relación causa-efecto entre ambos para obtener indemnización a menos que el demandado probara una circunstancia que rompiera la relación causal.

⁴⁷ Aunque hay quien duda de que en el ámbito de la responsabilidad sin culpa se deba responder por el riesgo terapéutico «y en particular, por aquellos riesgos que sean posibles pero infrecuentes en la clase de intervención practicada» (GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 380, 381), me parece que la respuesta ha de ser negativa. La responsabilidad objetiva en este campo sólo está justificada, en mi opinión, cuando el resultado de la actuación médica *no se corresponde con los riesgos previsibles o inherentes al tratamiento* (sean más o menos frecuentes), esto es, con los riesgos propios del tratamiento que no se pueden controlar porque en ellos concurre un cierto grado de aleatoriedad, riesgos que, como regla, y siempre que exista la debida información, asume voluntariamente el paciente.

Si en otro tipo de servicios (v. gr. instalación de gas; transporte; reparación de ascensores...) el ámbito de riesgos que cabe imputar objetivamente al empresario se corresponde con los riesgos en muchos casos fortuitos inherentes a su actividad, en la actividad médica, por sus particulares características, sucede justamente lo contrario.

⁴⁸ En este sentido LUNA YERGA, ob. cit., p. 187; DÍEZ REGAÑÓN, ob. cit., p. 122.

«apariencia de prueba» o «*Anscheinsbeweis*» y la «faute virtuelle»⁴⁹— es un expediente que permite deducir de la «desproporción» del daño producido respecto de lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia⁵⁰, la existencia de culpa o negligencia. Se trata, en suma, de un mecanismo de facilitación de la prueba de la culpa, que conlleva una presunción de negligencia⁵¹. Y, aunque en algún caso se haya cuestionado qué debe entenderse por «desproporción» del daño⁵², del conjunto de sentencias emitidas al respecto se desprende con claridad que tal calificación se asienta en la falta de correspondencia entre el daño producido y las consecuencias previsibles o esperables de la intervención médica, es decir, en la falta de correspondencia entre el resultado dañoso y el riesgo atribuible a la intervención⁵³. En tal caso, señala la jurisprudencia, corresponde al médico ofrecer una

⁴⁹ Así, por ejemplo, en las Sentencias de 9-12-1998 (RJ 1998/9427); 29-6-1999 (RJ1999/4895); 9-12-1999 (RJ 1999/8173); 29-11-2002 (RJ 2002/10404); 31-1-2003 (RJ 2003/646); 1-9-2003 (RJ 2003/6418); 17-11-2004 (RJ 2004/7238)

⁵⁰ En esos términos se pronuncian, por ejemplo, las STS 2-12-1996 (RJ 1996/8938); 29-6-1999 ((RJ 1999/4895); 9-12-1999 (RJ 1999/8173).

⁵¹ Vid. LUNA YERGA, pp. 186 y ss., quien insiste en que dicho instrumento debe encuadrarse dentro de las presunciones judiciales pero no supone una regla dirigida a la inversión de la carga de la prueba. En esta línea, la STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552), que indica que esta figura no constituye un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, sino que supone admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*) en tanto no sean refutados.

ASÚA, ob. cit., p. 373, señala, sin embargo, que en algunas sentencias no se realiza ninguna presunción judicial de culpa sino que simplemente se considera que, al existir un daño desproporcionado, la culpa no es carga probatoria del demandante.

Por su parte VILLANUEVA LUPIÓN, «El alivio de la carga de la prueba del paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid, 2011, pp. 146 y ss., indica que el «daños desproporcionado» es un mecanismo de facilidad probatoria que, si bien funciona *de facto* como una presunción judicial, presenta algunas diferencias con éstas pues el juez no parte de un acto que puede resultar negligente porque según las reglas de la experiencia ocasiona con probabilidad un daño sino que parte de un resultado anómalo que, en virtud de un razonamiento *a contrario* (el demandado no ha podido no actuar culposamente) permite deducir la existencia de culpa.

⁵² DíEZ-PICAZO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual» en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 109, señalaba que no estaba claro si el daño desproporcionado era un daño importante o catastrófico con gran número de víctimas o un daño con una anómala relación con el comportamiento.

⁵³ La STS 7 octubre 2004 (RJ 2004/6229) califica, en este sentido, como daño desproporcionado aquél resultado lesivo que *no guarda relación con el escaso riesgo atribuible a una determinada intervención*. La STS 17 noviembre 2004 (RJ 2004/7238) alude a un evento dañoso de «tal entidad y naturaleza ilógica» que sólo puede deberse a una negligencia. La de 30 de abril de 2007 (RJ 2007/2397) se refiere a «la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida» y la de 23 mayo 2007 (RJ 2007/3273) lo califica como el daño «habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado» en el tipo de acto en cuestión. Más recientemente, algunas sentencias califican como daño desproporcionado «el no previsto ni explicable en la esfera de actuación médica», de lo que cabe deducir que se está haciendo referencia a daños que no son consecuencia previsible de determinada intervención. Así las SSTs 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 2-9-2010 (RJ 2010/7135); 3-7-2013 (RJ 2013/4380).

explicación coherente «del porqué de la disonancia entre el riesgo inicial de la actividad médica y la consecuencia producida»⁵⁴. Tal explicación suele ser que el resultado producido supone la materialización de alguno de los riesgos inherentes al tratamiento⁵⁵, aunque en algún caso la explicación aceptada por los tribunales hace referencia a alguna circunstancia que se considera «imprevisible», como por ej. la aparición súbita de cierta anomalía o enfermedad⁵⁶. La falta de tal explicación, y por consiguiente la inexistencia de una causa específica que justifique el resultado producido permite deducir la existencia de negligencia médica.

⁵⁴ Así lo indican las STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 2-9-2010 (RJ 2010/7135) y 3-7-2013 (RJ 2013/4380). Por su parte, la STS 30-4-2007 (RJ 2007/2397), citada en la nota anterior, en un supuesto en que los recurrentes aducían que se había producido un «daño desproporcionado» advierte que el mismo «no determina por sí mismo responsabilidad» e insiste en que solamente *obliga al médico a dar una explicación coherente del porqué de dicho resultado*. En este caso la explicación era innecesaria porque se entendió que no existía relación causal entre la actividad médica (implante de lente intraocular en un bebé aquejado de cataratas congénitas) y el «daño» (infección ocular padecida dos años después).

⁵⁵ Así ocurre en el caso resuelto por la STS 22 septiembre 2010 (RJ 2010/7135), en el que la paciente, tras una intervención de hernia inguinal y a consecuencia de la anestesia epidural, sufrió un hematoma que le causó la paraplejía de las extremidades inferiores. En este caso, se niega que exista daño desproporcionado y se afirma en la sentencia (aunque posiblemente quepa discutir la exactitud de tal afirmación) que «el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia».

Asimismo, en la STS 30 junio 2009 (RJ2009/4323), el TS niega que la lesión sufrida por la actora (lesión del nervio ciático) en una operación de implantación de prótesis de cadera, tuviera la consideración de «daño desproporcionado», al tratarse de «una complicación previsible» descrita, en la literatura científica, como frecuente en un 3,5 % de los casos.

También cabe mencionar la STS 27-12-2011 (RJ 2012/166). Aunque la demanda inicial se basó en una mala praxis médica y falta de adecuada información sobre los riesgos de la operación de hernia discal, en casación se adujo (además de infracción del art. 28 LCU), infracción de la doctrina del daño desproporcionado. El TS sostuvo que la complicación surgida durante la operación (desgarro de la duramadre) *era* «frecuente y está descrita como probable», por lo que no podía hablarse de daño desproporcionado.

⁵⁶ La STS 19-10-2007 (RJ 2007/7308), considera que la muerte de un menor tras una operación de amigdalectomía no constituye daño desproporcionado porque se debió a un *shock* anafiláctico provocado por la anestesia. El TS parte de la base de que no se hicieron pruebas de alergia porque no eran aconsejables para la salud del menor, y del hecho de que, aún de haberse realizado, no habrían garantizado la inexistencia de posibles reacciones anafilácticas ya que, según el TS, la primera vez que se manifiestan son «imprevisibles e inevitables».

En la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789), una mujer falleció en el parto como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell. El TS considera que el resultado producido en el parto no puede calificarse como «daño desproporcionado» porque la causa de la muerte no fue la actividad médica sino la mencionada enfermedad y el «carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad». La STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en relación con las lesiones cerebrales sufridas por un menor durante el parto, niega que exista «daño desproporcionado». Según dicha sentencia las lesiones del menor se debieron a un desprendimiento de la placenta que tuvo lugar al tiempo de practicarla o en un momento inmediatamente anterior. El posible desprendimiento de la placenta no se pudo apreciarse en las pruebas realizadas a la paciente por lo que lo califica como un hecho «imprevisible e inevitable» y entiende que no puede hablarse de «daño desproporcionado». Al existir en el caso de autos una explicación para la lesión sufrida por el menor (el desprendimiento de la placenta), estima que no cabe hablar de daño desproporcionado.

Pues bien, llama la atención que muchas de las sentencias del TS que aplican el art. 28 LCU (ahora 148 TRLC) se refieren a supuestos en que dicho tribunal apreció la existencia de un «daño desproporcionado», que no podía considerarse consecuencia ordinaria de la intervención practicada⁵⁷. Así, en los casos resueltos por la STS 9-12-98 (RJ 1998/9427), en la que una paciente, tras una operación de juanetes, contrajo una infección por tétanos que le provocó la muerte; la STS 29-6-1999 (RJ 1999/4895) en la que una mujer se sometió a una operación relativamente sencilla (extirpación de vesícula biliar) y falleció de parada cardiorrespiratoria; la de 9-12-99 (RJ 1999/8173), relativa a una operación de cataratas que culminó con la extirpación de un ojo; la STS 18-12-2002 (RJ 2003/47), en que una paciente quedó en estado vegetativo tras una mastectomía; o la de 7-10-2004 (RJ 2004/6629), en que una paciente, que sufrió un corte por cristales en la palma de la mano, perdió la movilidad de ésta siendo declarada en situación de invalidez total permanente para ejercer su profesión de matrona⁵⁸.

En todas estas sentencias el TS emplea una doble argumentación para sustentar la condena de la entidad hospitalaria. Señala, de un lado, que se está ante un daño desproporcionado para el que no se ha ofrecido adecuada explicación por parte de los demandados. Y se afirma, de otro, que procede aplicar el art. 28 LCU. La doctrina ha criticado la doble argumentación presente en estas resoluciones arguyendo que si se presupone la existencia de culpa o negligencia médica como consecuencia de la aplicación de la mencionada doctrina del daño desproporcionado no tiene sentido aplicar también el art. 28 LCU, que permite imputar responsabilidad al margen de la culpa⁵⁹. Sin embargo, aun reconociendo lo acertado de tal aseveración, creo que lo que en realidad ponen de relieve tales sentencias –si bien de manera un tanto confusa y más bien intuitiva– es que los supuestos de «daño desproporcionado» –producción un resultado anómalo o inesperado en relación con el

⁵⁷ A la conexión entre la doctrina del daño desproporcionado y la aplicación del art. 28 LCU hace referencia DÍAZ REGAÑÓN, ob. cit., pp. 147 y ss.

⁵⁸ También la STS de 31-1-2003 (RJ 2003/646), en un supuesto en que una operación de hemorroides provocó al paciente incontinencia anal parcial considera que se está ante un «resultado desproporcionado» y aplica el art. 28 LCU. Es discutible, sin embargo, que la situación enjuiciada debiera ser calificada como «resultado desproporcionado» y, asimismo, que el resultado producido pudiese considerarse como un resultado «anómalo» y el servicio médico como «defectuoso» a efectos de aplicar el art. 28 TRLC. Según se hace constar en el Voto particular, formulado por Marín Castán, la lesión padecida por el demandante entraba dentro de los riesgos posibles de la operación (se dice que la lesión del esfínter externo es «consustancial e inherente a la técnica aplicada»). Y, como bien indica el voto particular «no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio *pero encuadrable en los riesgos típicos de la intervención*».

⁵⁹ En este sentido DÍAZ-REGAÑÓN, ob. cit., pp. 137 y ss., en particular *vid.* pp. 147, 149, 150.

riesgo inherente al tratamiento— son casos de «servicio médico defectuoso» que permiten imputar «objetivamente» responsabilidad al prestador del servicio.

De especial interés es, al respecto, la STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7238) —relativa a una paciente que, tras someterse a una histerectomía, sufrió pérdidas de conciencia, paradas cardiorrespiratorias y repetidas anoxias que le provocaron daños irreversibles en el cerebro— que viene a decir que la doctrina del resultado desproporcionado aparece *reconocida en nuestro Derecho, para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria, en el art. 28.2 LCU* (FJ 6.º). También la STS 5 de enero de 2007, establece una cierta analogía entre la figura del «daño desproporcionado» y el art. 28 LCU, indicando que éste último permite imputar responsabilidad cuando el funcionamiento de un servicio «*se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación*»⁶⁰.

Igualmente significativas me parecen aquellas sentencias que rechazan la aplicación del art. 28 LCU y la existencia de la responsabilidad médica invocada en casos en que, junto a la afirmación de que dicho precepto sólo se proyecta sobre los aspectos funcionales u organizativos del servicio (cuestión que se abordará con posterioridad, infra apartado 3), se niega la existencia de un «daño desproporcionado». Buen ejemplo de ello es la ya citada STS de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7135) que, ante el recurso presentado por un paciente que se sometió a una intervención de hernia inguinal y a consecuencia de la anestesia epidural sufrió un hematoma que le causó paraplejía, considera inaplicable el art. 28 LCU y sostiene que en dicho supuesto no puede haber daño desproporcionado porque «el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la *materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia*» (FJ 7.º)⁶¹.

⁶⁰ En el supuesto resuelto en esta sentencia el actor se sometió a una operación para reparar una herida en la córnea, a la que siguió una segunda operación para trasplante de córnea e implante de una lente, pero perdió la visión del ojo a consecuencia de una infección bacteriana adquirida en el quirófano a resultas de la primera intervención.

⁶¹ En la misma línea, la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789). En esta hipótesis, ya mencionada, en la que una mujer falleció en el parto como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell, el TS niega que el fallecimiento pueda considerarse como un «daño desproporcionado» porque por tal ha de entenderse el «no previsto ni explicable» en cuyo caso el médico debe dar una explicación coherente acerca del *porqué de la consecuencia producida, de modo que la falta de ella puede hacer surgir una deducción de negligencia*. En el caso en cuestión existía, según el TS, una explicación lógica, que fue que la muerte se debió a la instauración brusca y súbita de dicha enfermedad.

Asimismo la aludida STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en relación con las lesiones cerebrales sufridas por un menor durante el parto (debido al desprendimiento de la placenta

Por ello, y aunque la doctrina del daño desproporcionado se utiliza en sede de responsabilidad por culpa y como un expediente que permite presumirla⁶², lo cierto es que las circunstancias que autorizan a invocarla –producción de un *daño que no es consecuencia previsible ni esperable* de la intervención médica practicada– permiten igualmente, en mi opinión, en tanto determinan la existencia de un servicio médico defectuoso, aplicar el art. 148 TRLC (con anterioridad en el art. 28 LCU) con objeto de obtener una condena prescindiendo de la posible culpa o negligencia del demandado⁶³.

Así, cabe concluir que la producción de un resultado lesivo no esperable ni previsible de acuerdo con la práctica médica habitual porque no constituye materialización de algún riesgo típico o inherente al tratamiento médico –ni tampoco hay una causa externa que justifique el resultado⁶⁴– permite:

a) Si la demanda se plantea con base en las reglas generales de responsabilidad –lo que es habitual cuando se demanda al médico o facultativo individualmente considerado– facilitar la prueba de la culpa;

b) Considerar que el servicio médico ha sido defectuoso, en cuyo caso cabe invocar el art. 148 TRLC para imputar responsabilidad al «empresario» (*infra* apartado 3) de servicios médicos sin necesidad de probar su culpa o negligencia.

Sucede, sin embargo, que la jurisprudencia tiende a mezclar ambos planos y, en lugar de tomar en consideración el resultado anómalo producido para justificar, simplemente, el carácter defectuoso del servicio y aplicar el art. 148 TRLC (o 28 LCU) al prestador del servicio médico, trae a colación la doctrina del daño desproporcionado. Y esta doctrina, si bien presupone una situación fáctica equivalente a la que permite calificar un servicio como

materna), niega que exista «daño desproporcionado» y, por consiguiente, rechaza la aplicación del art. 28 LCU.

También cabe recordar la STS 27-12-2011 (RJ 2012/166), citada con anterioridad. En casación la recurrente adujo infracción del art. 28 LCU y de la doctrina del daño desproporcionado, pero el TS consideró que no podía hablarse de daño desproporcionado (la complicación surgida durante la operación era un riesgo descrito como «probable») ni resultaba aplicable el art. 28 LCU.

⁶² ASÚA, «Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 60.

⁶³ No creo, por ello, que deba excluirse la aplicación del art. 148 TRLC en caso de «daño desproporcionado», circunscribiendo su aplicación, como sugiere ASÚA, a los casos de «utilización en el servicio de productos defectuosos o infecciones hospitalarias». ASÚA, «Responsabilidad sin culpa...», cit., pp. 60, 61; «Responsabilidad civil médica», cit., p. 423.

⁶⁴ *Vid. infra*, apartado 4.

defectuoso, es un mecanismo dirigido a facilitar la prueba de la culpa médica, lo que resulta incompatible con el art. 148 TRLC, que permite, justamente, prescindir de esta última.

Pero, en definitiva (y al margen de la confusión de planos presente en las aludidas resoluciones del TS, en muchos casos consecuencia del planteamiento realizado por las partes) lo que conviene tener en cuenta es que uno de los supuestos en que cabe entender que se ha prestado un servicio médico defectuoso es aquél en que el paciente sufre daños que no se corresponden con los riesgos inherentes al tratamiento. En tal hipótesis puede invocarse el art. 148 TRLC a fin de imputar responsabilidad al demandado al margen de la culpa y sin necesidad, por tanto, de acreditar la existencia de un comportamiento negligente. Y obviamente, no hay ninguna necesidad de acudir, para justificar la aplicación de dicho precepto, a la doctrina del daño desproporcionado como viene haciendo, de manera inapropiada y un tanto confusa, la jurisprudencia. Cuestión distinta, en la que nos detendremos con posterioridad, es qué sujetos pueden ser declarados responsables de acuerdo con el citado art. 148 TRLC.

¿Hay algún otro supuesto de «servicio médico defectuoso» en que proceda aplicar el art. 148 TRLC?. La doctrina suele mencionar, entre los supuestos en que se ha aplicado por nuestros tribunales el art. 28 LCU, el caso de las infecciones hospitalarias, y el de la utilización, en el curso de un tratamiento médico, de un producto defectuoso⁶⁵. De hecho, el propio TS, en alguna sentencia, ha concretado el ámbito objetivo del art. 28 LCU diciendo que las resoluciones que lo aplican «suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario o a consecuencia de transfusiones de sangre, de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención, o en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención» [STS 5 febrero 2001 (RJ 2001/541)].

B) Infecciones hospitalarias

El supuesto de las infecciones hospitalarias puede considerarse, sin duda, como un supuesto de servicio defectuoso. Y ello porque el hecho de contraer una infección en el medio hospitalario no parece que pueda calificarse como un riesgo inherente al tratamiento, que escapa al control médico u hospitalario (al con-

⁶⁵ Por todos, ASÚA, «Responsabilidad sin culpa...», cit, pp. 60, 61 «Responsabilidad civil médica», cit., pp. 421, 423.

trario, entraría dentro del ámbito de riesgos que cabe asignar a quien desarrolla tal actividad) ni cabe pensar que el nivel de seguridad exigible del prestador de servicios médicos no incluye la garantía de ausencia de infecciones hospitalarias⁶⁶. Así, la STS de 1 de julio de 1997 (RJ 998/5471), una de las primeras que aplicó el art. 28 LCU, entendió que la infección hospitalaria sufrida por el paciente tras una operación de rodilla (infección que provocó la amputación de una pierna) supuso el incumplimiento de los niveles de pureza, eficacia, seguridad, etc. exigibles⁶⁷ y en similar sentido se pronuncia la STS 21 de julio 1997 (RJ 1998/5523), también relativa a una infección hospitalaria que derivó en la amputación de la pierna del paciente. Otras resoluciones que aplican el art. 28 LCU a supuestos de infecciones hospitalarias son las SSTS de 18 de junio de 1998 (RJ 667/98)⁶⁸, 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9427)⁶⁹; 18 de marzo de 2004 (RJ 2004/1823)⁷⁰ y 5 de enero de 2007 (RJ 2007/552)⁷¹. Ocurre, sin embargo, que las tres primeras sentencias citadas (las de 1 y 21 de julio de 1997 y la de 16 de junio de 1998) consideran que la infección contraída por el paciente pone de manifiesto algún tipo de negligencia, que, aun cuando no pueda adscribirse a miembros concretos del personal sanitario, permitirían imputar responsabilidad al hospital *ex art.* 1903.4⁷². En las de 9 de

⁶⁶ Como dice la STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552), «la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención».

⁶⁷ Señala dicha resolución que «los niveles presumidos, por ley de pureza, eficacia o seguridad... impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio» (FJ 4). Puede verse el comentario de BERCOVITZ a esta sentencia en *CCJC*, 1997, n.º 45, pp. 1218 y ss.

⁶⁸ Un paciente fue sometido a una intervención quirúrgica para drenaje de una osteomielitis, intervención considerada médicamente de escasa entidad y nula peligrosidad, pero entró en coma a consecuencia de una infección por bacteria hospitalaria que le provocó finalmente la muerte.

⁶⁹ En este caso la paciente, que se sometió a una operación de juanetes, contrajo una infección por tétanos que le produjo la muerte.

⁷⁰ Aquí una mujer fue operada de hernia discal y debido a fuertes dolores hubo de ser operada de nuevo apreciándose una infección o discitis a consecuencia de la primera operación que le provocó un importante grado de minusvalía.

⁷¹ En el supuesto resuelto en esta sentencia el actor se sometió a una operación para reparar una herida en la córnea a consecuencia de la que contrajo una infección bacteriana que, tras una segunda operación, culminó con la pérdida de visión del ojo.

⁷² En la STS 1-7-97 la reclamación contra el médico y el Insalud había sido desestimada en las dos instancias previas. El recurso se basó en la infracción por inaplicación del art. 28 LCU y la infracción de los arts. 1902 y 1903 C.c. porque ni el médico ni el centro hospitalario adoptaron las medidas de precaución necesaria para evitar la infección. El TS declara que procede aplicar el art. 28 LCU, pero dado que considera que efectivamente existió negligencia, condena al cirujano y a la administración hospitalaria *ex arts.* 1902 y 1903, indicando que «la responsabilidad objetiva *ex art.* 28 queda embebida en el mayor coste de la responsabilidad por culpa».

diciembre de 1998⁷³ y 18 de marzo de 2004⁷⁴ se aplica también, al centro hospitalario, el art. 1902 C.c. La de 5 de enero 2007, por último, se refiere tanto al art. 1903.4, como al art. 28 LCU y a la doctrina del daño desproporcionado⁷⁵. Aunque ello es consecuencia de los términos en que se plantearon los correspondientes litigios y de los motivos de casación sobre los que el TS se ve obligado a pronunciarse, nuevamente nos encontramos con una doble argumentación en la que confluyen, tanto reglas que presuponen la existencia de culpa o negligencia como otras (el art. 28 LCU, actual art. 148 TRLC) que responden a un criterio objetivo de imputación de responsabilidad. Y es que, nuevamente, existen distintas posibilidades jurídicas a la hora de fundamentar el fallo. De un lado, porque el modo en que el Alto Tribunal viene interpretando el art. 1903.4 C.c. permite entender, como señala la citada S. de 5 de enero de 2007, que el «defectuoso funcionamiento de un servicio» –pues como tal hay que considerar la

En el caso resuelto por la STS 21-7-97 se había condenado al Insalud, tanto en primera instancia como en apelación, *ex arts.* 1903 C.c. y el TS se limita a sostener que la responsabilidad establecida en dicho precepto es de carácter «marcadamente objetivo» (aunque también afirma –sin mayor argumentación– que la actuación culposa se deduce del propio resultado producido) reiterando la doctrina sentada en la precedente Sentencia de 1 julio sobre la aplicación de los arts. 26 y 28 LCU.

Por lo que respecta a la STS 18-1-98 (RJ 667/98), en ella se amalgaman diversos argumentos jurídicos ya que la resolución recurrida fundó su fallo en la existencia de responsabilidad contractual para negar la prescripción de la acción, pero también en los arts. 1902 y 1903 C.c. A ellos el TS añade la invocación del art. 28 LCU

⁷³ Esta sentencia no aplica «la responsabilidad del empresario *ex art.* 1903» porque la decisión recurrida se apoyó en el art. 1902. En el recurso se cuestiona que dicho precepto pueda ser aplicado directamente al centro médico. El TS sostiene que a éste se le aplica, en cualquier caso, la responsabilidad directa que deriva de los arts. 26 y 28 LCU, por lo que nada obsta para imputarle directamente responsabilidad *ex art.* 1902.

⁷⁴ En primera instancia y apelación se desestimó la demanda por entenderse que, pese a la infección contraída por la paciente (discitis) la actuación del médico fue correcta y el centro médico se encontraba en condiciones adecuadas de asepsia. En esta hipótesis el TS revoca la sentencia recurrida declarando la responsabilidad del centro hospitalario pero, dado que el recurso de casación se basó en la infracción del art. 1902 C.c., el TS se ve obligado a pronunciarse sobre el mismo. Al respecto arguye, de manera un tanto cuestionable (pues contradice la propia doctrina del Alto Tribunal en materia de responsabilidad médica) que el art. 1902 se interpreta de manera crecientemente objetiva, y concluye diciendo que, en cualquier caso, tal responsabilidad objetiva viene impuesta en el art. 28 LCU.

⁷⁵ En este caso la sentencia impugnada había argumentado con base en el art. 1903.4 –aduciendo que esta responsabilidad tiene un matiz marcadamente objetivo y no requiere previa determinación de un dependiente responsable– y, en particular, en la LCU. Recurrida la sentencia, y cuestionado el criterio objetivo de imputación aplicado para declarar la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, el TS viene a decir que el art. 1903.4 C.c., la doctrina del daño desproporcionado y los arts. 26 y 28 LCU no son excluyentes y que el principio culpabilístico que rige en el C.c. no se opone a la aplicación de un criterio de imputación establecido en la normativa específica sobre protección de los consumidores. Así, además de relacionar la doctrina del daño desproporcionado con el art. 28 LCU (como ya se indicó en el texto con anterioridad) concluye que «*es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención*»

hipótesis en que se contraen infecciones hospitalarias— «es susceptible de determinar la existencia de responsabilidad por hecho de otro con arreglo al art. 1903 CC.» (FJ 8.º). De otro porque la existencia de deficiencias organizativas —que se presuponen cuando en un centro hospitalario no se adoptan las precauciones necesarias para evitar la propagación de infecciones— también permite imputar responsabilidad por hecho propio, *ex art. 1902 CC.*, al titular de la actividad⁷⁶.

En este último sentido se pronuncian dos sentencias del TS —20 julio 2009 (RJ 2009/4161) y 24 mayo 2012 (RJ 2012/6539)— al hilo de lesiones sufridas por un menor debido al retraso en la práctica de la cesárea. En ambos casos el retraso se debió al inadecuado sistema de guardias establecido. Y en ambos casos, además de invocarse el art. 28 LCU, señala el TS que cabe aplicar al Centro demandado el art. 1092 pues se está ante una «responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad».

Ahora bien, aunque los fallos en la organización de la actividad hospitalaria —y las infecciones hospitalarias pueden considerarse un ejemplo de ello— permiten fundar la responsabilidad de la entidad demandada en los arts. 1903.4 o 1902 CC., lo relevante, por lo que aquí interesa, es destacar que el hecho de contraer una infección hospitalaria supone un servicio médico defectuoso. Y tal servicio defectuoso justifica que pueda reclamarse responsabilidad al hospital o centro médico en que se contrae la infección con base en el art. 148 TRLC sin necesidad de acreditar la existencia de culpa o negligencia y *sin necesidad de recurrir a la invocación de las normas del CC.*

C) Utilización de un producto defectuoso

Una tercera hipótesis en que, según la doctrina puede plantearse la aplicación del art. 148 TRLC, es aquella en que la prestación del servicio médico se utiliza un producto defectuoso (v. gr. catéter que se rompe; DIU que no funciona, prótesis mamaria tóxica....). Dentro de esta hipótesis cabe incluir también, en mi opi-

⁷⁶ En este sentido DÍAZ-REGAÑÓN, *ob. cit.*, p. 207. Asimismo, desde la óptica de la responsabilidad del empresario en general, BELUCHE RINCÓN, «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, 2.ª 2017, p. 382.

Sobre esta cuestión señala, en concreto, la STS 22-5-2007 (RJ 2007/4618) que, «cuando la prestación del servicio es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables», cabe reclamar directamente responsabilidad al establecimiento o centro hospitalario con base en el art. 1902 C.c.

nión, el supuesto en que en una transfusión se utiliza sangre contaminada⁷⁷.

En principio, y de acuerdo con las reglas contenidas en los arts. 135 y ss. TRLC, el responsable del daño ocasionado por un producto defectuoso es el fabricante del mismo⁷⁸. Así, en los casos en que el «producto» defectuoso ha sido fabricado o preparado por el propio centro hospitalario no hay duda de que el mismo podrá ser condenado con base en los arts. 135 y ss. TRLC⁷⁹. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si la sangre contaminada con el virus del VIH o VCH hubiese sido preparada por el propio hospital en que se lleva a cabo la transfusión.

Ahora bien, cuando no es así, cabe preguntarse si la víctima puede demandar, *ex art.* 148 TRLC, a quien utilizó un producto

⁷⁷ En relación con los supuestos de contagio del virus de la hepatitis C o del VIH, la cuestión más problemática fue, en su momento, la concerniente a la posibilidad de imputar responsabilidad a los centros hospitalarios por transfundir sangre contaminada cuando todavía no era posible la detección del virus pero se conocía su existencia. Sobre ello SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Madrid, 2002, pp. 312 y ss. quien, tras diferenciar los distintos periodos (en función del desconocimiento del virus, su conocimiento pero imposibilidad de detección y la existencia de pruebas de detección), analiza la jurisprudencia vertida al efecto. También *vid.* MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU «Comentario a la STS 10 junio 2004», *CJC*, pp. 374 y ss.

En la actualidad, una vez que es posible detectar los virus VIH y VHC, siendo obligatorias las pruebas para comprobar su existencia, la responsabilidad de los laboratorios o bancos de sangre que pongan en circulación sangre contaminada es clara, tanto con base en las reglas generales de responsabilidad (la no adopción de los controles procedentes supone un comportamiento claramente negligente) como con base en las reglas del TRLC sobre productos defectuosos. Además, respecto de esta última regulación hay que tener presente que, incluso en el supuesto hipotético de sangre contaminada por un virus o microbio actualmente desconocido, el productor sería igualmente responsable al no entrar en juego la causa de exoneración relativa los «riesgos del desarrollo» (arts. 140.1, e) que no opera cuando se trata de «medicamentos» (art. 140.2), y la sangre y los hemoderivados tienen la consideración de tales (art. 46 RDL 1/2015 que aprueba el TR de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios).

Ahora bien, al margen de la responsabilidad del laboratorio o entidad que pueda ser considerada como «fabricante» de la sangre, la cuestión que aquí se plantea es si puede ejercitarse una acción de responsabilidad, *ex art.* 148 TRLC, contra el centro hospitalario que simplemente la utiliza o trasfunde, cuestión ésta a la que, como se verá en el texto, respondemos afirmativamente.

⁷⁸ El sujeto eminentemente responsable conforme al régimen especial contenido en el TRLC es el fabricante (concepto éste que incluye tanto al fabricante del producto terminado, de un elemento integrado en éste o de una materia prima, así como al «fabricante aparente»). Tratándose de productos producidos fuera de la UE responde el importador. El proveedor sólo responde subsidiariamente, cuando el productor no puede ser identificado, o si suministró el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 138 en relación con art. 5 TRLC; art. 146). Recordemos, en cualquier caso, que las reglas de responsabilidad del TRLC no impiden a la víctima acudir al régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual (art. 128 TRLC). Más información en SANTOS MORÓN, *ob. cit.*, pp. 472 y ss.

⁷⁹ El art. 140 TRLC contempla como causa de exoneración, en la responsabilidad por productos defectuosos, el que el demandado no «haya puesto en circulación» el producto. Téngase en cuenta, no obstante, que, según el TSJUE (Asunto C-203/1999, caso *Veefald*), el hecho de que el producto (en el caso de la sentencia mencionada, el líquido de irrigación de un riñón que iba a ser objeto de trasplante) haya sido preparada en el propio establecimiento del prestador del servicio y no salga del mismo no permite invocar dicha causa de exoneración.

defectuoso *fabricado por un tercero* en la prestación del servicio⁸⁰. Hay quien, con base en la STJUE de 10-1-2006 (asunto *Skov vs Bilka*) –según la cual es contraria a la Directiva 85/374 sobre Responsabilidad por los Daños causados por Productos Defectuosos la norma nacional que extiende la responsabilidad objetiva prevista para el fabricante a otro sujeto distinto– niega esta posibilidad⁸¹ y quien opina, desde una perspectiva general, que en el supuesto de concurrencia de responsabilidad (por daños causados por productos)

⁸⁰ Antes de la publicación de la LRPD, como la LCU era aplicable tanto a productos como a servicios, y el art. 26 permitía demandar a cualquier interviniente en la cadena de producción y comercialización, no había dificultad en demandar, con base en el art. 28 LCU, tanto al fabricante del producto, como al centro sanitario que lo empleaba, en cuanto «suministrador» de dicho bien al usuario. Además, según el art. 27 LCU, la responsabilidad en tal caso era solidaria.

Así, la STS 24-9-1999 (RJ 1999/7272), en un supuesto en que la actora había quedado embarazada tras la implantación de un DIU defectuoso, consideró responsables solidariamente a la Administración sanitaria y al fabricante del producto (se aplica el art. 28 LCU pero también se imputa a la Administración sanitaria un comportamiento –en mi opinión dudosamente– negligente, por no haber controlado el buen funcionamiento del DIU).

Por su parte, la STS 9-3-1999 (RJ 1999/1268) declaró la responsabilidad del INSALUD como consecuencia de una transfusión de sangre que contagió al paciente el virus de la hepatitis C. No se indica en la sentencia si la sangre había sido o no preparada por el propio hospital pero, dado lo indicado con anterioridad, la cuestión era, en esa fecha, irrelevante.

Otras sentencias, en caso de transfusiones de sangre infectada con el VIH, condenan al INSALUD *ex art.* 28 pero en cuanto prestadoras de un servicio, «servicio sanitario que sigue el régimen legal establecido en el art. 28 LCU». Así ocurre en las STS 11-29-1998 (RJ 1998/707) y 30-12-1999 (RJ 1999/9752), si bien ambas presuponen también la existencia de un comportamiento negligente. También condena al INSALUD como prestador del servicio la STS 22-11-1999 (RJ 1999/8618), en un supuesto de rotura de un catéter, un trozo del cual quedó alojado en el cuerpo de la paciente provocándole múltiples trastornos. En esta hipótesis se aplica la LCU «en cuanto la demandante es consumidora, *ha utilizado unos servicios* (art. 26) entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2)».

Con posterioridad a la publicación de la LRPD, aunque no faltaban autores que consideraban que lo procedente en estos casos era condenar al fabricante del producto defectuoso (DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, Aranzadi 1996, pp. 402 y ss. BERCOVITZ, «Comentario a la STS 24-9-1999», *CCJC* 2000, n.º 52, p. 204) un sector de la doctrina entendía que cabía dirigirse contra el fabricante del producto, con base en la LRPD, y contra el prestador del servicio, con base en los preceptos de la LCU (además, como es lógico, de admitirse la posibilidad de invocar los arts. 1902 y 1903 en caso de negligencia en el uso de los productos sanitarios defectuosos). MARÍN LÓPEZ, J. J., «Comentario a la STS 15-11-2000», *CCJC*, 2001, n.º 56, p. 485; PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 1249; GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos», en *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Cívitas, 2004, pp. 1988-1991.

Tras la entrada en vigor del TRLC entiende igualmente PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Zaragoza, 2011, p. 285, que la víctima puede: i) ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad por productos; ii) ejercitar las acciones derivadas de la prestación de la asistencia sanitaria; iii) ejercitar de forma acumulada ambas.

⁸¹ PERTIÑEZ VÍLchez, F., *ob. cit.*, pp. 1940, 1942. Según este autor, si bien el art. 148 TRLC permite imputar responsabilidad a los centros sanitarios «en supuestos en los que sea evidente que ha existido un funcionamiento anormal del servicio», no es aplicable «a los daños causados por productos defectuosos suministrados en el curso de un tratamiento».

y por servicios, debe primar la regulación sobre la responsabilidad por productos defectuosos frente a la de servicios⁸². En mi opinión, la STJUE citada no es óbice para admitir la posible responsabilidad del prestador del servicio. Dicha sentencia impide que se aplique la responsabilidad articulada en la Directiva a sujetos no contemplados en la misma, esto es, que se haga una interpretación extensiva de los sujetos a los que se aplica ese régimen especial. Pero no creo que impida que el legislador interno imponga un régimen de responsabilidad al margen de la culpa (como era el contenido en el art. 28 LCU –anterior a la Directiva 86/374–), recogido ahora en el art. 148 TRLC, a los prestadores de servicios⁸³. La cuestión es dilucidar si, cuando el daño causado al usuario tiene su origen en el carácter defectuoso de un producto, puede considerarse que el mero hecho de que el prestador del servicio, en este caso de carácter médico, lo haya empleado, permite considerar el servicio como «defectuoso» a efectos de invocar el repetido art. 148 TRLC⁸⁴. A mi juicio, si tomamos como punto de partida las expectativas de seguridad del usuario de servicios médicos, debe mantenerse la solución afirmativa ya que quien se somete a una intervención médica u hospitalaria ha de contar con la «garantía» de que el material, utensilios, etc. empleados es lo suficientemente seguro como evitar riesgos añadidos a los derivados típicamente del tratamiento o intervención. En este sentido, la STS 4-12-2007 (RJ 2008/251), en relación a una transfusión de sangre infectada con el virus de la hepatitis C, señala que «el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, *de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones*»⁸⁵. Por ello, al margen

⁸² MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TRLC», *RDP*, sept.-oct., 2008, p. 103, señalan que esta es la interpretación más conforme con el art. 8.1 de la Directiva que, en caso de concurrencia del productor y un tercero (que podría ser el prestador de un servicio) canaliza la responsabilidad a través del productor.

⁸³ De hecho, así se deduce de la STJUE de 21-12-2011, que afirma que la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza un producto defectuoso no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, por lo que esa misma Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca un régimen que imponga responsabilidad al prestador del servicio que emplea un producto defectuoso aunque no se le pueda imputar culpa alguna. *Vid.* PARRA LUCÁN, «Daños causados por otros bienes y servicios. Comentario...», cit., p. 2088.

⁸⁴ Obviamente, si sobre el prestador del servicio recayera la obligación de controlar los productos que emplea y hubiese podido detectar el defecto, su comportamiento debería ser considerado negligente, pudiendo imputársele igualmente responsabilidad conforme a las reglas generales (arts. 1902 y ss.)

⁸⁵ En el caso resuelto en esta sentencia se demandó a los analistas que prepararon la sangre, al centro médico donde tuvo lugar la transfusión y a la compañía de seguros médicos, habiendo sido condenados todos en apelación, si bien los analistas con base en la existencia de un comportamiento negligente. La responsabilidad de la clínica (que, debido a que los analistas no guardaban relación de dependencia con ella era difícil fundar en el

de que pueda demandarse al fabricante del producto defectuoso en cuestión, entiendo que también puede dirigirse la víctima contra el centro médico u hospitalario que lo haya empleado al amparo del citado art. 148 TRLC⁸⁶, en cuyo caso hay que entender que responderían ambos solidariamente⁸⁷.

3. SUJETOS RESPONSABLES EX ART. 148 TRLC

Una cuestión trascendente, a la que hasta ahora nos hemos referido sólo superficialmente es qué sujetos pueden ser declarados responsables *ex art.* 148 TRLC cuando se presta un servicio médico defectuoso. En relación con el art. 28 LCU algunos autores entendían que dicho precepto era aplicable tanto a los centros hospitalarios como a los médicos individualmente considerados⁸⁸. De hecho, el precepto no contenía ningún dato que hiciera pensar que no era aplicable a los facultativos, y algunas sentencias lo han invocado para declarar responsables tanto a las entidades como a los médicos demandados⁸⁹. Lo cierto es, sin embargo, que la mayoría

art. 1903 C.c.) la basa el TS en los arts. 25 y 28 LCU haciendo la afirmación enunciada en el texto, a la que añade que, «en virtud del criterio objetivo en que se funda ese tipo de responsabilidad» *es indiferente que los controles para evitar posibles infecciones correspondan o no al centro médico.*

⁸⁶ Así, por ejemplo, en el supuesto resuelto en la SAP Madrid 22 de octubre de 2014 (AC 2014/2382) se aplicaron los arts. 147 y 148 TRLC para condenar a «Corporación Dermoestética» a consecuencia de la implantación de una prótesis mamaria defectuosa. (Ha de advertirse, no obstante, que, si bien la sentencia del juzgado condenó a la demandada como prestadora del servicio, la sentencia de la AP incorpora algunas confusas referencias a su carácter de «suministradora» del producto defectuoso).

⁸⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos», *RDP*, julio-agosto, 2009, pp. 77 y ss., si bien señala que cuando se utiliza un producto defectuoso en la ejecución de un servicio debe entenderse, a la vista del art. 132 TRLC, que el productor y el prestador del servicio responden solidariamente, considera injusta tal solución. En su opinión el prestador del servicio sólo debería ser considerado responsable cuando pudo, dada la naturaleza o la forma de presentación del producto defectuoso, percatarse del defecto.

⁸⁸ BERCOVITZ, R., CCJC, 45, cit., p. 1219; GÓMEZ CALLE, E. «El fundamento...» cit., p. 1755). DÍAZ-REGAÑÓN, C., «Comentario STS 8-5-2003», *CCJC*, 2003, n.º 63, p. 1207; *Responsabilidad objetiva...*, cit., pp. 181, 182.

⁸⁹ La STS 29-11-2002 (RJ 2002/1404), en un supuesto en que el cirujano demandado dejó una gasa en el cuerpo del paciente tras una operación, hace referencia a la doctrina del daño desproporcionado y también «a mayor abundamiento» a la responsabilidad objetiva del art. 28 LCU (alusión innecesaria si se tiene en cuenta que la negligencia del demandado era clara). La STS 31-1-2003 (RJ 2003/646), en relación con una operación de hemorroides que deja como secuela incontinencia anal parcial, condena al cirujano demandado con base en la existencia de un resultado desproporcionado (cuya calificación como tal es sin embargo discutida en el Voto Particular de Marín Castán) y el art. 28 LCU. Por último, La STS 18-3-2004 (RJ 2004/1823) –en las que al igual que las dos sentencias anteriores fue ponente O’Callaghan–, en relación con la infección (discitis) contraída por una paciente operada de hernia discal, condena tanto al cirujano como al Centro hospitalario con base en el art. 28 LCU.

de las ocasiones en que los tribunales han empleado el criterio de imputación contenido en los arts. 28 LCU y 148 TRLC, se ha utilizado éste *para condenar a la Administración sanitaria* (cuando la fecha de los hechos enjuiciados permitía acudir a la jurisdicción civil) *o a la entidad hospitalaria* en que tuvo lugar el tratamiento o intervención, pero no a los médicos individualmente considerados. En unos casos porque no fueron demandados⁹⁰ y en otros porque, al no acreditarse que su comportamiento fuese negligente, fueron exonerados de responsabilidad⁹¹. Es más, sobre todo a partir de 2007, son muchas las sentencias del TS que afirman, de manera reiterada, que el art. 28 LCU (en la actualidad 148 TRLC) sólo es aplicable «a los aspectos funcionales» u «organizativos» de la prestación de servicios médicos, «sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos»⁹². En la mayoría de estas sentencias lo que sucede, en realidad, es que se niega que haya responsabilidad médica porque no hay, en rigor, «servicio defectuoso»: bien porque no existe el «resultado desproporcionado» invocado⁹³; bien porque no existió nexo causal directo entre los servicios prestados y el daño producido⁹⁴, o porque se agotaron todas las posibi-

Hay que advertir, por otra parte, que en alguna sentencia se condena tanto a los facultativos demandados como a la Administración o al centro hospitalario pero sólo a estos últimos se les aplica la LCU. La STS 1-7-1997 (RJ 1997/5471), si bien condenó tanto al Insalud como al médico demandado, invocó el art. 28 LCU sólo en relación con la Administración sanitaria, pues el médico fue condenado *ex art. 1902 C.c.* por considerarse que su comportamiento fue negligente. La STS 4-12-2007 (RJ 2008/251), confirma la sentencia recurrida que había condenado a los analistas de la sangre transfundida y al centro hospitalario donde se llevó a cabo la transfusión, pero a los primeros por considerar que su comportamiento no fue diligente y al segundo con base en los arts. 1903 y 28 LCU.

⁹⁰ Es lo que ocurre, por ejemplo, en las SSTs 21-7-1997 (RJ 1997/5523); 6-5-1998 (RJ 1998/2934) 18-6-1998 (RJ 667/98); 18-1-2002 (RJ 2003/47)

⁹¹ Así, por ejemplo, en las STS 9-12-1998 (RJ 1998/9427); 9-3-1999 (RJ 1999/1368) 9-12-1999 (RJ 1999/8173); 7-10-2004 (RJ 2004/6229); 5-1-2007 (RJ 2007/552); 20-7-2009 (RJ 2009/3161).

⁹² Entre otras, SSTs 7-5-2007 (RJ 3007/3553); STS 15-11-2007 (RJ 2007/8110), 4-12-2007 (RJ 2998/251); 23-10-2008 (RJ 2008/5789); 22-9-2010 (RJ 2010/7135); 20-5-2011 (RJ 2011/3982); 3-7-2013 (RJ 2013/4380).

⁹³ Así en los casos resueltos en las SSTs de 23-10-2008 (RJ 2008/5789) –fallecimiento de una mujer en el parto a consecuencia de eclampsia súbita–; 3-7-2013 (RJ 2013/4380) –lesiones cerebrales sufridas por un menor a consecuencia del desprendimiento de la placenta justo antes de la cesárea–; y en la STS 22-9-2010, (RJ 2010/7135) –intervención de hernia inguinal con anestesia epidural que causa paraplejia al paciente–.

⁹⁴ Así se entiende en la S. 7-5-2007 (RJ 2007/3554), que resuelve acerca del fallecimiento de un paciente afectado por lesión doble aórtica e insuficiencia mitral, que, tras padecer ciertos síntomas, recibió tratamiento cardiológico que le produjo cierta mejoría pero no impidió que sufriera un *shock* cardiogénico. También en la STS 20-5-2011 (RJ 2011/3982), relativa a una intervención de hernia discal practicada en un hospital privado en la que se produjo una lesión del vaso abdominal que obligó a trasladar al paciente al hospital clínico donde se le hizo una ligadura. Esta segunda operación provocó, sin embargo, el fallecimiento de la paciente debido a un *shock* séptico. Se demandó al cirujano que operó la hernia y a la compañía del seguro médico. El TS consideró que no era posible imputar la muerte al primer médico de acuerdo con la «prohibición de regreso» y negó que pudiera apreciarse la existencia de nexo causal directo entre el daño y los servicios prestados en virtud del seguro médico concertado.

lidades médicas pese a no obtenerse la curación del paciente⁹⁵. Es decir, las afirmaciones anteriores parecen más bien una «cláusula de estilo» que se incluye a fin de rechazar la aplicación del art. 28 LCU en supuestos en que, en realidad, la exoneración de responsabilidad deriva de otros motivos.

Pero, en cualquier caso, cabe preguntarse si está justificada la referida afirmación. Buena parte de la doctrina se manifiesta contraria a la aplicación del citado precepto a los médicos, por entender que la responsabilidad del profesional sanitario debe basarse en la culpa⁹⁶. Sin embargo, por lo que respecta al texto del actual art. 148 TRLC, el mismo sólo se refiere a los «servicios sanitarios», expresión ésta de la que no cabe deducir que el precepto sea inaplicable a los médicos individualmente considerados, al menos en tanto puedan ser considerados, a efectos del TRLC, como «empresarios» que prestan tales servicios. Y, como ya se indicó al comienzo, los profesionales liberales, siempre que no trabajen como asalariados, entran dentro de la noción de «empresario» del art. 4 TRLC⁹⁷.

Quiere esto decir que, en principio, el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el art. 148 TRLC puede ser aplicado a los facultativos que prestan un servicio médico o sanitario *si ejercen la medicina de manera independiente y no como asalariados*⁹⁸. Ahora bien, aun aceptando que ello sea así, no puede olvidarse que

⁹⁵ Es lo que ocurre en el caso resuelto por la STS 15-11-2007 (RJ 2007/8110), en el que un paciente fue sometido hasta a cuatro intervenciones para intentar inmovilizar el tobillo fracturado a consecuencia de un accidente laboral, y, ante la falta de éxito, se le colocó una escayola para lograr la inmovilidad. El actor demandó a la mutua de accidentes de trabajo aduciendo que se debía haber practicado una nueva intervención. El TS rechazó que existiera un deficiente servicio sanitario, que en el supuesto en cuestión requeriría que se hubiese dado el alta médica al actor «sin haber agotado todas las posibilidades terapéuticas y los tratamientos quirúrgicos posibles y adecuados».

⁹⁶ PEÑA LÓPEZ, «Comentario a la STS 11-2-98» CCJC, 47, pp. 786, 787, 791; LUNA YERGA, «Comentario STS 31-1-2003» CCJC 62, 2003, pp. 670, 671; *La prueba de la responsabilidad* ... cit., p. 47, nota 22; GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, Navarra, 2005, pp. 179, 180; GARCÍA GARNICA, ob. cit., pp. 378, 379; SEUBA, ob. cit., p. 260; MARTÍN CASALS/SOLÉ/SEUBA, «Compensation in the Spanish Health Care Sector», en *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Viena, 2004, pp. 344, 355, 356.

ASÚA, «Responsabilidad civil médica», cit., p. 425, matiza, no obstante, que la responsabilidad objetiva podría aplicarse a aquellos facultativos que asumen riesgo empresarial y no actúan como dependientes.

⁹⁷ En relación con los arts. 25 a 28 LCU ya advertía DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 143, que la responsabilidad por daños causados por servicios estaba «condicionada por el hecho de que el perjudicado merezca la consideración de consumidor y, que el daño sea causado por un empresario de servicios» (el subrayado es mío).

⁹⁸ Esta solución coincide con la mencionada matización de ASÚA, quien ya en relación con el art. 28 LCU, señalaba que «si la responsabilidad se imputa sin culpa» lo apropiado es entender que «sólo se atribuya a quien asuma riesgo empresarial, sea persona física o privada y no a quien presta servicios sanitarios de modo dependiente». Cfr. «Responsabilidad sin culpa...», cit., p. 61. «Responsabilidad civil médica», cit., p. 425.

la invocación del art. 148 requiere, como presupuesto básico, que el servicio médico pueda considerarse como defectuoso.

El primero de los supuestos mencionados con anterioridad es aquél en que se está ante un resultado anómalo, que no es consecuencia previsible ni esperable del tratamiento o intervención. En tal caso, de acuerdo con lo indicado, podría acudir al art. 148 TRLC para fundar una acción de responsabilidad al margen de la culpa frente a un médico individualmente considerado, siempre que, como se ha dicho, pueda ser calificado como «empresario» en el sentido del art. 4 TRLC⁹⁹. Ahora bien, si la demanda se funda en lo anómalo del resultado obtenido por el demandado, dado que esta situación, como hemos visto, se asemeja a la que da pie a la doctrina del daño desproporcionado, lo más probable es que los tribunales utilicen dicha doctrina para presumir la negligencia del facultativo. Es decir, lo previsible es que la eventual condena del «médico-empresario» se base en la existencia de culpa, y no en un precepto, como el art. 148 TRLC, que permite imputar responsabilidad con independencia de ella.

Por ello lo más probable es que el carácter defectuoso del servicio médico, consecuencia de la producción de un resultado que no se corresponde con los riesgos previsible del tratamiento, conlleve la aplicación del art. 148 TRLC exclusivamente a los centros hospitalarios pero no a los médicos individualmente considerados aunque puedan ser considerados como empresarios. En el primer caso (reclamación contra el establecimiento sanitario) para fundar la condena de éste no sería necesario invocar ni el art. 1902 ni el 1903 CC. pero, como se ha podido comprobar, la jurisprudencia tiende a hacerlo así, acudiendo también, con frecuencia, a la doctrina del daño desproporcionado. Y ello sólo genera confusión, pues, como es evidente, no tiene sentido utilizar, al mismo tiempo, criterios objetivos y subjetivos de imputación de responsabilidad.

El segundo supuesto analizado es el relativo a las infecciones hospitalarias. En esta hipótesis parece claro que el art. 148 TRLC sólo puede usarse para fundar la responsabilidad del establecimiento de salud¹⁰⁰, pues la adopción de medidas de asepsia y con-

⁹⁹ Pensemos por ejemplo que se trata de un odontólogo titular de su propia clínica, o un ginecólogo que atiende a la paciente embarazada en su consulta privada.

¹⁰⁰ Así lo entienden las SSTS 1-7-97 (RJ 1997/5471); 21-7-97 (RJ 1997/5523); 18-6-98 (RJ 1998/5290); 9-12-98 (RJ 1998/9427); 5-1-07 (RJ 2007/552). Un caso aislado lo constituye, sin embargo, la STS 18 marzo 2004 (RJ 2004/1823), que condenó, con base en el art. 28 LCU, tanto al médico como al centro sanitario demandados. En este supuesto la actora, que había sido operada de hernia discal por el demandado, contrajo en dicha operación una infección (discitis) en el espacio intervertebral afectado que le provocó graves secuelas. El TS parece considerar que la infección tuvo su origen en la propia actividad desarrollada por el demandado en la operación.

trol necesarios para evitar la propagación de gérmenes corresponde al centro sanitario, es decir, se trata de una circunstancia que queda bajo su ámbito de control. Como es lógico no cabe hacer responsable de infecciones nosocomiales al personal a su servicio a menos que la infección tenga su origen en la concreta omisión de medidas de precaución por parte de algún facultativo o miembro del personal del establecimiento en cuestión. Pero en tal hipótesis –además de que los trabajadores del centro hospitalario no pueden considerarse «empresarios» a efectos de la aplicación del TRLC– es claro que, sobre la base de un comportamiento negligente del causante directo de la infección, se aplicarán previsiblemente las reglas generales de responsabilidad y no el repetido art. 148 TRLC.

El último supuesto al que nos hemos referido antes es la utilización de un producto defectuoso en el curso de un servicio. Si el producto ha sido empleado por un facultativo en el desarrollo de sus funciones en un centro de salud u hospitalario, no podrá invocarse el art. 148 TRLC. De un lado porque el médico que trabaja para un tercero no puede ser considerado como «empresario». De otro porque la adquisición, conservación y eventual control de los productos que se utilizan en las instalaciones médicas corresponde al establecimiento en que se lleva a cabo dicha actividad, que será quien asuma frente al paciente la «garantía» de seguridad. Es otros términos, el riesgo del posible carácter defectuoso del material empleado forma parte del ámbito de riesgos que ha de asumir el titular de la actividad desarrollada, pero no, como es lógico, el personal a su servicio. Ahora bien, si un médico o facultativo desarrolla de manera autónoma o como empresario individual su actividad y emplea un producto o material defectuoso (v. gr. instrumental empleado por un dentista o un radiólogo en su consulta) que causa un daño a un paciente, creo que ningún obstáculo hay para que pueda reclamársele responsabilidad con base en el art. 148 TRLC.

4. POSIBLES CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DE SERVICIOS MÉDICOS

Los preceptos del TRLC destinados a regular los daños causados por servicios no contienen, como ya se indicó, un régimen completo de responsabilidad sino que se limitan a establecer sendos criterios de imputación de responsabilidad: por culpa con inversión de la carga de la prueba en el art. 147 y objetiva en el art. 148. Si bien en el supuesto en que la responsabilidad se basa

en la culpa presunta del empresario (art. 147) cabe entender que constituyen causas de exoneración del demandado las habituales (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero, «culpa» exclusiva de la víctima) que implican, bien la inexistencia de negligencia, bien la inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño, cabe preguntarse cuál es la situación en relación con los supuestos de responsabilidad objetiva del art. 148 TRLC.

En la LCU, que, como se sabe, contenía la regulación aplicable a los daños causados por servicios hasta la entrada en vigor del TRLC de 2007, el art. 25 establecía, con carácter general, que el consumidor y usuario tenía derecho a ser indemnizado salvo que el daño estuviese causado por su «culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente», por lo que se interpretaba que la culpa exclusiva de la víctima impedía imputar responsabilidad al prestador del servicio tanto en el supuesto del art. 26 (regla general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba) como en los supuestos del art. 28 (responsabilidad objetiva)¹⁰¹. De hecho, dado que este último precepto establecía la responsabilidad en relación con los daños «originados en *el correcto uso y consumo de bienes y servicios*» podía entenderse que habría «culpa» exclusiva de la víctima cuando el daño era consecuencia del incorrecto uso del servicio en cuestión.

El actual art. 148 hace referencia, al igual que su precedente en la LCU, a los daños originados «en el correcto uso de los servicios», por lo que cabe afirmar que cuando la víctima ha hecho un uso indebido o inadecuado del servicio de que se trate no podrá exigirse responsabilidad al prestador del mismo. No obstante, tratándose de servicios médicos, no es fácil pensar en supuestos de *uso indebido* salvo el consistente en el incumplimiento por el paciente de los consejos o instrucciones dados por el médico antes o después del tratamiento¹⁰². Alguna sentencia del TS, relativa a transfusiones de sangre contaminada, ha relacionado el «correcto uso» aludido en el –entonces– art. 28 LCU con el hecho de que la demandante no perteneciera a ningún grupo de riesgo¹⁰³, circunstancia ésta que más bien hace pensar en la existencia de una causa extraña al tratamiento o inter-

¹⁰¹ MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «La responsabilidad por bienes y servicios...», cit., p. 212. Se consideraba igualmente que, aunque la LCU no contemplaba la concurrencia de culpa de la víctima, podía ser tenida en cuenta para reducir la indemnización.

¹⁰² En este sentido, con referencia a la LCU, PEÑA LÓPEZ, ob. cit., p. 787.

¹⁰³ STS 11-2-1998 (RJ 1998/797).

vinción médica, excluyente, por tanto, de responsabilidad¹⁰⁴, y no en un uso incorrecto del servicio médico¹⁰⁵.

Un supuesto no contemplado expresamente en la LCU y tampoco incluido ahora en los preceptos del TRLC relativos a daños por servicios es el hecho de un tercero. Sin embargo, parece claro que en la medida en que el comportamiento de un tercero ajeno al servicio médico de que se trate interrumpa el nexo causal ha de admitirse su eficacia exoneratoria¹⁰⁶.

Lo mismo cabe decir de la fuerza mayor, entendida ésta como acontecimiento externo y ajeno a la esfera de control del eventual responsable del daño¹⁰⁷. En el ámbito de la responsabilidad objetiva no tiene cabida como causa de exoneración el caso fortuito¹⁰⁸, pero sí la fuerza mayor en tanto supone una ruptura del nexo de

¹⁰⁴ Así lo entiende la STS 30-12-1999 (RJ 1999/9752) que considera aplicable el art. 28 LCU y declara responsable al SAS del daño derivado del contagio del VIH a la demandada, quien, según indica, no pertenecía a ningún grupo de riesgo «que permitiera presumir racionalmente la existencia de alguna otra causa determinante de la presencia de dichos anticuerpos en aquella».

¹⁰⁵ De hecho, en su comentario a la S. de 11-2-98, PEÑA LÓPEZ, *CCJC*, 47, cit, p. 787, decía no entender «qué relación guarda el pertenecer a uno de los grupos de riesgo con haber hecho un uso correcto de los servicios sanitarios».

¹⁰⁶ Así lo indicaban, en relación a los arts. 26 y 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 402; BERCOVITZ, «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 240, 241.

Aunque en sede de servicios médicos no es fácil imaginar posibles supuestos de intervención de terceros causantes del daño, cabe apuntar, como ejemplo, la STS 20-5-2011 (RJ 2011/3982). Una mujer falleció tras una intervención de hernia discal en la que se produjo una lesión del vaso abdominal, que era un riesgo previsible, aunque improbable, del que se había informado a la paciente. A consecuencia de la lesión se trasladó a la paciente a otro hospital donde, debido al tratamiento practicado allí por los cirujanos vasculares, se le produjo un *shock* séptico que le causó la muerte. Se demandó al cirujano que llevó a cabo la operación de hernia y su compañía de seguros, pero no a los cirujanos vasculares. El TS consideró inaplicable el art. 28 LCU afirmando que dicho precepto se refiere sólo a los aspectos organizativos y no a la responsabilidad individual de los médicos, pero la razón fundamental fue, en realidad, que no se apreció nexo causal directo entre los servicios prestados por el demandado y el daño sufrido por el paciente, indicando el TS que no podía imputarse responsabilidad al primer médico –que fue el único demandado– de acuerdo con la «prohibición de regreso» (de dudosa aplicación si se tiene en cuenta que el comportamiento de los terceros no parece que fuera doloso o gravemente imprudente).

¹⁰⁷ Sobre el concepto de fuerza mayor, como causa de exoneración en la responsabilidad objetiva, BASOZÁBAL, *Responsabilidad extracontractual objetiva...*cit., p. 111.

¹⁰⁸ Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad contractual, y en la medida que se entiende que el deudor sólo queda exonerado cuando su incumplimiento se debe a hechos ajenos a su ámbito de control (Por todos, PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC* 1991-III, pp. 1056 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Cívitas, 2009, p. 727), no suele diferenciarse entre caso fortuito y fuerza mayor (art. 1105 C.c.). No ocurre, lo mismo, sin embargo, en el campo de la responsabilidad extracontractual. Si bien el caso fortuito, entendido como suceso imprevisible o inevitable, puede exonerar de responsabilidad al demandado cuando su responsabilidad se basa en la culpa (pues implicaría que su comportamiento no ha sido negligente) en el ámbito de la responsabilidad objetiva sólo la fuerza mayor, por su carácter externo al círculo de actuación del agente, puede operar como causa de exoneración. En este sentido, en relación con el art. 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos...* p. 403; PEÑA LÓPEZ, ob. cit.,

causalidad entre el comportamiento del agente y el daño¹⁰⁹. A esta posible causa de exoneración y con referencia al caso concreto de los servicios sanitarios alude la ya citada STS 5 enero 2007 (RJ 2007/552)¹¹⁰, que viene a decir que la imputación objetiva de responsabilidad que deriva del funcionamiento inadecuado de un servicio se excluye cuando el daño ha sido producido por «una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable». Es difícil, nuevamente, imaginar hipótesis de acontecimientos *extraños* a la prestación del servicio sanitario con virtualidad para interrumpir el nexo causal. No pueden considerarse como tales, por supuesto, los casos de infecciones hospitalarias, o de deficiencias o defectos en el instrumental quirúrgico, medicamentos o materiales empleados en el tratamiento, ya que, por muy «fortuitos» que puedan parecer, no son hechos ajenos al círculo de actividad médica ni, como se deduce de lo hasta ahora expuesto, cabe pensar que la prestación de servicios médicos *no incluye una garantía de indemnidad* frente a posibles infecciones originadas en el propio centro hospitalario o posible uso de material defectuoso (adviértase que tales circunstancias no pueden ser consideradas como *riesgos típicos o inherentes al tratamiento* –que son asumidos por el paciente cuando es adecuadamente informado–, sino que entran dentro de los riesgos de los que el prestador del servicio médico ha de responder). ¿Qué hechos podrían, pues, ser considerados como supuestos de fuerza mayor? Al margen de los consabidos casos de terremotos, inundaciones y demás acontecimientos ocasionados por las fuerzas de la naturaleza, quizás quepa considerar como acontecimientos *ajenos al círculo de actividad médica*, que interrumpen la relación causal entre la actividad sanitaria y el daño, las posibles enfermedades que pueda sufrir el paciente de manera súbita o repentina y que interfieran en la dolencia que venía siendo objeto de tratamiento, siempre que sean *independientes* de esta última –es decir, no tengan ninguna relación con la enfermedad preexistente– *imprevisibles e inevitables*. La consideración de tales circunstancias como causa de exoneración requeriría, no obstante, una afinada labor de comprobación de los elementos concurrentes porque de otro modo podría llegarse a calificar como *hecho externo* y con virtualidad exoneratoria lo que no es sino uno de los riesgos inherentes al tratamiento

p. 793; Desde un punto de vista general, BASOZÁBAL, «Elementos sustantivos...», cit., p. 311; *Responsabilidad extracontractual objetiva...* cit., p. 82.

¹⁰⁹ Respecto del art. 28 LCU, PARRA LUCÁN, *Daños por productos...* p. 403; PEÑA LÓPEZ, ob. cit., p. 793. En relación con el art. 148 TRLC, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, ob. cit., p. 1942.

¹¹⁰ El demandante sufrió una infección hospitalaria tras una operación para la reparación de una herida en la córnea que le causó la pérdida de la visión del ojo afectado.

médico¹¹¹ (que sólo excluyen la responsabilidad médica cuando se ha informado de ellos convenientemente al paciente).

Mención aparte merece la cuestión relativa a los riesgos del desarrollo¹¹², que no deben ser equiparados al supuesto de fuerza mayor¹¹³. En relación con la LCU (y tanto antes como después de la publicación de la LRPD, que incluyó como causa de exoneración de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos los riesgos del desarrollo –si bien excluyendo su operatividad respecto de medicamentos, alimentos y productos alimentarios–¹¹⁴), la doctrina se preguntaba si el art. 28 LCU permitía imputar objetivamente responsabilidad al empresario en supuestos en que el estado de los conocimientos científicos impe-

¹¹¹ Recordemos, por ejemplo, el supuesto resuelto en la STS 19-10-2007 (RJ 2007/7308), relativo a la muerte de un menor como consecuencia del *shock* anafiláctico provocado por la anestesia suministrada en el curso de una operación de amigdalectomía. El TS consideró que no existía responsabilidad médica porque la reacción alérgica era un hecho súbito que no podía preverse, ni por tanto evitarse, con anterioridad, al no existir previamente indicios de afecciones alérgicas. Si efectivamente no es posible desde el punto de vista médico prever ni evitar la eventual reacción alérgica cuando se manifiesta por primera vez, estaría plenamente justificada la exoneración de responsabilidad. Pero la cuestión es si realmente no es factible médicamente tener en cuenta tal posibilidad a efectos de adoptar medidas y/o si no es la reacción alérgica a la anestesia uno más entre los riesgos inherentes a ésta de los que, en su caso, debiera ser informado el paciente. De hecho, llama la atención que en la STS de 9 de junio de 1998 (RJ 1998/3717) relativa a un supuesto en que el paciente entró en coma debido, igualmente, a una reacción alérgica a la anestesia, el Alto Tribunal mantuviera la postura contraria declarando responsable al INSALUD en aplicación de los arts. 1903 C.c. y 28 LCU.

Una interrogante similar plantea la STS 23-10-2008 (RJ 2008/5789), que rechazó la existencia de responsabilidad médica por la muerte de una mujer durante el parto. Según el TS la muerte acaeció como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hell por lo que entiende que la causa del daño no fue la actividad médica sino tal enfermedad, que se instauró de manera «súbita y brusca». Pero ¿realmente es la eclampsia un hecho externo e independiente a las posibles complicaciones que se plantean durante el parto? ¿o es más bien un riesgo típico –aunque poco frecuente– de todo alumbramiento del que, para operar como causa de exoneración, debería haberse informado a la paciente? Lo mismo cabe decir del caso enjuiciado en la STS 3-7-2013 (RJ 2013/4380), en el que las lesiones sufridas por un menor se debieron al desprendimiento de la placenta en el momento inmediatamente anterior al parto, lo que es calificado por el TS como un hecho «imprevisible e inevitable».

¹¹² El concepto de «riesgos de desarrollo» se ha desenvuelto fundamentalmente en relación con la responsabilidad por productos defectuosos y hace referencia a aquellos peligros derivados de un producto que en el momento de su puesta en circulación no podían ser conocidos según el estado de la ciencia y de la técnica (SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, ... p. 536).

¹¹³ La fuerza mayor es un acontecimiento de naturaleza externa a la esfera de actividad del responsable del daño que interrumpe la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño. Los riesgos de desarrollo en cambio están referidos a hechos internos a la propia actividad del productor del bien o del prestador del servicio (SEUBA, ob. cit., pp. 296, 297, al hilo de los casos de sangre contaminada, cifra la diferencia en el hecho de que la fuerza mayor opera *ex post facto*, sobre un producto que no es originariamente defectuoso, interrumpiendo el nexo causal, mientras que los riesgos de desarrollo presuponen que el producto es originariamente defectuoso. En similar sentido, SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO/LUNA, *Los riesgos de desarrollo*, *InDret*, 2001, p. 8).

¹¹⁴ Cfr. art. 6 LRPD; 140 TRLC.

dían conocer el posible defecto del producto o servicio¹¹⁵. Por lo que respecta al actual art. 148 TRLC y centrándonos en la prestación de servicios sanitarios, para solucionar la cuestión hemos de partir de la propia noción de «servicio médico defectuoso». Si entendemos por tal aquél supuesto en que se produce un resultado *anómalo* que *no entra dentro de los riesgos típicos o inherentes al tratamiento*, parece que la materialización de un riesgo hasta el momento desconocido supondría, por definición, y a consecuencia de su carácter anómalo e inesperado, un servicio defectuoso del que se ha de responder. Aún así, si el daño en cuestión, pese a ser desconocido –y por tanto imprevisible– de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos, es de aquéllos que escapan al control médico por su naturaleza aleatoria e imposible de controlar aun actuando con toda diligencia, cabe preguntarse si no habría que considerarlo como un riesgo inherente al tratamiento que permite excluir la responsabilidad del prestador del servicio médico. El problema es en este punto que el riesgo de daño, al ser ignorado, no ha podido ser asumido por el paciente quien, obviamente, no ha podido ser informado del mismo. ¿Debe entenderse que, pese a ello, corresponde a la víctima soportar el perjuicio o debe el mismo ser atribuido al prestador de servicios médicos u hospitalarios? A mi juicio es preferible la segunda solución, debiendo entenderse que la empresa sanitaria ha de responder, *ex art. 148 TRLC*, de aquellos daños imprevistos que, debido a los insuficientes conocimientos técnicos y científicos, el usuario no ha podido asumir como riesgos propios del tratamiento o intervención. Hay que reconocer que esta opción supone otorgar un trato diferente a la sanidad pública y a la privada puesto que, como se sabe, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, el art. 144.1 de Ley 30/1992 excluye la indemnización de los daños que deriven

¹¹⁵ BERCOVITZ, «Comentario al art. 28 LCU», en Comentario a la Ley General de Consumidores y usuarios, Cívitas, Madrid, 1992, p. 718, opinaba que no existía responsabilidad en el supuesto de riesgos de desarrollo porque «sólo es razonable esperar la seguridad que deriva de los conocimientos existentes en cada momento». PARRA LUCÁN, *Daños por productos...*, cit., p. 399, se inclinaba a considerar responsable al empresario en caso de riesgos del desarrollo pero matizando que sólo debía considerarse indemnizable el daño derivado del defecto «en lo que éste supere la ventaja proporcionada» al usuario (v. gr. medicamento que provocó la ceguera de la víctima pero que de no haber sido vacunada habría muerto).

MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, ob. cit., p. 214, en un momento en que la LCU era ya aplicable exclusivamente a los servicios, suscriben la opinión de Bercovitz y señalan que, dado que la responsabilidad del art. 28 se condiciona al hecho de que los bienes o servicios causantes del daño incumplan la garantía de determinados niveles de seguridad, para determinar cuáles son esos niveles ha de estarse al estado de los conocimientos científicos y técnicos. Concluyen, por tanto, que no hay responsabilidad para el empresario en caso de riesgos del desarrollo.

de hechos «que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la técnica o la ciencia» existentes en el momento de su producción. Pero ese diferente tratamiento no me parece totalmente injustificado¹¹⁶ si se piensa que la sanidad privada, por muy altruista que consideremos en sí misma la actividad médica, no deja de ser un negocio del que se lucra su titular y cuyos posibles riesgos puede internalizar como costes empresariales. No parece pues, irrazonable, excluir la operatividad de los riesgos del desarrollo como causa de exoneración de responsabilidad del empresario de servicios médicos, del mismo modo que la LRPD (art. 6.3) en su momento y ahora el art. 140.3 TRLC, la excluyen cuando se trata de medicamentos.

Conviene advertir, por último, que los riesgos previsibles, pero inevitables de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos, entran dentro del ámbito de riesgos inherentes al tratamiento, y no habrá responsabilidad siempre que se haya informado convenientemente al enfermo sobre las posibles consecuencias adversas del tratamiento o intervención¹¹⁷.

5. RECAPITULACIÓN

Resumiendo todo lo hasta ahora expuesto, puede decirse que la aplicación del art. 148 TRLC a los servicios médicos debe basarse en la existencia de un servicio defectuoso, esto es, un servicio que no cumple el estándar de seguridad que, conforme a su naturaleza,

¹¹⁶ Lo irrazonable, como ha puesto de relieve PANTALEÓN, «Cómo repensar...» cit., pp. 206, 207, 210, es que la Administración sea responsable en supuestos en que no lo serían los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas; pero no, en cambio, la hipótesis contraria.

¹¹⁷ Aunque la cuestión se ha debatido, particularmente en relación con los supuestos de sangre contaminada (vid. DÍAZ-REGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexa causal...*, cit., pp. 219 y ss.) creo que, con carácter general, hay que entender que la figura de los «riesgos del desarrollo» atañe a supuestos en los que no es posible conocer el eventual riesgo de daño, y no a aquellos en que, conociéndose ese riesgo, los conocimientos científicos y técnicos no permiten eliminarlo (En esta línea, SOLÉ I FELIU, *El concepto...* p. 533; SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO/LUNA, ob. cit., pp. 6, 7) Al respecto indican MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU, ob. cit., p. 1802, que en la doctrina alemana la segunda hipótesis –el defecto es conocido pero no hay una solución técnica que permita detectarlo y eliminarlo– se califica como «laguna de desarrollo». En este caso la cuestión hay que reconducirla, en mi opinión, a la existencia o no de adecuada información para el usuario del producto o servicio. Es decir, habrá responsabilidad si el empresario, conociendo el posible riesgo y su carácter inevitable de acuerdo con el estado de la ciencia y la técnica, no informa de ello al destinatario del bien o servicio. Pero si el destinatario es adecuadamente informado y, por lo tanto, asume el posible riesgo de daño, no habrá responsabilidad. (Vid., en este sentido, el análisis realizado por SEUBA, ob. cit., pp. 313-315 con referencia a los contagios derivados de transfusiones de sangre contaminada. En similar sentido, SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO, ob. cit., p. 7).

cabe exigir. La idea de la que partimos es que el art. 148 TRLC hace responder al empresario que presta un servicio, haya o no culpa por su parte, cuando se produce un daño que excede de lo que el usuario puede legítimamente esperar. Esto implica, en palabras de Pasquau, que el empresario responderá de todo daño *que no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio*¹¹⁸. De este modo, todos aquellos riesgos, derivados de la actividad del empresario, que no hayan sido o debido ser asumidos por el usuario, son imputados objetivamente a aquél. Pues bien, tratándose de servicios médicos, para concretar cuáles son los riesgos que deben ser asumidos por el paciente y cuáles han de considerarse enmarcados en la esfera de la actividad médica o sanitaria, de modo que su acaecimiento dará lugar a un servicio médico defectuoso, ha de tenerse en cuenta las particularidades de este sector. Si respecto de otro tipo de servicios el estándar de seguridad exigible conforme a los usos y convicciones sociales permite hacer recaer en el empresario los daños (incluidos los fortuitos) que sean materialización de riesgos inherentes a su actividad, no ocurre lo mismo en el ámbito de los servicios médicos. En relación con ellos debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) La medicina no es en sí misma una actividad peligrosa pero es evidente que muchos tratamientos médicos, aun siendo necesarios para la salud o el bienestar del paciente, conllevan ciertos riesgos que no pueden evitarse aun empleando máxima diligencia. Los daños que son consecuencia de riesgos inherentes al tratamiento médico no pueden ser imputados al médico o centro hospitalario. Por su naturaleza aleatoria ha de entenderse *que escapan a su ámbito de control* y no forman parte del ámbito de riesgos del que el empresario de servicios médicos debe responder aunque no exista culpa por su parte.

b) Como riesgos inherentes al tratamiento hay que considerar aquellos que sean previsibles (conocidos) conforme al estado de los conocimientos científicos propios de la actividad médica, con independencia de su mayor o menor frecuencia estadística. Ahora bien, para que no exista responsabilidad será necesario que se haya informado al paciente adecuadamente de las posibles consecuencias lesivas del tratamiento médico. De no ser así, al margen de que difícilmente podrá haberse llevado a cabo la asunción de tales riesgos por el paciente, estaremos ante un caso claro de incumplimiento de *la lex artis*, que dará lugar a responsabilidad con base en la

¹¹⁸ PASQUAU, ob. cit., pp. 106, 107.

existencia de culpa o negligencia. Por otra parte, parece claro que el hecho de que se materialicen riesgos típicos o inherentes al tratamiento no impide reclamar responsabilidad si son consecuencia de una negligencia médica, pero en tal caso será necesaria la prueba del comportamiento negligente conforme a las reglas generales de responsabilidad.

c) Los daños que tengan carácter anómalo, esto es, no supongan materialización de riesgos típicos o inherentes al tratamiento médico –y que, por tanto, no han podido ser aceptados por el paciente como consecuencia probable del tratamiento o intervención– han de ser imputados al facultativo (siempre que tenga el carácter de empresario) o entidad médica. Estos daños entran dentro del ámbito de riesgos que cabe asignar al prestador de servicios médicos y, por consiguiente, aquí resulta aplicable el art. 148 TRLC. En la hipótesis señalada se estará ante un servicio médico «defectuoso» por lo que, de acuerdo con el citado precepto, el empresario deberá responder de dichos daños frente a la víctima, con independencia de su culpa o negligencia y a menos que se dé una de las causas de exoneración anteriormente aludidas (v. gr. hecho de un tercero, fuerza mayor).

Atendiendo a lo indicado, los supuestos en que cabe apreciar en la práctica la existencia de un servicio médico defectuoso son, como se ha visto: a) aquellos en que el tratamiento o intervención médica trae consigo un resultado anómalo que no se corresponde con el riesgo previsible de la intervención (supuesto equivalente al que suele tomar en consideración la doctrina del «resultado desproporcionado»); b) los casos de infecciones hospitalarias y c) los supuestos de utilización de un producto defectuoso en el curso de la actividad médica. En todos estos casos la víctima podría apoyar su demanda en el art. 148 TRLC a fin de exigir responsabilidad, bien al médico-empresario, bien al centro médico u hospitalario, *sin necesidad de probar la existencia de culpa o negligencia por parte del demandado*. Demostrado el daño y su relación causal con la actividad médica correspondería, en su caso, al demandado, probar la existencia de alguna de las mencionadas causas de exoneración.

Ocurre, sin embargo, como también se ha podido comprobar, que rara vez los tribunales, al aplicar el art. 28 LCU, fundan la condena del demandado exclusivamente en las normas de protección de consumidores. Lo habitual, suele ser (en parte como consecuencia de la argumentación jurídica realizada por las partes) que sustenten también el fallo en otras normas concurrentes como los arts. 1902 o 1903 C.c., que están basadas en la culpa. Ello genera una contradictoria situación porque si la responsabilidad se imputa

objetivamente, sobre la base de la existencia de un servicio médico defectuoso, ningún sentido tiene aludir a la culpa o negligencia del agente. Y si resulta clara y meridiana su culpabilidad, poco aporta la invocación de criterios objetivos de responsabilidad.

Para terminar, sólo resta por señalar que, concebido el art. 148 TRLC en el sentido expuesto, poca o nula utilidad tiene la invocación del art. 147 TRLC en el caso de daños derivados de la actividad médica, al menos si se entiende como un precepto que permite presumir la culpa del prestador de un servicio cuando el daño sufrido por el usuario *entra dentro de su esfera de control*. Los daños derivados de riesgos inherentes al tratamiento médico, por su naturaleza aleatoria, debe entenderse que escapan a la esfera de control médica por lo que, como ya se ha dicho, de ellos no se derivará ninguna responsabilidad, a menos que se haya incumplido el deber de información (o sean consecuencia de un comportamiento negligente, que deberá ser probado). Tratándose de daños anómalos, que no se corresponden con los riesgos inherentes al tratamiento –daños que, según se ha indicado, deben imputarse al campo de riesgos que asume el prestador del servicio y considerarse, por tanto, enmarcados en su ámbito de control– cabe exigir responsabilidad sin culpa al amparo del art. 148 TRLC. De ahí que el art. 147 TRLC (antes art. 26 LCU) no proporcione a la víctima ventaja alguna, como, por otra parte, parece desprenderse de su prácticamente nula aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C.: «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra, 5.ª ed., 2014.
- «Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU», en MORENO MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BASOZÁBAL ARRUE, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Madrid, 2015.
- «Elementos sustantivos de la protección» –apartados 2.4 a 2.10–, en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017.
- BARRÓN ARNICHES: «Comentario a los arts. IV. C: 2:105 y 2:106», en *Derecho contractual europeo, Libros II y IV del MCR* coord. por VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2012.
- BELUCHE RINCÓN: «La responsabilidad por hecho ajeno», en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017.
- «La responsabilidad del empresario» en *Practicum Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015.

- BERCOVITZ: «Comentario al art. 4», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2015.
- «Comentario al art. 28 LCU», en *Comentario a la Ley General de Consumidores y usuario*, Cívitas, Madrid, 1992.
- «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Comentario a la STS 22-7-1994», *CCJC*, 37.
- «Comentario a la STS de 1 julio 1997», *CCJC*, 45.
- «Comentario a la STS 24-9-1999», *CCJC*, 52.
- CÁMARA LAPUENTE: «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDC*, 2011, vol. 3, n.º 1, pp. 94 y ss.
- CRESPO MORA: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR» *InDret* 2/2013.
- DÍAZ REGAÑÓN: *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006.
- «Comentario STS 8-5-2003» *CCJC*, 2003, n.º 63.
- *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Cívitas, 2009.
- «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Dykinson, Madrid, 2001.
- GALÁN CORTES: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Cívitas, Navarra, 5.ª ed., 2016.
- GARCÍA GARNICA: «La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015.
- GÓMEZ CALLE: «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito-sanitario», *ADC*, 1998-4.
- «La responsabilidad derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos», en *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Díez-Picazo*, t. II, Cívitas, Madrid, 2004.
- GÓMEZ LIGÜERRE: «Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos», *RDP*, julio-agosto, 2009.
- GONZÁLEZ MORÁN: «La responsabilidad del prestador de servicios», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, coord. por León Arce y García García, t. I, 2.ª ed., Valencia, 2007, p. 1488.
- LUNA YERGA: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004.
- «Comentario a la STS 31-1-2003» *CCJC* 62, 2003.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario a la STS 15-11-2000», *CCJC*, 2001, n.º 56.
- MARTÍN CASALS/SOLÉ I FELIU: «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el TRLC», *RDP*, sept.-oct., 2008.
- «La responsabilidad por bienes y servicios», en *Derecho privado de consumo*, coord. por Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- MARTÍN CASALS/SOLÉ/SEUBA: «Compensation in the Spanish Health Care Sector», en *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Springer Wien New York, Viena, 2004.
- PANTALEÓN: «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC* 1991-III.
- «Cómo repensar la responsabilidad extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid, 2001.
- «La responsabilidad por daños derivados de la asistencia sanitaria», en *Responsabilidad del personal sanitario*, CGPJ/Ministerio de Consumo, Madrid, 1995.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Daños causados por otros bienes y servicios» en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2.ª ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2015.
- *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Zaragoza, 2011.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, Bosch, 1999.
- PASQUAU LIAÑO, M.: «El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios», en ORTI VALLEJO/GARCÍA GARNICA, *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra 2015.
- PEÑA LÓPEZ: «Comentario a la STS 11-2-98» *CCJC*, 47.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, Iustel, 2011.
- SALVADOR/SOLÉ/SEUBA/RUIZ/CARRASCO: «Los riesgos de desarrollo», *InDret*, 2001.
- SÁNCHEZ GÓMEZ: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SANTOS MORÓN: «Responsabilidad por productos defectuosos», en *Daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2.ª ed., 2017.
- SEIJAS: «Responsabilidad médica: nueva visión del TS ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados», en *Derecho de Daños*, coord. por Herrador Guardia, 2011.
- SOLÉ I FELIU: *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VAQUER: «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general», en CÁMARA (dir.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cívitas-Thomson, Navarra, 2012.
- «La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo», en BARRÓN ARNICHEs (dir.) *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, 2012.
- VERDA Y BEAMONTE (DE): «La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la Jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas», *RDPatr.*, enero-abril, 2015.
- ZELAYA ETCHEGARAY: *La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Ser o no ser español, esa es la cuestión:
criterios de interpretación, e integración,
en materia de nacionalidad y extranjería

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular (acreditado como Catedrático de Universidad)
Universidad de Sevilla¹

RESUMEN

Frente al tópico de que las normas sobre nacionalidad se han de interpretar siempre de forma restrictiva por ser materia de orden público que afecta al estado civil de las personas, en este estudio su autor, apoyado en la propia jurisprudencia y en el principio «favorabilia amplianda, odiosa restringenda», propone que dichas normas se han de interpretar extensiva o restrictivamente según se trate, respectivamente, de adquirir y tener la nacionalidad española o bien de perderla, y todo ello atendiendo, en su caso, también a la voluntad, y a la conducta, de la persona. La razón de dicho criterio es que para nuestro Derecho la españolidad es un favor (puesto que implica la plenitud de derechos), y que la extranjería es un «disfavor» (y la apatridia, el mayor de todos); lo que también justifica que las normas que se refieran al extranjero deban interpretarse extensivamente, para su equiparación con el español, y de modo restrictivo en caso contrario. Así lo exige nuestra propia Constitución (en su art. 13.1).

También es exigencia de nuestra Constitución (de su art. 11.1), que en materia de nacionalidad apenas existan lagunas legales que colmar. De ahí que en la práctica apenas quede espacio para la analogía. El legislador ha querido un sistema sobre nacionalidad lo más completo y cerrado posible, previendo él mismo sus posibles válvulas de escape, y de cierre: por un lado, a través de la carta de nacionalidad para adquirirla (art. 21.1 del Código Civil), y, por otro lado, mediante la renuncia expresa del art. 24 del Código Civil.

¹ Quiero agradecer, aunque sea aquí en nota, la colaboración en la revisión del texto y en la puntual aportación de alguna jurisprudencia que a este trabajo ha realizado mi querida colega, la Prof.^a Dr.^a D.^a Ana Moreno Sánchez-Moraleda, Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, en la Universidad de Sevilla.

PALABRAS CLAVE

Nacionalidad, extranjería, interpretación de las normas, analogía.

ABSTRACT

Opposite the topic of the rules on nationality must always be interpreted restrictively by be a matter of public policy affecting the civil status of persons, in this study the author, supported by jurisprudence itself and the principle «favorabilia amplianda, odiosa restringenda», proposes that these rules be interpreted extensively or narrowly depending on whether, respectively, to acquire and have the Spanish nationality or losing it, and all this basis, if necessary, also to the will, and behavior, of the person. The reason for this criterion is that our law Spanishness is a favor (since it involves the full rights), and that immigration is a «disfavor» (and statelessness, the greatest of all); which also justifies the rules concerning overseas to be interpreted extensively, for equality with Spanish and restrictively otherwise. This is required by our own Constitution.

It is also a demand of our Constitution regarding nationality just fill loopholes that exist. The legislature sought a system on nationality as complete and closed possible, he foreseeing possible exhaust valves, and closing on the one hand, through the letter of nationality to acquire (Article 21.1 of the Civil Code), and, on the other hand, by express waiver of art. 24 of the Civil Code.

KEY WORDS

Nationality, foreigners, laws interpretation, analogy.

SUMARIO: I. *Ocasión para desmitificar un «topos» en materia de nacionalidad: ¿es siempre necesaria la interpretación restrictiva de sus normas?*—II. *La integración de las normas en materia de nacionalidad.* 1. La nacionalidad española como estado civil y como cuestión de orden público: el consecuente principio de imperatividad y de tipicidad legal (o del sistema de *numerus clausus*) en sus causas de adquisición y de pérdida, que imposibilita el recurso a la analogía. 2. ¿Es posible la analogía en la integración de las causas de adquisición de la nacionalidad, legalmente admitidas? 2.1 La difícil —casi improbable— integración analógica *ad intra* entre las causas de adquisición de la nacionalidad, legalmente admitidas. 2.2 ¿Y es posible la integración analógica *ad extra* en materia de adquisición de la nacionalidad? En especial, el caso de la consolidación de la nacionalidad española ¿y su analogía con la usucapión? 2.3 Conclusión: la práctica inoperatividad de la analogía en la integración de lagunas normativas habidas sobre nacionalidad.—III. *Criterios de interpretación en materia de nacionalidad: el principio del «favor nationalitatis» como concreción del principio «favorabilia amplianda odiosa restringenda».* 1. Necesario punto de partida hermenéutico: la nacionalidad como institución de orden público, y su consiguiente necesaria interpretación estricta. 2. Concepción de la nacionalidad, y de la extranjería, y la consecuente interpretación de sus

normas. 2.1 Como premisa, un caso concreto (verídico): ¿es posible atribuir la nacionalidad española al *nasciturus*, al amparo del art. 29 CC, por ser aquella un beneficio para éste? 2.2 La nacionalidad –española– como «favor» de la ley –española–, y la extranjería como «disfavor»: la distinción de «favores» entre los españoles de origen y no de origen, y la distinción de trato entre españoles y extranjeros, y entre los propios extranjeros (entre los que la apatridia es el mayor «disfavor»). 2.3 Y la necesaria consideración de la voluntad de la persona, cuando la ley la permita.–3. Criterios, y ejemplos, de interpretación de las normas sobre adquisición, conservación y recuperación de la nacionalidad –española–: el principio del «*favor nationalitatis*» como concreción del principio «*favorabilia amplianda*».–4. Criterios, y ejemplos, de interpretación de las normas sobre pérdida de la nacionalidad –española–: entre el «*favor nationalitatis*» y el «*odiosa restringenda*».–5. Y criterios de interpretación en materia de extranjería: la equiparación entre el extranjero y el español como favor «principal», que ha de regir como regla interpretativa, y su distanciamiento como excepción a interpretar restrictivamente.

I. OCASIÓN PARA DESMITIFICAR UN «*TOPOS*» EN MATERIA DE NACIONALIDAD: ¿ES SIEMPRE NECESARIA LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE SUS NORMAS?

Hace ya un tiempo, en un trabajo mío donde pretendía diferenciar la analogía de la interpretación extensiva², al tratar, y relativizar en parte, la consabida prohibición de interpretar extensivamente y de aplicar por analogía normas singulares y penales, salvo que se hiciese *in bonam partem*, hacía yo referencia a determinadas materias donde es común decir que su régimen jurídico ha de ser objeto de una interpretación restrictiva.

Decía yo, en efecto (en p. 1063): «Sabiendo que la legalidad y la seguridad aconsejan que las normas penales no se extiendan por analogía, aunque no sean estricta o puramente penales, creo que deben incluirse en esta especie, o si se prefiere como subespecie dentro de las normas excepcionales restrictivas, las normas de orden público (como pueden ser, *vgr.*, las normas procesales, o las civiles relativas a la nacionalidad, a los estados civiles en general, las que regulan la prescripción,...)». Pero, en seguida, tras un punto y seguido, advertía yo mismo (en pp. 1063 y 1064): «Sorprende, en mi caso al menos, la afirmación tan admitida, en doctrina y en abundantísima jurisprudencia, de que las normas de orden público deban ser interpretadas restrictivamente (o de un modo estricto, como poco), y nada se diga sobre la analogía. Tal vez sea porque

² Precisamente, así se titulaba: «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, n.º 3, pp. 1001 a 1073.

prohibida la interpretación extensiva, que es lo menos, vaya de suyo también proscrita para ellas la analogía, que es lo más (en extensión teleológica). Sin embargo, por mi propia experiencia investigadora, vengo sospechando desde hace un tiempo que tal afirmación, si no tautológica, está, a mi juicio, mal dirigida, o enfocada, a la interpretación extensiva, cuando más bien debiera referirse sólo a la analogía. Bien está que las normas de orden público, por sus razones singulares de seguridad, sean imperativas y, por ende, indisponibles (incluso en su resolución de conflictos mediante transacción o arbitraje, cfr., art. 1814 CC), y que por ello sean también irrenunciables en los derechos que conceden y en los deberes que imponen, especialmente si con ello pudiera quedar algún tercero afectado, pues con ello está precisamente en juego el orden público (art. 6.2 CC). Pero, ¿por qué excluir la interpretación extensiva, que... no implica salirse de la letra ni de la lógica de la norma a extender? Creo que incluso permitiría respondería a aquellas razones de orden público, cuando dicha extensión se haga en apoyo y con apoyo de tal orden público».

Radicalmente, en lo más profundo de todo ello está en juego el principio *favorabilia amplianda, odiosa restringenda* (un principio, tal vez extraíble por analogía *iuris* desde el entero ordenamiento jurídico, o incluso inducible desde el art. 9.3 CE cuando impone éste «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»). Pero al ser su estudio *in recto e in extenso* de tanta enjundia y complejidad, hace poco que, siguiendo aquel lema atribuido a Julio César –*divide et impera*–, me propuse abordarlo por temas particulares. Así, por ejemplo, lo hice recientemente con el tema de la prescripción³. Aquí y ahora me propongo hacerlo con el de la nacionalidad (y, por su conexión, con el de la extranjería).

Volviendo al tópico vertido sobre ella y su interpretación, cuando incluía yo el tema de la nacionalidad entre las materias que han de interpretarse restrictivamente, me apoyaba (en la nota 136, de

³ En un trabajo titulado: «Entre la seguridad y la justicia: el juego de la interpretación, y de la analogía, en materia de prescripción y caducidad», en la obra colectiva *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la APDC*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 415 a 442. En dicho trabajo pongo en cuestión el «*topos*» de tener que interpretar siempre restrictivamente las normas sobre prescripción, por entender que esta institución se basa única y exclusivamente en razones de seguridad jurídica. Por mi parte, tras argumentar, a la vista de la propia jurisprudencia, que la prescripción se fundamenta, principalmente, en razones de seguridad jurídica, y también, aunque accesoriamente, en razones de justicia (como sanción objetiva contra quien deja prescribir su acción), terminaba diciendo: «Quede, pues, a modo de conclusión la siguiente regla: ante todo, ha de regir por principio una interpretación estricta; y para los casos de duda: que todo lo que sea contrario a la prescripción y favorable a la subsistencia voluntaria del derecho (ante la actitud demostrada de su titular), sea interpretado ampliamente (en contra de la extinción y a favor de la pervivencia del derecho y de su acción); y que todo aquello que promueva la prescripción, por propiciar la pérdida del derecho (fundada en la pasividad de su titular), sea objeto de interpretación restrictiva». *Mutatis mutandis*, veremos que la conclusión en este trabajo, sobre interpretación en materia de nacionalidad, será muy semejante.

aquella pág. 1063), en quien, muy probablemente, fue el primero en hacer tal afirmación, para luego ésta convertirse en aceptada por todos, al menos en la doctrina. Me refiero al maestro don Federico De Castro, quien en su *Derecho Civil de España*, al tratar de los modos de adquirir la nacionalidad española, comenzaba advirtiendo (en la pág. 398), que «las causas enumeradas en el Código han de considerarse taxativas, tanto respecto a los tipos de adquisición como a sus requisitos. Por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, han de interpretarse de modo restrictivo y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos».

En su más reciente relectura me asaltó la duda, detonante de este trabajo, al comprobar el apoyo jurisprudencial que tomaba De Castro (en la nota primera de aquella pág. 398), para hacer aquella afirmación: «STS 10 de febrero 1926, respecto de la inadmisibilidad de la analogía respecto de las causas de pérdida»; ¡de pérdida, decía!

Leída esa sentencia, se comprueba, efectivamente, que se refería (en su tercer Considerando) a un caso en que se sustanciaba «la discusión sobre si se perdió o no la condición de español –de origen, en el caso, de una persona– a partir de su –mero– establecimiento en Gibraltar». Y resolvía aquella STS diciendo, conforme a las Partidas (aplicables en aquel caso, atendida la cronología de los hechos): «Considerando –el 4.º– que –aquella persona– no perdió su condición de español, con arreglo a las leyes de partidas, primeras en el orden cronológico de las vigentes a la sazón, pues la ley 5.ª, título 24 de la Partida 4.ª, después de definir la desnaturalización como medio de «salir home de la naturaleza de su señor e con la tierra en que vive» y de establecer que «por que esto es deuda de natura, non se puede desatar si nom por alguna derecha razón», indicó como tales cuatro, de las cuales solo la primera era por culpa del natural, o sea «cuando el natural ficiese trayción al Señor o a la tierra», agravio que nadie imputa –al sujeto de aquel caso–; y la ley 11 del mismo título y Partida no es aplicable, no solo porque la misma lo que determina es los modos de adquirir naturaleza, y no los de perderla, sino también –y he aquí donde se asienta jurisprudencia– porque desde el momento en que la ley 5.ª dice lo referido de que la naturaleza solo se puede desatar por alguna derecha razón y fija cual estima tales, no se puede admitir por analogía ninguna otra». Y culminará aquella STS diciendo, al final de su Considerando 7.º: «es indiscutible que para dejar de ser estimado español quien lo es de origen, no basta que proceda en actos como extranjero, ni su propio deseo, sino que es indispensable... que los actos produzcan tal efecto, con arreglo a las leyes

españolas, o los deseos se concreten en la forma y con los requisitos prevenidos en las leyes y sus reglamentos»; e insistiendo, y concluyendo, en su siguiente Considerando: «... no bastando, según se ha dicho, la voluntad del natural para perder la nacionalidad mientras no se llenen los requisitos necesarios para ello,... pues en la nacionalidad no solo se comprenden derechos y deberes de índole privada, sino otros más importantes de carácter público, que los Tribunales han de proteger con el mayor esmero, resolviendo la cuestión, única y exclusivamente, con aplicación estricta –¡dice!– de las leyes vigentes en cada caso».

Como se ve fácilmente, hay un salto lógico entre lo que afirma esta STS de 10 febrero 1926 y lo que de ella deduce De Castro: desde la afirmación de aquella de que, en materia de pérdida de la nacionalidad, rige como principio la necesidad de una interpretación estricta de las leyes y que, por ello, no cabe crear por vía analógica nuevas causas que posibiliten dicha pérdida (lo que, en buena parte, hoy estaría apoyado en el art. 4.2 CC al tratarse de una materia, en cierta medida, sancionadora, o, al menos, desfavorable), se extiende tal afirmación a las causas de adquisición y a los requisitos de las admitidas legalmente, para finalmente concluir que en materia de nacionalidad no cabe la analogía, ni, por tanto, la interpretación extensiva, lo que, según el maestro De Castro, concluye en la necesidad de interpretar restrictivamente todo el régimen de nacionalidad. Bien es verdad que tal deducción la hace no solo apoyado en aquella STS de 1926, sino también, o sobre todo, «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad». Pero, siendo innegable esto último, ¿cabe de ahí derivar aquellas deducciones? Sinceramente, no lo creo; y al margen de las razones que en este trabajo se expondrán, es la propia jurisprudencia vertida desde aquel entonces en materia de nacionalidad la que lo desmiente. De ahí el protagonismo que en estas reflexiones ha de tener la casuística resuelta en aquella jurisprudencia (*Verba movent, exempla trahunt*); aunque adviértase que no por ello va a encontrar el lector resueltos todos los problemas interpretativos que puedan plantear todas y cada una de las normas referidas a la nacionalidad. La propia extensión de este trabajo lo impide, y también lo imposibilita su propio propósito, que no es el de resolver concretos problemas interpretativos, sino, más ambiciosamente (según creo), el de aportar las pautas generales de interpretación, y de integración, que han de regir en materia de nacionalidad, y de extranjería.

Y una última precisión: el estudio lo es de la interpretación por su resultado (si ha de ser necesariamente restrictiva, o puede serlo

también declarativa, extensiva, correctora,...). Pero no lo es de la interpretación según el método utilizado. Pues en tal sentido, no debe haber *a priori* restricción ninguna en el posible uso de cualquiera de los criterios de interpretación descritos en el art. 3.1 CC, ni siquiera en el de la «realidad social» a que dicha norma se refiere (aunque también De Castro pareciera rechazarla al excluir de la interpretación en materia de nacionalidad cualesquiera «criterios extrajurídicos», salvo que por tal se entienda cualquier criterio interpretativo no incluido, o imbuido, en el elenco enunciado por aquel art. 3.1 CC, como se entendió en la RDGRyN de 19 enero 2007, al tratarse de un dato excepcional, y *ad personam*). Porque, en general, como no hace mucho se dijo en la RDGRyN de 12 enero 1987: «Que el concepto de nacionalidad no debe quedar reducido a un mero vínculo formal desconectado de la realidad social que subyace en él: la integración efectiva en el grupo nacional considerado, y que deberá ser determinante a la hora de aplicar contenidos normativos imprecisos o ambiguos».

II. LA INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE NACIONALIDAD

1. LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA COMO ESTADO CIVIL Y COMO CUESTIÓN DE ORDEN PÚBLICO: EL CONSECUENTE PRINCIPIO DE IMPERATIVIDAD Y DE TIPCIDAD LEGAL (O DEL SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS*) EN SUS CAUSAS DE ADQUISICIÓN Y DE PÉRDIDA, QUE IMPOSIBILITA EL RECURSO A LA ANALOGÍA

Que la nacionalidad, así como la extranjería⁴, sea una cuestión de orden público que afecta al estado político y civil de las personas es algo incuestionable (cfr., el art. 1.7.º LRC –de 1957–, y el apartado VII de su Exposición de Motivos). Es el *status civitatis* por excelencia⁵, pues, al margen de que el tener una nacionalidad sea o no un derecho en sí mismo (y que, de serlo, lo sea o no fundamental), constituye, sin duda, el centro de imputación de los

⁴ Así, con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (Edersa, p. 752); y Díez DEL CORRAL RIVAS (en los *Comentarios al CC*, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 217), cuando dice que «la condición de extranjero da lugar a un verdadero estado civil de la persona, aunque la misma venga calificada por su aspecto negativo: el hecho de no ser nacional»; y tal condición, así entendida, es también referible al apátrida, al ser éste también extranjero, no nacional.

⁵ En opinión de DE CASTRO (pp. 394 y 395), la nacionalidad es «el *status* fundamental, político y civil», «el prototipo y único indiscutido entre los estados civiles».

demás estados civiles y de todos los derechos –civiles, políticos,...– que la persona, en su relación con las demás y con las Administraciones (con la comunidad, en general), puede tener, y también ejercer (de ahí que la nacionalidad también afecte a la capacidad de obrar)⁶. Su trascendencia absoluta, y su eficacia *erga omnes*, son, por tanto, evidentes, pues a todos los miembros de una comunidad interesa.

Y que la nacionalidad sea una institución de orden público que afecta al estado civil de las personas tiene, sin duda también, sus consecuencias: entre otras⁷, que su régimen sea casi enteramente imperativo, que sea prácticamente indisponible para la autonomía privada (cfr., el art. 1814 CC, o el art. 2.1 de la Ley de Arbitraje,...). Ciertamente que en determinados casos para adquirir (derivativamente, sobre todo), para perder (voluntariamente, no como privación), o para recuperar la nacionalidad es indispensable la voluntad del individuo, pero siempre que ésta se exprese conforme a los ritos y presupuestos de la ley. En tales intervenciones privadas hay actos jurídicos, ningún imaginario contrato que la persona celebre con el Estado. Como dice Peña Bernaldo de Quirós (p. 10/109, de *vlex*), «el régimen jurídico de la nacionalidad está legalmente predeterminado –y es indisponible⁸–, sin que la autonomía de la voluntad tenga otro juego que el legalmente previsto». Porque por encima de la voluntad de la persona –y de su interés particular o privado– de querer adquirir, perder,... la nacionalidad, está la del Estado –el interés público o general– para decidir quiénes y cómo pueden adquirir, perder,... esa nacionalidad⁹. De ahí que en mate-

⁶ De entre tantísimos que profundizan en tales ideas (*vid.*, por todos, DE CASTRO, pp. 394 ss; también CARRASOSA GONZÁLEZ, con otros, pp. 18 a 20), permítaseme, como síntesis, reproducir la siguiente explicación de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (en los *Comentarios al CC*, 2.^a ed., de EDERSA, p. 4/109, tomado de *vlex*): «la nacionalidad es la condición que tienen las personas por ser miembros de la comunidad española. Está caracterizada por una doble trascendencia, pública (en cuanto determina el elemento personal del Estado español), y civil (en cuanto constituye el estado civil básico, puesto que asigna la plenitud de derechos civiles a quien la ostenta y decide el régimen de los demás estados de la persona). Es un *status* político con trascendencia de estado civil. Constituye, en cuanto relación jurídica de estado civil, un vínculo entre el sujeto y la comunidad nacional».

⁷ Que, por ejemplo, pueden verse magníficamente compendiadas por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 10/109, de *vlex*), o por CARRASOSA GONZÁLEZ (y otros: *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid, 2007, p. 20).

⁸ Añade FERNÁNDEZ ROZAS (*Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, p. 33).

⁹ Hago todas esas observaciones entendiendo ya superadas viejas concepciones como la del contrato social, o la de ver en el fondo de las causas legales de adquisición y pérdida de la nacionalidad una suerte de voluntad presunta de la persona que la adquiere o pierde. Tampoco voy a entrar aquí, pues excede también del objeto del presente estudio, en los datos económicos, sociales... (de inmigración, emigración, natalidad...), que puedan influir en cada momento en la determinación de los criterios legales de adquisición (por ejemplo, según se haga prevalecer el *jus soli* o el *jus sanguinis* –cuestión ésta ya de por sí discutida–), o para la pérdida de la nacionalidad. Son todos ellos factores relativos, por

ria de nacionalidad rija como principio la legalidad y, como su efecto, la tipicidad, especialmente a la hora de decidir quién es, o no, español, y siéndolo cómo puede conservar su españolidad, cómo puede perderla, o, en su caso, cómo puede recuperar la nacionalidad perdida¹⁰. Aquí sí tiene total validez aquella afirmación del maestro De Castro, cuando –recuérdese– afirma (en p. 398), que «las causas enumeradas en el Código han de considerarse taxativas, tanto respecto a los tipos de adquisición como a sus requisitos. Por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad...»¹¹.

Es un principio que, actualmente, establece incluso la propia Constitución, cuando dice en el primer apartado de su art. 11: «La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley»¹².

Todo ello –imperatividad y legalidad– explica, como consecuencia última, que toda causa para adquirir, conservar, perder o, en su caso, recuperar la nacionalidad española deba de estar tipificada por el legislador, lo que implicará que las únicas causas para adquirir, perder,... la nacionalidad sean solo aquéllas previstas por el legislador, sin que quepa ninguna otra (ni por pacto, ni tampoco por aplicación analógica,...), sencillamente porque el régimen legal tipificado es, por un lado, imperativo, y por otro, cerrado (al contener un sistema de *numerus clausus* sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española).

cuanto coyunturales (que varían según cada momento histórico, y según cada país), que no han de afectar a nuestro estudio, que en su propuesta de los criterios a seguir en la integración e interpretación de las normas sobre nacionalidad está al margen, por encima incluso, de aquellos datos que son cambiantes.

¹⁰ Como explica PERÉ RALUY (*De la nacionalidad*, Barcelona, 1953, p. 40 ss), el principio de autonomía de la voluntad, o de libertad que algunos llaman, no existe en la adquisición originaria (ni en la pérdida como privación) de la nacionalidad, y se observa más presente en la adquisición derivativa, en la pérdida (no privativa, o punitiva), y en la recuperación; aunque siempre, según cada caso, más o menos fuertemente condicionada a la voluntad del Estado; pues en esta materia, dice (pp. 43 y 44), rige el «principio de primacía del interés del Estado». Así también, FERNÁNDEZ ROZAS (p. 33), o RAMOS CHAPARRO (*Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, 1999, pp. 202 y 203), entre otros muchos.

¹¹ Lo decía también, en cierto modo, aquella primigenia STS de 10 febrero 1926, en su primer Considerando: «... que por establecer la nacionalidad un vínculo jurídico entre los individuos y la nación respectiva, engendrador de derechos mutuos de carácter público y privado, así como de los deberes correlativos, todas las legislaciones han establecido disposiciones legales reglamentarias para determinar las circunstancias por las que se adquiere o pierde dicha condición, en las cuales, si bien se atiende, como no podía menos de atenderse, a la voluntad de los individuos, en determinados casos se regula la expresión de esa voluntad, especificando el modo y forma como ha de manifestarse para producir el efecto legal para adquirirla o de perderla».

¹² Quizás, hasta podría decirse que algunos textos legales internacionales obligan a ello, a que los Estados legislen sobre la nacionalidad, a fin de que permitan tener una nacionalidad, o cambiarla, o de no perderla arbitrariamente, y de evitar, sobre todo, la apatridia y la discriminación por razón de sexos (a lo cual volveré luego, en un lugar –según creo– más adecuado).

Y así lo decía aquella STS de 10 febrero 1926 –recuérdese–, refiriéndose a la pérdida de la nacionalidad española, cuando concluía que «la naturaleza –esto es, la nacionalidad, que así llamaba las partidas– solo se puede desatar por alguna derecha razón –tipificada legalmente, diríamos hoy– y no se puede admitir por analogía ninguna otra». Tras ella se vendrá luego a insistir en la misma idea, de que no caben nuevas formas de pérdida de la nacionalidad española, por ser las legalmente previstas las únicas, y taxativas: así, por ejemplo, la RDGRyN de 7 diciembre 1988 negará en el caso que la nacionalidad argentina adquirida por los padres median- te opción por sí misma «no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen del interesado –del hijo de aquellos padres nacionalizados argentinos–, pues esto supondría crear una nueva forma de pérdida no prevista por el legislador español». En otro caso, la RDGRyN de 13 marzo 1993 dirá en su Fundamento 5.º: «Es cierto que podía existir algún caso singular en el que la conducta del interesado pudiera deducirse la renuncia de la nacionalidad española, pero el simple asentimiento voluntario a la nacionalidad francesa, adquirida antes involuntariamente, no podía constituir causa de pérdida de la nacionalidad española, so pena de caer en una interpretación extensiva del artículo 23 citado del Código que no se compaginaba con el carácter taxativo de los supuestos legales de pérdida. Así tuvieron ocasión de precisarlo la Instrucción de 16 de mayo de 1983, epígrafe III –más bien, la Instrucción de la DGRyN de 20 de marzo de 1991¹³–, y la Resolución de 17 de junio de 1983». En la misma línea, las RRDGRyN de 14 julio 1994 y –copiándola– de 26 septiembre 1995, al decir aquella en su Fundamento jurídico VI: «En todo caso ha de tenerse presentes como guía para el intérprete, que la materia no puede ser objeto de interpretación extensiva, porque ni pueden crearse otras formas de pérdida al margen de la Ley (art. 11.1 de la Constitución) y porque un español de origen, sin contar con su voluntad, no puede ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 de la Constitución)»; secundándola la RDGRyN de 5 enero 1996, cuando dice en su Fundamento de Derecho 7.º: «Como viene señalando la doctrina de este Centro Directivo, a partir especialmente de la Resolución de 14 de julio de 1994, es menester interpretar restrictivamente dicho artículo 24 para no crear formas de pérdida al margen de la ley y porque un español de origen, sin contar con su voluntad, no puede ser privado de la nacionalidad (art. 11.2 y 3 de la Constitución)». Ya luego vendrán otras muchas a afirmar, lacónica, pero sentenciosamente, «el carácter tasado de las causas de pérdida de la nacionalidad establecidas en los arts. 24 y 25 CC» (entre otras, la RDGRyN de 25 junio 1999).

¹³ La Instrucción citada de 1983 no se refiere al carácter cerrado o completo de las causas de pérdida de la nacionalidad, sino a la imposibilidad de interpretar extensivamente las admitidas (que luego se verá más adelante en este trabajo). Será, en cambio, la Instrucción de 20 marzo 1991, indicada en texto, la que aúne ambas afirmaciones al señalar «el carácter taxativo de las causas de pérdida que no puede ser objeto de interpretación extensiva».

Y lo mismo puede decirse de las causas de adquisición de la nacionalidad española. Tal vez por ello el legislador, siendo consciente de la rigidez, e incluso de las posibles deficiencias, de su sistema para adquirir la nacionalidad española, haya incluido entre sus causas la carta de naturaleza (del art. 21.1 CC), como válvula de cierre, como mecanismo supletorio de último grado para adquirir la españolidad, cuando ésta no pueda adquirirse por las demás vías legales, pero existan circunstancias excepcionales en el caso que, por justicia, lo aconsejen¹⁴. No en vano, la RDGRyN de 24 junio 2005, sobre un caso en que se planteaba si cabía aplicar al extranjero casado con cualquier funcionario que trabajara y residiera fuera de España el art. 22.3 CC (en su ficción legal de estimar como residencia legal española la de la embajada donde el extranjero conviva como esposo del funcionario diplomático o consular), tras negar la extensión por analogía de aquella norma, entiende que solo cabría solicitar la españolidad por la vía de la carta de naturaleza.

En lo que respecta a las causas de pérdida de la nacionalidad española, hay quien, como Ramos Chaparro (p. 215), considera como cláusula de cierre la pérdida por renuncia expresa del art. 24 CC.

A la vista, en definitiva, del listado cerrado y completo existente para adquirir y perder (o, en su caso, recuperar), la nacionalidad,

¹⁴ *Vid.*, por todos, ESPINAR VICENTE (*Derecho Internacional privado. La nacionalidad*, 2.^a ed., Granada, 1988, pp. 105 a 108), quien en síntesis concibe la carta de naturaleza como un sistema de discrecionalidad correctora y flexibilizador residual, como vía de escape y como cláusula de cierre, fundado en exigencias de justicia ante las deficiencias técnicas y la rigidez y taxatividad del sistema legal ordinario de adquisición de la nacionalidad. Así también RAMOS CHAPARRO (p. 214), quien, sin demérito de los demás, lo explica de un modo inmejorable: «la concesión discrecional de la nacionalidad por carta de naturaleza –dice–, en cuanto se basa en circunstancias excepcionales o no tipificadas, supone una derogación *ad personam* del régimen de los requisitos ordinarios, y tiene, por ello, un significado afín al privilegio o a la dispensa, que nos recuerda el carácter público del vínculo ciudadano, al introducir directamente al Poder político en la mecánica causal de un estado civil, mediante un acto singular, que es la base del hecho relacionante... Esta fórmula legal (preestablecida también, en cuanto tal, por el ordenamiento) es un elemento final de flexibilidad en el sistema adquisitivo, que deja, en última instancia, en manos de la decisión gubernamental, una adquisición «irregular», pero querida y solicitada por el sujeto. Siempre cabe el peligro de que un rígido sistema legal determinante pueda impedir la incorporación a la sociedad nacional de alguna persona, cuyas circunstancias excepcionales queden fuera de la letra de la ley, pero recomienden, por alguna justa causa, la adquisición del vínculo; ante este riesgo técnico inevitable, el propio legislador ha establecido la válvula de escape, reconociendo directamente al Poder Ejecutivo del Estado, una potestad creadora excepcional del *status civitatis*». Últimamente, en sus últimas ediciones, parece acoger esta explicación FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 185 y 186). Para mayores detalles, sobre este modo de adquirir la nacionalidad española, permítaseme remitirme a mi trabajo «Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad», en ADC, 2010, pp. 1219 a 1244. En cambio, GARCÍA RUBIO («Consolidación de la nacionalidad española», en ADC, 1992, n.º 3, p. 957), considera como norma de cierre del sistema la consolidación del art. 18 CC.

ninguna posible laguna habrá que colmar, ya sea a través de la analogía, ni siquiera a través de la supletoriedad de normas generales. Por eso, por ejemplo, no cabría defender la posibilidad de una renuncia tácita y libre a la españolidad, amparada supletoriamente en el art. 6.2 CC, pues ello iría en contra del propio orden público –incluso, del internacional¹⁵, si tal renuncia deriva en la apatridia– (recuérdese lo dicho por la RDGRyN de 13 marzo 1993, antes reproducida)¹⁶; como tampoco cabría perderla por prescripción, por el simple hecho de no usarla, ni ejercitarla. Ni tampoco, como reverso, cabría que hace años –antes de que existiera la consolidación del art. 18 CC, introducido en 1990– alguien hubiera podido alegar la adquisición de la nacionalidad española por haberla prescrito, al amparo de los arts. 1940 y ss del CC, o por cualquier medio para adquirir un derecho real al amparo del art. 609 CC... Parece, incluso, absurdo el solo hecho de plantear tales hipótesis¹⁷. Ahora bien...

¹⁵ En efecto, son varios los textos internacionales que proclaman el derecho a tener una nacionalidad –o a cambiar de ella–, se trate de una sola o de varias nacionalidades (sí así lo permite cada Estado), mas siempre evitando que las reglas fijadas al efecto en las leyes de los Estados permitan la pérdida arbitraria de la nacionalidad, máxime si ello lleva a la apatridia. Lo dice, por ejemplo, el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Y en ello insisten los Tratados internacionales a favor del niño («Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad»; o «El niño tienen derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad»), y a favor de la mujer («Los Estados otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. Los Estados otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos»); o sea, a favor de toda persona. De ahí que se hable de «la lucha contra la apatridia» como uno de los principios básicos existente en materia de nacionalidad (y que, en nuestro Derecho, puede verse imbuido en las letras c] y d] del art. 17 CC, o en el art. 24 CC, por ejemplo); todo ello al margen, insisto, pues aquí no es cuestión que nos afecte, que el derecho a tener una nacionalidad, o a cambiarla, sea o no un derecho fundamental, si quiera subjetivo, de la persona. Lo que no cabe, de ningún modo, es admitir un supuesto derecho a la apatridia.

¹⁶ Así, DE CASTRO (pp. 435 y 436); o FERNÁNDEZ ROZAS (p. 33). Como dice RAMOS CHAPARRO (p. 215), «en ningún caso, el vínculo de la nacionalidad es *stricto sensu* renunciabile», aclarando en nota (34): «Supondría esta renuncia libre e incondicional la más eminente sustracción voluntaria del orden público en su conjunto... Solo hay modos legales de extinción (aunque puedan tener ingrediente voluntario) tipificados para la nacionalidad». También lo decía DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en Bercovitz, p. 153): «no es posible considerar como causa legal de pérdida la simple renuncia a la nacionalidad española cuando se ejercita por una persona que no posee ninguna otra nacionalidad... Es decir, no es posible la expatriación o el pasar a la situación de apátrida. Cambiar de nacionalidad puede ser estimado un derecho fundamental de la persona, pero no, en cambio, el de quedarse sin ninguna nacionalidad. Así lo ha declarado la Resolución de 5 febrero 1985». Y así también, las RRDGRyN de 1 junio 1993, 15 y 27 enero 1994, 8 mayo 1995, 27 junio 1996, 6 septiembre 1999, según indica CARRASCOSA (p. 112).

¹⁷ Aunque autores, como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 10/109, de vlex); FERNÁNDEZ ROZAS (p. 33); DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en la obra dirigida por Bercovitz, p. 153); o como CARRASCOSA GONZÁLEZ (p. 20), se lo plantean, para negar la viabilidad de tales hipótesis.

2. ¿ES POSIBLE LA ANALOGÍA EN LA INTEGRACIÓN DE LAS CAUSAS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD, LEGALMENTE ADMITIDAS?

Admitido que por analogía no cabe inventar una nueva causa de adquisición o de pérdida de la nacionalidad española, al no haber, en realidad, vacío posible que integrar, ¿ello impide, sin embargo, que dentro de las causas legalmente admitidas pueda existir alguna laguna y que ésta pueda ser, en efecto, integrada por la analogía? O plantéese la hipótesis a la inversa: que alguna de las normas sobre adquisición, pérdida,... de la nacionalidad pueda servir para integrar lagunas habidas en otras materias o instituciones. Piénsese, como uno de tantos posibles ejemplos –que veremos a continuación–, que admitida la consolidación de la nacionalidad española en tan lacónico art. 18 CC, tras ser reformado éste e introducido *ex novo* aquel mecanismo en 1990, pudiera plantearse la aplicación analógica de algunas normas sobre usucapión –¡o al revés!–,...

De antemano, habría que negar tal posibilidad en las normas que regulan la pérdida de la nacionalidad española como privación de la misma, por tratarse de normas sancionadoras o punitivas (art. 4.2 CC). Pero, ¿cabría decir lo mismo de las que regulan la pérdida voluntaria de la nacionalidad?¹⁸, o ¿qué decir de las normas que regulan la adquisición, la conservación o la recuperación de la nacionalidad?

2.1 La difícil –casi improbable– integración analógica *ad intra* entre las causas de adquisición de la nacionalidad, legalmente admitidas

Por principio y en teoría, al menos, nada impide que el régimen previsto para una causa adquisitiva de la nacionalidad española pudiera aplicarse para colmar alguna laguna contenida en el régi-

¹⁸ A diferencia de LORENZO SEGRELLES (en *Nacionalidad y extranjería*, dir. Fernández Masía, Valencia, 2011, p. 241), que entiende excluida la analogía en esta sede por tratarse de un régimen sancionador, DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en Bercovitz, p. 153), entiende impedida aquélla por el carácter excepcional de éste (*ex art. 4.2 CC* también), pero no justifica tal excepcionalidad. No creo que pueda decirlo porque la adquisición o la tenencia de una nacionalidad sea lo común, y perderla sea lo excepcional. Pues obsérvese que en los casos de pérdida voluntaria de la nacionalidad siempre habrá de tenerse otra nacionalidad, diversa de la española, a fin de evitar la apatridia. Lo excepcional sí sería tal apatridia, no tener ninguna nacionalidad, y también lo sería perder la nacionalidad por imperativo legal, sin o contra la voluntad del nacional que pierde su nacionalidad (esto es, en los casos de privación). Pero no veo yo que perder la nacionalidad voluntariamente por adquirir otra sea algo excepcional (al menos, en sentido técnico-jurídico, aunque pueda serlo en otro sentido –por lo inusual,...–, que aquí, naturalmente, no importa).

men referido a otra causa adquisitiva; siempre, claro es, que exista auténtica laguna legal, que entre ambas causas o modos adquisitivos exista una identidad de razón y que la norma a extender por analogía tenga aptitud para ello (según exige el art. 4 CC, en sus dos primeros apartados).

Acerca de la *eadem ratio*, no parecería suficiente el simple hecho de que el régimen sea adquisitivo para que una norma que regule una determinada causa de adquisición de la nacionalidad sea aplicada analógicamente a cualquier otra causa adquisitiva. Teniendo en cuenta la distinción que, incluso por mandato constitucional (*ex arts. 11, aps. 2 y 3, y 60.1 CE*), existe entre la adquisición originaria y la derivativa de la nacionalidad española, donde la primera opera *ex lege* (o donde «el hecho básico es el nacimiento, y los índices legales determinantes son la filiación o el lugar»¹⁹), y la segunda acontece por la combinación del acto de autoridad, de alguna «conexión» con la comunidad nacional y de la voluntad de quien, en efecto, pretende adquirir la nacionalidad, no parecería aceptable admitir la analogía entre unas y otras. Solo cabría, en teoría –insisto–, la analogía entre las propias causas legales, o entre las causas de adquisición derivativa (como, por ejemplo, son las naturalizaciones por carta, por residencia o por opción).

Pero no es la existencia de tal *eadem ratio* la cuestión que, en la práctica, dificulta, o prácticamente impide, el recurso a la analogía:

En primer lugar, no son pocas las normas sobre adquisición de la nacionalidad que resultan ser excepcionales, o singulares (por ejemplo, el art. 19.1 CC frente al art. 176.3 CC; o como cuando se permite –específicamente para determinados casos– la solicitud de la nacionalidad a través de representante, cuando como regla tal solicitud es personalísima por tratarse de un estado civil;...²⁰).

O recuérdese la RDGRyN de 24 junio 2005, sobre un caso en que se planteaba si cabía aplicar al extranjero casado con cualquier funcionario que trabajara y residiera fuera de España el art. 22.3 CC (en su ficción legal de estimar como residencia legal española la de la embajada donde el extranjero conviviera como esposo del funcionario diplomático o consular), que, tras negar la extensión por analogía de aquella norma, entendía que solo cabría solicitar la españolidad por la vía de la carta de naturaleza. O el caso de la RDGRyN de 9 junio 2014, negándose a la interpretación extensiva de una norma concreta (la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007), cuando, en realidad, negaba su aplicación analógica

¹⁹ En expresión de RAMOS CHAPARRO (p. 202).

²⁰ Así, refiriéndose a la opción, DE CASTRO (pp. 408 y 409); o, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 11/30 de *vlex*, comentando el actual art. 20 CC, y en p. 25/34, al comentar el art. 26 CC y negar la aplicación analógica de aquel art. 20 CC al caso de recuperación de la nacionalidad una vez la persona ha sido privada de ella).

ante la pretensión del recurrente de aplicar aquella norma, sobre españolidad de los descendientes exilados por la Guerra Civil, a un caso diverso, no comprendido en ella, como son los descendientes de los emigrados por razones económicas durante el Franquismo)–, «dado que la aplicación extensiva de dicha disposición conforme a la alegación realizada no solamente iría en contra del tenor literal de la norma –que exige la prueba de la condición de exiliado– sino también de la finalidad de aquella –conceder un derecho de opción a la nacionalidad española de origen a favor de los descendientes de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura–».

No por este último ejemplo, sin embargo, incluiría yo en tal elenco de normas singulares todas las normas que regulan la adquisición de la nacionalidad por opción, para así, como en cambio creen otros, negar la aplicación analógica de cualquiera de sus normas y entender que solo cabe interpretarlas restrictivamente²¹: cierto que en su origen –muy moderno, procedente del Código Napoleónico–, la adquisición de la nacionalidad por opción se introdujo en nuestro Derecho como privilegio (como «excepción o beneficio irregular», decía García Goyena, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852, p. 35)²²; pero con el tiempo, y tras las sucesivas numerosas reformas legislativas habidas al respecto, ha ido aquella causa adquisitiva ampliando tanto su ámbito aplicativo, en evitación incluso de la apatridia (cfr., amén de algunas leyes especiales, los casos contenidos en los arts. 17.2, 19.2, 20.1.^a] y b] CC)²³, que me resulta hoy muy difícil seguir calificando la opción como modo adquisitivo singular, excepcional. No en vano, la interpretación extensiva de algunas de sus normas ha sido, en alguna ocasión, finalmente admitida en la jurisprudencia (según podrá verse más adelante al tratar la interpretación de las normas sobre adquisición de la nacionalidad).

Junto a tal razón hay otra, la segunda, que, en mi opinión, impide en la práctica el recurso analógico entre las propias normas que regulan las varias causas de adquisición de la nacionalidad (sea entre las legales, o entre las derivativas): la inexistencia de lagunas institucionales (no ya así de lagunas casuísticas, fácilmente resolu-

²¹ Así, el propio DE CASTRO (p. 507); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 11/30, de vlex); o LETE DEL RÍO (*La nueva regulación de la nacionalidad*, 2.^a ed., Madrid, 1987, p. 69), con BERCOVITZ (p. 63).

²² Según puede verse con mayor detalle en DE CASTRO (pp. 406 y 407).

²³ Según dice el propio DE CASTRO (p. 407): «Es de advertir que, mientras en el Derecho francés se ha ido debilitando la facultad de opción, hasta abandonarla por completo, el Derecho español, que le siguiera, lo ha mantenido».

bles mediante la interpretación extensiva)²⁴. Y no las hay, fundamentalmente, por dos motivos: como el menor, porque a veces basta con aplicar supletoriamente reglas generales (piénsese en los casos resueltos por la jurisprudencia –que veremos– sobre retroacción tácita de alguna reforma favorable a la españolidad, que bien pudieran haberse resuelto aplicando supletoriamente la Disposición Transitoria 1.^a del CC). Y, como el principal de los motivos, porque esa ha sido la voluntad del legislador (que en esta sede, recuérdese, es primordial).

Es, precisamente, esto lo que, según creo, sucede con las normas y remisiones hechas por el legislador sobre carta de naturaleza, residencia y opción (cfr., arts. 21 a 23 CC)²⁵.

²⁴ Según explicaba yo la diferencia entre ambos tipos de lagunas (en ADC, 2012, pp. 1031 y 1032): «... hay lagunas que suponen la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. No se trata, como se ve, de un problema sólo de interpretación, pues puede que la norma a extender sea de suyo clara, no necesariamente ambigua u oscura. Coadyuvado o no por otros elementos hermenéuticos, se arribará a tal resultado en virtud del argumento *a simile*, mas sin recurrir por ello a la analogía (a ella se recurre en el otro supuesto lagunoso, el que sigue). Tampoco es aquél un caso de pura integración, pues hay norma particular que aplicar directamente, aunque de forma extensiva». Esto es, precisamente, lo que ha sucedido con la jurisprudencia arriba citada. Y decía yo respecto a la laguna institucional: «Si la laguna consiste en la imprevisión de una materia, o institución, en su integridad (lo cual es muy excepcional), o (muy hipotéticamente) en un caso particular dentro de una materia sí regulada que, sin embargo, no puede ser resuelto por las demás normas que regulan tal materia, para aquel supuesto la interpretación extensiva resultará inútil por insuficiente. Se hace necesaria la analogía, el argumento *a simile*, que al no poderse hallar en el propio ámbito normativo (pues o bien no existe, o bien es muy incompleto), ha de buscarse en el de otra normativa, reguladora de otra materia, de otra institución, similar a la que carece, por completo o para un caso particular, de previsión normativa. Como se ve, el salto en la integración es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale fuera de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva. Por eso, si es común –y aceptable– entender que en la interpretación extensiva la ley dijo menos de lo que quiso –o pudo– decir (como en la restrictiva se entiende que la ley dijo más de lo que quiso –o pudo– decir), cuando se recurre a la analogía es porque la ley no dijo –expresa y directamente– nada. Mientras en la interpretación extensiva hay –podría decirse– una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y no sólo en su espíritu, aplicada a un caso no previsto en ella pero similar por su inclusión en la materia, o institución, que regula, en la analogía, en cambio, se produce –podría decirse– el salto lógico de una norma, o de un conjunto de normas, que se extiende aplicándose a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula».

²⁵ Así, y sirva como un simple ejemplo de entre otros posibles, lo defendía yo en otro trabajo (sobre nacionalidad por carta de naturaleza, en ADC, 2010), cuando en el debate habido acerca de la impugnabilidad de las resoluciones denegatorias de carta de naturaleza, creía yo (en p. 193, nota 70), que la analogía no era argumento bastante para defender la posibilidad de tal impugnación: «... Por supuesto, no parece ser argumento –concluyente, al menos– favorable a la impugnación la posible aplicación analógica del art. 22.5 CC, que

2.2 ¿Y es posible la integración analógica *ad extra* en materia de adquisición de la nacionalidad? En especial, el caso de la consolidación de la nacionalidad española ¿y su analogía con la usucapión?

No cabe negar que, aunque la intención del legislador en materia de nacionalidad haya sido siempre regularlo todo del modo más completo y cerrado posible, hay regímenes cuya concreción y desarrollo se ha dejado, conscientemente, en manos del aplicador de la norma. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que la ley utiliza conceptos jurídicos indeterminados (como el caso de las «circunstancias excepcionales» para la posible concesión de la carta de naturaleza del art. 21.1 CC, o el de los «motivos razonados de orden público o interés nacional» para poder denegar la adquisición de la nacionalidad por residencia a que se refiere el art. 21.2 CC, ...). No se trata, por supuesto, de vacíos normativos, sino de remisiones conscientes, aunque genéricas, a la discrecionalidad, incluso a la equidad²⁶ —que no a la arbitrariedad— del aplica-

permite recurrir ante la vía judicial contencioso-administrativa las concesiones o las denegaciones de nacionalidad por residencia. No parece explicar su extensión que el art. 21 CC regule conjuntamente la naturalización por carta y por residencia. No se puede negar la conexión histórica y sustancial entre ambas naturalizaciones (tradicionalmente, y aún a veces hoy, concedida la carta cuando no se cumple la residencia legalmente exigida, pudiéndose incluso a veces instar ambas cumulativamente). Pero cuando el CC se refiere simultáneamente a ellas lo deja bien claro (cfr., aps. 3 y 4 del art. 21 CC y art. 23 CC), tan claro como cuando se refiere específica y separadamente a cada una de ellas (art. 21.1, sólo para la carta de naturaleza, y arts. 21.1 y, precisamente, 22 CC *in totum*, para la naturalización por residencia). El silencio, pues, al respecto del art. 21.1 CC, frente a lo dispuesto en el art. 22.5 CC, es negativo... Precisamente por ello, tampoco parece argumento —concluyente, al menos— contrario a la impugnabilidad el art. 223.3 RRC, cuando dice que «podrán no motivarse las resoluciones denegatorias por razones de orden público o interés nacional». En sus anteriores párrafos, es verdad, dicha norma se refiere a la carta de naturaleza y a la nacionalidad por residencia, pero ese último párrafo, el transcrito, sólo se refiere a esta última, como lo prueba el art. 21.2 CC *in fine* —en cuya posible contradicción con la norma reglamentaria no se puede entrar aquí—; norma ésta, además, que no impide el recurso ante la denegación de nacionalidad por residencia fundada en razones de orden público o interés nacional, como así dicen, por ser éstos conceptos jurídicos indeterminados, las SSTs de 7 octubre 1996, 26 julio 1997, 24 abril 1999, 5 junio 1999, y de 25 octubre 1999.». Incluso de admitirse la impugnación de las resoluciones denegatorias de la carta de naturaleza, creía yo que tampoco cabía defender la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa por pretendida aplicación analógica de una norma, el art. 22.5 CC, que es singular: «norma ésta —decía yo (en p. 196, nota 81)— dictada en la reforma de 1990, que vino a zanjar la vieja polémica que sobre esta cuestión ya existía (referida a la nacionalidad por residencia), para precisamente, siguiendo la propuesta de FERNÁNDEZ ROZAS y de la STS de 7 junio 1986 (y de otras que la siguieron), sustraer la cuestión de la jurisdicción civil y llevarla *natura sua* a la administrativa... pero que por eso mismo, era necesario el art. 22.5 CC, para sustraer excepcionalmente la cuestión del orden civil, pero por eso mismo, siendo norma singular o excepcional, no puede aplicarse por analogía».

²⁶ Esa era mi tesis sobre la carta de naturaleza, según expuse y argumenté en mi trabajo de ADC, 2010, donde, en síntesis, defendía yo la carta de naturaleza como ejemplo —a seguir— de equidad ponderadora e integradora que, de conformidad con los arts. 21.1 y 3.2 CC, corrige para casos concretos las posibles injusticias del sistema legal español de adquisición de nacionalidad.

dor jurídico para casos en que la concesión, o la denegación, de la nacionalidad solo puede ser resuelta *super casum*, más allá de los rígidos parámetros que, *in abstracto*, establece, e impone, el legislador en esta sede.

No es ese, en cambio, según creo, el caso de la consolidación de la nacionalidad del art. 18 CC: su operatividad depende solo de la ley; de hecho, se produce *ex lege*, sin necesario control oficial; pero su régimen, introducido recientemente en nuestro Derecho (en la reforma de 1990), es, sin embargo, breve, lacónico; tanto lo es que deja muchas cuestiones sin resolver (como, entre otras, si la buena fe y el título a que se refiere la norma se presumen o han de probarse, si pueden o no interrumpirse, o en su caso, si su continuidad puede también presumirse, y si han de persistir efectivamente por todo el período de diez años que se exige, o basta con que la buena fe sea inicial,...). En tantas, y otras, cuestiones que deja el art. 18 CC por resolver no cabe ver meras lagunas casuísticas, que pudieran resolverse por interpretación extensiva (¿de qué norma, dentro del régimen sobre nacionalidad, cabría hacer tal aplicación extensiva si no hay en dicho régimen ningún modo de adquirir –ni de conservar– la nacionalidad que se le parezca al introducido en aquel art. 18?). Se trata, más bien, según creo, de auténticas omisiones institucionales, que solo por auténticos mecanismos integradores cabría colmar; pero, ¿mediante cuáles?; ¿acaso cabría, en efecto, acudir en esta sede a la analogía?

Dentro de la –poca– doctrina que ha estudiado más *in extenso* la figura, se ha polemizado mucho acerca de su propia naturaleza jurídica: si se trata de un modo de conservar la nacionalidad o, como cree la mayoría y así la describe la reforma de 1990 en su Preámbulo, sirve más bien para adquirirla²⁷; y siendo de esta última forma, se ha discutido si la consolidación del art. 18 CC es

²⁷ Como concluye PARRA LUCÁN («Atribución provisional de la nacionalidad y nacionalidad aparente: los nuevos artículos 17 y 18 CC», en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 11-12, 1991, p. 229): «La doctrina suele señalar, al hablar de la posesión de estado, que no se trata de adquirir un *status* por la posesión continuada, sino de demostrar uno que existe realmente, pero del cual han desaparecido las pruebas documentales o no pueden hallarse. En la hipótesis regulada por la nueva formulación del art. 18 CC se trata por el contrario, y precisamente, de la adquisición de la nacionalidad española por la posesión continuada». Véase, también, con mayor detalle, GARCÍA RUBIO (pp. 931 ss), quien concluye que el art. 18 CC «introduce un nuevo título que da acceso a la condición nacional de español, condición que con anterioridad no se tenía o, mejor dicho, solo se tenía de hecho, pero no de Derecho. En este sentido, no hay ningún inconveniente en afirmar que la consolidación de la nacionalidad española, en realidad, es un nuevo título de adquisición de la misma. No creo, por el contrario, que aquí quepa hablar de conservación de la nacionalidad española, al menos en el sentido que tradicionalmente tiene este término en el Derecho español de la nacionalidad, en el cual la conservación se ha configurado como una declaración de voluntad de carácter solemne en el sentido de mantener la nacionalidad, mientras que en el caso del art. 18 del CC el efecto consolidador no se produce merced a una declaración de voluntad del interesado, sino por obra inmediata de la ley».

emparentable con la usucapión, o más bien lo es con la posesión de estado²⁸. Dicho dilema se pondría ya de manifiesto en la propia tramitación de la reforma de 1990 en que se introdujo por primera vez esta figura de la consolidación de la nacionalidad²⁹: desde su inicial calificación como supuesto de usucapión, finalmente, una vez tramitada y aprobada la reforma, se la calificaría como posesión de estado (como consolidación de una posesión de estado putativo). Aunque personalmente me incluya yo entre quienes no ven estrictamente reflejada la idea de una posesión de estado en el art. 18 CC (donde, por ejemplo, las exigencias de buena fe y justo título no encajan bien con el *nomen*, el *tractatus* y la *fama* de la posesión de estado³⁰), y entre quienes, además, creen que tal calificación, de admitirse, no tendría ninguna utilidad práctica en la integración de aquellas omisiones (ante la inexistencia de un régimen legal sobre la posesión de estado), no veo inconveniente en emparentarla con la usucapión (especialmente, con la ordinaria³¹). Ciertamente que entre la consolidación del art. 18 CC y la usucapión de los arts. 1940 ss CC hay muchas diferencias, algunas de ellas estructurales (como que la usucapión responde a razones de seguridad y la consolidación a razones de justicia³², que la usucapión se refiere a estrictos derechos, que además son disponibles –como sucede con algunos de los derechos reales–, mientras que la consolidación se refiere, no a un verdadero derecho, sino a un estado civil, como tal indisponible,...), y que entre ambos regímenes puede haber incompatibilidades (como, por ejemplo, según se dice, que la buena fe para la consolidación deba persistir siempre, sin que baste la inicial, frente a la regla contraria vigente para la

²⁸ Así, entre los más fervientes defensores de la distinción entre consolidación y usucapión, destaca PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 2 ss/17, de vlex, comentando el art. 18 CC). También, en cierto modo, se inclina por la separación de ambas figuras, RAMOS CHAPARRO (pp. 350 y 351). Y parece que en la otra posición se muestra ESPINAR VICENTE (cuya cita tomo del citado Ramos Chaparro).

²⁹ Cuyas explicaciones aquí tomo de PARRA LUCÁN (p. 233, nota 66); y de GARCÍA RUBIO (pp. 939 ss).

³⁰ Según destaca GARCÍA RUBIO (*ult. cit.*, y pp. 950 ss).

³¹ Así también GARCÍA RUBIO (p. 941, nota 37), aunque conviene advertir que el art. 18 CC parece admitir la consolidación aunque el título inscrito en efecto sea anulado (lo que, no obstante, es objeto de debate en la doctrina).

³² Así, parece, lo decía el Preámbulo de la ley de reforma de 1990, cuando justificaba la novedad de la consolidación para «evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad», porque «si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española “iure sanguinis” o “iure soli”, no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo –dice– que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias». Lo que para mí es más discutible es que la prescripción tenga como fundamento exclusivo la seguridad jurídica, pues también creo que en la prescripción hay, aunque secundariamente, razones de justicia, como lo demuestra la propia jurisprudencia que a veces hace una interpretación extensiva de sus normas,... (según defendí en aquel trabajo, ya citado, sobre los criterios de interpretación, y de integración, en materia de prescripción y de caducidad, al que me remito).

usucapión,...). Pero el que no sean instituciones idénticas, no puede negar su semejanza, su analogía (como especies ambas de un género superior, como pudiera ser la prescripción como mecanismo civil –no natural– de adquisición originaria³³ –de derechos y estados–); y el que haya normas antagónicas solo demostraría que en la consolidación hay reglas especiales frente a las comunes de la prescripción, lo que, en cualquier caso, no niega la existencia de otras cuestiones imprevistas (como las anteriormente descritas). Y sería en tales casos, creo, donde el recurso a la analogía podría, en principio, estar fundado y resultar útil. No en vano, de entre quienes diferencian ambas figuras y niegan la similitud³⁴, luego se ven abocados a tal recurso analógico (que así lo denominan): por ejemplo, para entender y presumir *iuris tantum* la buena fe, y su propia continuidad, exigida por el art. 18 CC (desde la aplicación analógica de los arts. 434, 435, 1951 y 1960.2.^a CC³⁵), o para entender posible la interrupción de la posesión de la nacionalidad española (por aplicación de los arts. 1945 ss CC),...; por solo citar los propios ejemplos que tal doctrina cita, y no indicar otros, como, por ejemplo, sería la necesidad de probar el título *ex art. 1954 CC*³⁶,...

Hasta cabría defender que algunas de tales lagunas o imprevisiones pueden colmarse mediante la aplicación supletoria del régimen común que sobre la prescripción comprende el CC en sus arts. 1930 ss (sobre «disposiciones generales») –como que la pérdida por posible renuncia de la nacionalidad, una vez consolidada, no perjudique a terceros (*ex art. 1935 CC*),...–, en tanto tales normas generales no se contradigan con lo que específica, o

³³ Digo originaria en el sentido de que no es derivativa, que el derecho ni la nacionalidad se adquieren de alguien, o en contra de alguien. No ya lo digo en el sentido de que la consolidación opere únicamente para la adquisición de la nacionalidad de origen. Al contrario, es común en la doctrina entender que la consolidación, aun estando sistemáticamente ubicada tras el art. 17 CC, es predicable de cualquier modo adquisitivo –originario o no– de la españolidad (así, puede verse, entre otros, en PARRA LUCÁN, pp. 230 y 231; o en RAMOS CHAPARRO, p. 351).

³⁴ Como, por ejemplo, le sucede a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 6 y 7/17, 10/17, 12/17, entre otras, tomadas todas ellas de *vlex*). De él, incluso, tomo los ejemplos que a continuación indico en texto.

³⁵ Aunque aquí, es verdad, que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*ult., cit.*); y GARCÍA RUBIO (p. 942), consideran que la presunción de buena fe es inducible de tales normas y de otras muchas al tratarse de un principio general del Derecho (lo que, en mi opinión, es más que discutible, aunque, por supuesto, en ello no quepa aquí entrar).

³⁶ Pongo tal ejemplo, aun siendo consciente de la conocida, y polémica, STS de 28 octubre 1998, tan seguida luego por tantas RRDGRyN (como las de 13 febrero y 4 julio de 2003, de 17 y 19 julio 2004, de 11 febrero 2005,...), en la que para muchos, como GARCÍA RUBIO (comentándola en ADC, 1999, n.º 1, pp. 425-432), se prescinde de la exigencia de probar el título inscrito en el RC, cuando, en el fondo, lo que hizo aquella STS fue presumirlo en el caso que resolvió atendidos los otros documentos aportados y circunstancias que rodeaban aquel caso, según entiende, comentando también aquella STS, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (en CCJC, 1999, pp. 557-577).

singularmente, disponga el art. 18 CC (cfr., art. 1938 CC). Precisamente, al respecto, bien podría haber servido el art. 1939 CC como fundamento para concederle efectos retroactivos a la consolidación producida antes de la reforma de 1990. Es lo que, sin caer siquiera en tal cuestión de la retroacción, asentó como jurisprudencia la conocida, y polémica, STS de 28 octubre 1998; tan seguida luego por tantas RRDGRyN (como las de 13 febrero y 4 julio de 2003, de 17 y 19 julio 2004, de 11 febrero 2005,...), en las que, sin embargo, se reconoce tal efecto retroactivo, pero no hay preocupación de hallarle fundamento jurídico: tal vez, creo, y aun con el obstáculo que al efecto pudieran suponer las Disposiciones transitorias contenidas en aquella reforma de 1990³⁷, pudiera ese fundamento ser el art. 1939 CC, al menos para aquellas consolidaciones que estuvieran produciéndose, *in fieri*, al momento de entrar en vigor aquel art. 18 CC; porque para las consolidaciones ya consumadas antes de tal vigencia, mejor hubiera servido como fundamento para su retroacción la Disposición Transitoria 1.ª del CC³⁸.

Precisamente hablando de la retroacción, de admitirse tal recurso a la analogía, su utilidad no solo sería para la consolidación del art. 18 CC. Me atrevería a decir que también, aunque en menor medida, lo sería para la usucapión. Piénsese, por ejemplo, en la afirmación tan comúnmente admitida de que la usucapión, una vez producida, tiene efectos retroactivos al comienzo de la posesión. De lo contrario, como decía Gentile, se le daría un golpe de muerte a la usucapión. Pero, ¿dónde, en qué norma, se dice, o se insinúa al menos, tal retroacción? ¿Acaso no cabría verla en el art. 18 CC?

A pesar de todo lo hasta aquí dicho, solo cabría negar esta analogía recíproca entre la consolidación y la usucapión por una razón: si estimamos que el régimen de una y otra es excepcional

³⁷ Por encima de ellas, según GARCÍA RUBIO (pp. 1005 y 1006), estaría el espíritu contenido en el Preámbulo de tal reforma, cuando, recuérdese, se justificaba la novedad de la consolidación para «evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad», porque «si se llega a demostrar que quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española “*iure sanguinis*” o “*iure soli*”, no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo –dice– que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias».

³⁸ No obstante, conviene recordar que, aunque sin referirse al tema de la consolidación, hace tiempo que la RDGRyN de 20 abril 1978, negó la aplicación retroactiva del nuevo n.º 3.º del art. 17 CC con fundamento en dicha Disposición Transitoria 1.ª del CC, por entender que tal Disposición se refiere a derechos adquiridos, y «la nacionalidad no es un derecho, sino un estado civil y como tal un complejo de derechos y de deberes». En cierto modo, recuerda al mismo argumento para negar la analogía entre la consolidación y la usucapión.

(art. 4.2 CC)³⁹, aunque, bien es verdad, que de admitirse tal excepcionalidad, la de la usucapión, confrontada con la de la consolidación, se desdibujaría aquí al no tratarse de adquirir algo –sea un derecho, o un estado civil– sin o contra la voluntad de otra persona (del dueño contra el que se usucape,...), ni siquiera contra la del Estado. Pero entrar más a fondo en todo esto, creo, iría más allá del objeto del presente estudio. Quede, pues, hecha la invitación a otros, si es que el tema y mis reflexiones lo merecen.

2.3 **Conclusión: la práctica inoperatividad de la analogía en la integración de lagunas normativas habidas sobre nacionalidad**

Así las cosas, solo cabe concluir, aunque sea a la vista única de la jurisprudencia vertida sobre el asunto, que en la práctica apenas hay espacio para el juego de la analogía en materia de nacionalidad: junto al hecho de que muchas de las normas que la regulan sean excepcionales o punitivas (lo que, de suyo, impide la aplicación analógica *ex art. 4.2 CC*), como razón principal de tal inoperatividad destaca el principio de tipicidad y taxatividad legal que reina en esta sede: por mandato constitucional (art. 11.1 CE), y por razones más generales de seguridad jurídica u orden público, el legislador ha tasado las causas y ha regulado exhaustivamente los mecanismos y procedimientos por los que se puede adquirir, conservar, perder o, en su caso, recuperar la nacionalidad, sin admitir ningún otro que no sean las propias fórmulas de cierre, o de escape, que el propio legislador prevé (como son la carta de naturaleza, como último mecanismo adquisitivo de la nacionalidad posible, y la renuncia, para su pérdida). No se ha dejado –o, más bien, no se ha querido dejar–, por tanto, ninguna laguna legal estrictamente considerada: la institucional. Pero no se ha podido evitar que existan lagunas casuísticas, concretas, para cuya integración, sin embargo, basta con la interpretación extensiva de sus normas o bien con el recurso al derecho común supletorio; según ha podido ponerse de manifiesto a la luz de la propia jurisprudencia.

Mas obsérvese que con esto último se rompe uno de los mitos hace tiempo consagrado en esta materia: el de que todas las normas en materia de nacionalidad han de interpretarse restrictivamente. Veámoslo con más detenimiento.

³⁹ Como así cree PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*ult., cit.*), al estimar la consolidación «una excepción a la regla de la ineficacia absoluta del acto nulo: *quod nullum est nullum effectum producit*».

III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE NACIONALIDAD: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR NATIONALITATIS* COMO CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO «*FAVORABILIA AMPLIANDA, ODIOSA RESTRINGENDA*»

1. NECESARIO PUNTO DE PARTIDA HERMENÉUTICO: LA NACIONALIDAD COMO INSTITUCIÓN DE ORDEN PÚBLICO, Y SU CONSIGUIENTE NECESARIA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Como quedó advertido al inicio del presente trabajo, hace tiempo que De Castro (en la p. 398), al tratar de los modos de adquirir la nacionalidad española, dijo que «las causas enumeradas en el Código han de considerarse taxativas, tanto respecto a los tipos de adquisición como a sus requisitos. Por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, han de interpretarse de modo restrictivo y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos». Para hacer tal afirmación se apoyaba también en la STS de 10 febrero 1926, que, sin embargo, referida a la pérdida de la nacionalidad para decir que no cabe crear por vía analógica nuevas causas que posibiliten dicha pérdida, terminaba diciendo, y concluyendo, al final de su Considerando 8.º: «... pues en la nacionalidad no solo se comprenden derechos y deberes de índole privada, sino otros más importantes de carácter público, que los Tribunales han de proteger con el mayor esmero, resolviendo la cuestión, única y exclusivamente, con aplicación estricta –¡dice!– de las leyes vigentes en cada caso».

Entre ambas afirmaciones, creo que, con alcance general, solo cabe proclamar como regla la de una interpretación estricta –en el decir de aquella STS de 1926⁴⁰–, o estrictamente literal –si se prefiere–, que a lo más solo admita ampliar o reducir la norma, pero siempre dentro de su letra y espíritu (permitiendo, por tanto, lo que cabría entender, por su resultado, como una interpretación declarativa, que a lo más puede ser lata o también estricta, según cada caso). Todo ello al margen de que la norma regule la adquisición, la pérdida, o la recuperación de la nacionalidad española (y no solo cuando se trate de perderla).

Piénsese, como ejemplo clásico de nuestra antigua doctrina (cuando tal ejemplo tenía mayor importancia que hoy), que los hijos a que se refiere el art. 17 CC comprende tanto los matrimoniales, como los no

⁴⁰ Cosa que ya decía SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales...* Tomo II, Madrid, 1899, p. 319), al hablar «del criterio estricto de interpretación, que en materia de pérdida de nacionalidad ha de aplicarse siempre».

matrimoniales (por exigencias –hoy– de igualdad, *ex arts. 14, 39 CE y 109 CC*)⁴¹ –lo que sería un caso de interpretación declarativa lata o amplia–, o que dicha norma solo incluye a los hijos consanguíneos o biológicos, quedando excluidos, por tanto, los adoptivos (quienes para adquirir la españolidad tienen su propio régimen; *cfr., art. 19 CC*) –lo que sería un caso de interpretación declarativa estricta de aquel *art. 17 CC*–.

Ahora bien, este punto de partida hermenéutico, realmente, solo será posible cuando la norma sea clara, o la duda que genere nimia (pues, como es sabido, *in claris non fit interpretatio*). Pero, ¿qué sucede cuando la norma no sea realmente clara? ¿Acaso habrá que resolver entonces tal duda conforme a aquella regla –pretendida por De Castro– de la interpretación restrictiva? ¿Es que acaso hay algo de excepcional, sancionador, o, en fin, odioso, que obligue a interpretar de aquel modo todo el régimen legal sobre nacionalidad?

2. CONCEPCIÓN DE LA NACIONALIDAD, Y DE LA EXTRANJERÍA, Y LA CONSECUENTE INTERPRETACIÓN DE SUS NORMAS

2.1 Como premisa, un caso concreto (verídico): ¿es posible atribuir la nacionalidad española al *nasciturus*, al amparo del art. 29 CC, por ser aquélla un beneficio para éste?

Ya en la época de nuestra codificación, cuando la nacionalidad iba a pasar de ser regulada por los textos constitucionales al Código civil, se plantearía por inventiva de la doctrina un problema, que muchos años más tarde se haría realidad, para ser resuelta incluso por nuestra propia jurisprudencia: se planteaba, por aquel entonces, si el *nasciturus* podía adquirir la nacionalidad española en caso de que una vez nacido no pudiera hacerlo porque en dicho ínterin, entre su concepción y su nacimiento, sus padres hubieran adquirido otra nacionalidad. Aunque, sorprendentemente, no sea citado en esta cuestión, creo que el primero en planteársela (al menos, entre los nuestros y en aquella época pre-codicial), fue don Florencio García Goyena (en sus *Concordancias y Motivos, cit., I, p. 31*), quien, a la vista del art. 18.2.º del Proyecto de CC-1851 (que decía:

⁴¹ Así, entre otros, GARCÍA GOYENA (I, p. 32), al decir que en la ley –art. 18 del Proyecto de CC-1851– «no se hace distinción entre hijos legítimos y naturales reconocidos». Lo mismo dirá, vigente el CC, MANRESA NAVARRO (*Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1907, p. 147), aunque recurriendo a la analogía (por entonces necesaria en este punto al no haber una plena equiparación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial como, en cambio, existe hoy impuesta desde nuestra Constitución).

«Son españoles:... 2.º Los hijos de padre ó madre españoles aunque hayan nacido fuera de España»), diría de tales padres que «es preciso que conserven esta cualidad al tiempo de haber el hijo, aunque en mi concepto bastará que concurra al tiempo de la concepción, porque “favorabilia sunt ampliandi”». Será, en efecto, ésta la postura defendida mayoritariamente luego por la doctrina, con fundamento ya en el art. 29 del CC⁴², en cuya virtud «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables».

Y así lo será, sin embargo, hasta que don Federico De Castro (recuérdese, el primero en asentar la regla de la interpretación restrictiva, con alcance general, en esta sede), defienda la solución contraria, del siguiente modo (en pp. 398 y 399): «El hijo de padres españoles es español por nacimiento y desde su nacimiento. Parece decisivo, por tanto, el momento del nacer. En la doctrina se ha planteado la cuestión de si los padres cambiaban de nacionalidad entre la concepción y el parto, cuál de estos momentos debería considerarse decisivo, y las respuestas han sido muy distintas —en verdad, añadido, si se atiende a la doctrina extranjera, no a la española, que era prácticamente unánime desde Goyena⁴³—.(...) Ante todo —sigue diciendo De Castro—, debe advertirse que no cabe aplicar el artículo 29, pues al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, lo que ha de entenderse como reserva de derechos en su favor, pero no como la atribución de un estado civil, que no se sabe si puede resultarle favorable o desfavorable a sus intereses. Como, por otra parte, la fijeza que requieren las situaciones de estado no armoniza con la inseguridad de fecha de concepción, parece que debe entenderse literalmente —esto es, restrictivamente— el Código y que, por tanto, ha nacido de padres españoles sólo aquel cuyos padres, al tiempo del parto, sean nacionales».

Será esta otra solución la que a partir de entonces triunfe mayoritariamente en la doctrina, limitándose ésta a insistir, o a perfilar a lo más, los argumentos ya esgrimidos por el maestro De Castro⁴⁴.

⁴² Así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (T. 2, p. 318), quien añade la conveniencia de «reconocer la nacionalidad —española—, antes que atribuir una ciudadanía extranjera»; MANRESA NAVARRO (I, pp. 147 y 174); o PERÉ RALUY (pp. 69 y 70).

⁴³ En efecto, en nota (la n.º 3 de aquella pág. 398), solo se refiere DE CASTRO a Sánchez Román y a Manresa (partidarios ambos de aplicar el art. 29 CC al caso), y ya luego cita doctrina extranjera que defiende muy diversos criterios. Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 18/58, tomado de vlex), se remitirá, en cambio, a romanistas como Savigny o Schulz para defender la solución contraria.

⁴⁴ Así, entre otros, LOZANO SERRALTA («La nacionalidad originaria en el Derecho español», en *Información Jurídica*, 1954, p. 236); PUIG BRUTAU (Tomo I-1.º, p. 443); Díez-PICAZO y GULLÓN (pp. 289 y 290); LETE DEL RÍO (pp. 42 ss); PARRA LUCÁN (pp. 207 y 212). Entre los argumentos perfilados o añadidos, se indica, por ejemplo, que el art. 17 CC habla actualmente, tras su reforma en 1990, de «nacidos» (y no, simplemente, de «hijos» como hacía antes),... En una posición intermedia se muestran GONZÁLEZ

Y así quedaría la cuestión planteada y resuelta hasta que se hizo realidad en la práctica, incluso litigiosa. Ya entonces, entre ambas doctrinas, y soluciones, la DGRyN –y con ella la doctrina más reciente⁴⁵– se inclinará, desde un principio, por la primera de aquéllas, mostrándose, pues, conforme a la aplicación del art. 29 CC, con el siguiente razonamiento, expuesto por primera vez en el Fundamento Jurídico 5.º de la RDGRyN de 31 marzo 1992 (y repetido en otras Resoluciones posteriores, como las de 12 julio 1993, 7 septiembre 2001 y de 26 diciembre 2002): «No hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del art. 29 CC las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española “iure sanguinis” del art. 17. El citado art. 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y, cuando la interesada –en el caso que se resolvía– ha invocado la aplicación de aquel art. 29 es evidente que lo hace porque estima que este precepto le beneficia»; añadiendo las RRDGRyN de 2001 y 2002 citadas: «... aunque el texto –del art. 17 CC– hable de “nacidos”⁴⁶... Además, que la cuestión «le sea favorable» –ex art. 29 CC– es evidente –en el caso–, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia». En este caso resuelto por la Resolución de 2001, sin embargo, al final la Dirección General no concederá la nacionalidad española de origen al solicitante, al amparo de aquel art. 29 CC, porque efectivamente la había perdido, adquiriendo otra diversa, por estar sujeto a la patria potestad del padre extranjero (al igual que también sucedería en el caso resuelto por la RDGRyN de 16 noviembre 2002).

Y así, de momento, están las cosas sobre este problema concreto. Pero, yendo más allá del mismo (pues, como dije al comienzo de este trabajo, no es mi intención resolver todos los problemas particulares interpretativos que plantee el régimen legal de la

CAMPOS (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dir. M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz, Madrid, 1986, pp. 35 y 36); y, siguiéndole, ESPINAR VICENTE (pp. 66 y 67), pues si bien se muestran contrarios a la aplicación del art. 29 CC, entienden necesaria su reforma para ser, en efecto, aplicado al caso problemático planteado «en atención al objetivo del *favor nationalitatis* como al de prevención de la apatridia –esto es–, por consideraciones propias del Derecho de la nacionalidad».

⁴⁵ Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 17 ss/58, tomado de *vlex*); y LALAGUNA DOMÍNGUEZ («Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción», en *BIMJ*, n.º 1906, 2001, especialmente en sus pp. 3804 a 3806), añadiendo, entre otros argumentos, la evitación de la apatridia y la protección del interés del hijo.

⁴⁶ Pues frente al dato, meramente literal, del cambio habido en la expresión actual de «nacidos», por la anterior de «hijos», su razón de ser, expuesta en la propia tramitación parlamentaria de la reforma (de 1990), en respuesta a cierta doctrina que así lo reclamaba, era dejar claro que la filiación que basta para determinar la nacionalidad es meramente biológica, no necesariamente constatada como estado civil (véanse, al respecto, las explicaciones dadas por la propia PARRA LUCÁN, pp. 207 y 208).

nacionalidad), en él subyace, a mi modo de ver, una cuestión clave a fin de fijar posibles pautas generales en la interpretación de las normas sobre nacionalidad: ¿es que, acaso, la nacionalidad es, de suyo, un favor a la persona? La doctrina proclive a la aplicación del art. 29 CC así lo cree; la doctrina contraria, si bien no lo niega, entiende que es cuestión relativa; y, entre ambas, parece que la jurisprudencia registral se inclina por concebir la nacionalidad como un favor, aunque, recuérdese, no parece así entenderlo en sentido objetivo, sino más subjetivamente, porque al ser solicitada por voluntad de una persona, es porque ésta entiende que le beneficia («ya que si invoca la nacionalidad española... es que obviamente le beneficia», decía, por ejemplo, la última de las Resoluciones citadas); lo que, a fin de cuentas, podría dar a entender también que es cuestión relativa, dependiente de la apreciación de cada cual.

Quid iuris? ¿Es o no es la nacionalidad un beneficio favorable a la persona?; y, de poder serlo, ¿lo será objetiva o subjetivamente?

2.2 **La nacionalidad –española– como «favor» de la ley –española–, y la extranjería como «disfavor»: la distinción de «favores» entre los españoles de origen y no de origen, y la distinción de trato entre españoles y extranjeros, y entre los propios extranjeros (entre los que la apatridia es el mayor «disfavor»)**

Siguiendo a la doctrina que es contraria a la aplicación del art. 29 CC, no puede afirmarse, desde luego, que, objetivamente e *in abstracto*, ser español sea mejor que ser alemán, marroquí, ..., o a la inversa. Como con razón, según creo, decía, dentro de esa doctrina, Lozano Serralta (*ult., cit.*), «la nacionalidad no es ni favorable ni desfavorable; tanto puede ser una carga como un honor, y en principio todos los pueblos merecen igual consideración, y el interés del particular en este punto es incognoscible». Tal vez por ello algunos textos internacionales impongan a los Estados que permitan en sus legislaciones el cambio de nacionalidad (como el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); pues tener una u otra nacionalidad es cuestión que, también, corresponde decidir a cada cual, según sus propios deseos e intereses; y no solo según los de cada Estado. En esto nadie puede negar que tener una u otra nacionalidad es cuestión relativa.

Pero, se trate de tener una u otra nacionalidad, lo que nadie puede negar tampoco es que no tener ninguna nacionalidad sí es desfavorable para la persona apátrida, que será siempre extranjero

en cualquier nación del mundo donde se encuentre⁴⁷, por mucho derecho de asilo que le asista (cfr., el art. 13.4 CE); de ahí que la apatridia no sea una simple modalidad de extranjería, aunque como ella, y como la nacionalidad misma, pueda estimarse en sí como estado civil⁴⁸. Como decía De Castro (p. 371), «para cada hombre, ser nacional es la cualidad por la que, de modo mediato, está... en el mundo (convivencia de la humanidad) y en la Historia (trasciende temporalmente), actuando en un determinado sentido (en pro o en contra de la misión de su Nación)». Por eso mismo, son también varios los textos internacionales que proclaman el derecho a tener una nacionalidad –o a cambiar de ella, como decía antes–, ya se trate de una sola o de varias nacionalidades (sí así lo permite cada Estado), mas siempre evitando que las reglas fijadas al efecto por las leyes de los Estados permitan la pérdida arbitraria de la nacionalidad, máxime si ello lleva a la apatridia⁴⁹. Lo dice, por ejemplo, el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Y en ello insisten los Tratados internacionales a favor del niño («Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad»; o «El niño tienen derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad»), y a favor de la mujer («Los Estados otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad

⁴⁷ Como hace tiempo decía PERÉ RALUY (pp. 35 y 36): «En un sistema ideal de derecho a cada individuo debe corresponder una nacionalidad determinada; la apatridia, es decir, la carencia de nacionalidad, implica una situación viciosa –decía–, tanto respecto al individuo como respecto al interés de los Estados.(...) El apátrida se halla afectado por una verdadera *capitis deminutio*, al hallarse huérfano de la protección de todo pabellón nacional y en una posición por demás ambigua respecto al derecho que en definitiva haya de serle aplicable, ya que la nacionalidad es en la mayor parte de los Estados y, concretamente en España, el punto de conexión que determina el estatuto aplicable a todo lo referente al estado y capacidad, matrimonio, facultad de disposición testamentaria, etc. La inseguridad jurídica, es compañera inseparable de la apatridia.(...) Desde el punto de vista del interés estatal, la existencia de individuos carentes de nacionalidad no resulta aconsejable, pues plantea problemas de índole política y sustrae a determinadas personas de la esfera del cumplimiento de ciertas obligaciones respecto al Estado».

⁴⁸ Recuérdese, que para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (Edersa, p. 752); y para DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en los Comentarios del CC dirigidos por el Ministerio de Justicia, p. 217), «la condición de extranjero da lugar a un verdadero estado civil de la persona, aunque la misma venga calificada por su aspecto negativo: el hecho de no ser nacional»; y tal condición, así entendida, es también referible al apátrida, al ser éste también extranjero, no nacional.

⁴⁹ Adviértase que, actualmente, es sobre todo la apatridia la situación evitada por las legislaciones, frente a tiempos anteriores, aunque no tan remotos (recuérdese, por ejemplo, uno de los objetivos de la reforma de 1990), en que también se procuraba evitar las situaciones de doble nacionalidad, por el problema de determinar en cada caso cuál de ellas era la nacionalidad «fuerte», o dominante. Frente a la apatridia, que es un vicio por defecto, la doble nacionalidad era tenida como un vicio por exceso.

del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. Los Estados otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos»); o sea, a favor de toda persona⁵⁰. De ahí que se hable de «la lucha contra la apatridia»⁵¹ como uno de los principios básicos existente en materia de nacionalidad (y que, en nuestro Derecho, puede verse imbuido en las letras c] y d] del art. 17 CC, o en el art. 24 CC, por ejemplo); todo ello al margen, pues aquí no es cuestión relevante, que el derecho a tener una nacionalidad, o a cambiarla, sea o no un derecho fundamental, si quiera subjetivo, de la persona. Lo que, desde luego, no cabe es admitir un supuesto derecho a la apatridia⁵².

Al ser, por tanto, dicha apatridia el mayor disfavor que pueda tener una persona, toda interpretación que del régimen legal pueda conducir a ella habrá de ser rechazada, o, cuando menos, minimizada en todo lo posible: «*odiosa, restringenda*». Pues así lo es para el Derecho internacional de la nacionalidad, aceptado, también como criterio rector, para nuestro ordenamiento (cfr., art. 10.2 CE). Por eso, no puede admitirse hoy el rechazo a tal argumento como interpretativo del régimen sobre nacionalidad propugnado por De Castro, cuando decía (p. 400): «Estos razonamientos adolecen de su carencia de apoyo legal, pues el Código no permite deducir que la no concurrencia de nacionalidad extranjera o la apátrida sea causa para adquirir la nacionalidad española»; pues siendo cierto esto último, fundado en el principio de tipicidad ya explicado, que impediría acudir a aquel principio de la lucha contra la apatridia en una supuesta función integradora, no así me parece que deba ser hoy también rechazado como criterio rector interpretativo.

⁵⁰ Como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 19/109, tomado de vlex), «son declaraciones o reglas dirigidas a los Estados para que legislen de modo que sea evitada la discriminación de sexos o la apatridia. Cuando, por ejemplo, se establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad o que el niño tiene derecho desde su nacimiento a una nacionalidad, no se confiere, obviamente, a toda persona un derecho a una concreta nacionalidad (no se impone a cada uno de los Estados –o a uno determinado de ellos– que atienda totalmente a la efectividad de ese abstracto derecho de toda persona a adquirir una nacionalidad). Pero sí impone a cada Estado que regule los modos de adquirir la nacionalidad de manera que sea evitada la apatridia».

⁵¹ Expresión que tomo de CARRASCOSA GONZÁLEZ (p. 42).

⁵² Lo dice DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en Bercovitz, p. 153): «no es posible considerar como causa legal de pérdida la simple renuncia a la nacionalidad española cuando se ejercita por una persona que no posee ninguna otra nacionalidad... Es decir, no es posible la expatriación o el pasar a la situación de apátrida. Cambiar de nacionalidad puede ser estimado un derecho fundamental de la persona, pero no, en cambio, el de quedarse sin ninguna nacionalidad. Así lo ha declarado la Resolución de 5 febrero 1985». Y así también, las RRDGRyN de 1 junio 1993, 15 y 27 enero 1994, 8 mayo 1995, 27 junio 1996, 6 septiembre 1999, según indica CARRASCOSA (p. 112).

Ahora bien, que para ese Derecho internacional tener una u otra nacionalidad sea, objetivamente y en general, una cuestión indiferente, pues lo importante es que se tenga al menos una, no permite entender que ya para el Derecho nacional, de cada Estado, tener la nacionalidad propia de dicho Estado sea también indiferente frente al no nacional propio, de otro Estado, que para aquél tendrá la consideración de extranjero. Y no lo es, pues solo el nacional tendrá la plenitud de derechos y libertades. Así lo proclama la propia Constitución, en su art. 13.1, y ya antes el art. 27 CC (y después el art. 3 de la LO de Extranjería⁵³), al equiparar –que no igualar⁵⁴– en derechos y deberes al extranjero con el español «en los términos que establezcan los tratados y las leyes» (cfr., con el art. 3 LO Extranjería), lo que permite, frente a aquella regla tendente a la equiparación, la existencia de excepciones, esto es, de derechos y libertades de que carezcan tales extranjeros⁵⁵; como de hecho así sucede en nuestra legislación⁵⁶ (y, en general, proclama claramente aquel

⁵³ «Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas. 1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.»

⁵⁴ Según aclara DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (en los Comentarios del CC del Ministerio de Justicia, p. 218), al decir que tal norma «se limita a establecer un principio de equiparación, pero no de igualdad».

⁵⁵ Pues como dice la STC 99/1985, de 30 septiembre, reiterando la doctrina ya asentada por la STC 107/1984, de 23 noviembre, «el párrafo primero del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes... Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución... podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española».

⁵⁶ A su vista, es bien conocido que, desde la STC 107/1984, de 23 noviembre, se han clasificado al respecto los derechos y libertades en 3 grupos: primero, aquellos que corresponden por igual a españoles y extranjeros (como son los derechos humanos y muchos de los fundamentales); segundo, los derechos que son reconocidos a los extranjeros, pero cuyo ejercicio puede ser diferente al que de aquellos hagan los españoles según establezcan los Tratados y leyes (como sucede con muchos derechos civiles); y, tercero, los derechos atribuidos exclusivamente a los españoles (como sucede con la mayoría de los derechos políticos). Ya mucho antes, había advertido la distinción de trato, al menos entre los derechos civiles y los políticos, la STS de 1 febrero 1913, en su 1.º Cdo.: «que la situación jurídica de los extranjeros fuera de su patria, requiere, mientras residan accidental ó habitualmente, en el país donde no son naturales que se les permita, á manera de protección, el ejercicio de los derechos que las leyes civiles conceden á los ciudadanos propios, pero con separación, por supuesto, de los políticos, para que de ese modo quede incólume como resultante del hecho de la asociación nacional la independencia de la soberanía en el respectivo territorio».

art. 27 CC: «Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo –dice– lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados»⁵⁷; o la propia Constitución, en el ap. 2 del propio art. 13, o incluso cuando proclama en su art. 14 el principio de igualdad referido, *ex laettere* al menos, a «los españoles»). La propia etimología de la palabra «extranjero», en cuanto extraño, obliga a ello⁵⁸. Y son tantas las excepciones que nuestra legislación establece frente al principio de equiparación, que hay quien, al menos, insinúa la inversión de la relación regla-excepción⁵⁹; lo que, sin embargo, no creo (y así lo veremos en su momento), que desdibuje el espíritu rector que la regla de la equiparación, consagrada incluso constitucionalmente (por provenir del propio Derecho natural o de gentes, según decía Sánchez Román, *cit.*, comentando el art. 27 CC), debe tener en la interpretación legal (que, recuérdese, lo es sobre todo de normas dudosas)⁶⁰.

Por eso, objetivamente también, aunque ya en un plano más particular (o más interno), para el Derecho español es algo favorable ser español, y el ser extranjero, por no ser o dejar de ser español, no lo es⁶¹. Porque, insisto, solo el español gozará de la plenitud de derechos y libertades. O, como dijera el Tribunal Constitucional en el punto 5.º de su Declaración de 1 julio 1992: sólo los españoles «tienen, potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento».

Más aún, dentro de la condición de español, y dentro de la de extranjero, hay diferencia de trato, lo que permite ver aquel favor

⁵⁷ Ya lo advertía SÁNCHEZ ROMÁN (2, p. 325), quien tras elogiar dicha norma, que consagra la equiparación por exigencias del propio Derecho de gentes, del propio Derecho natural que no reconoce países ni fronteras, advierte que tal equiparación no es absoluta.

⁵⁸ En cierto modo, así lo decía DE CASTRO (p. 372): «El concepto de extranjero es simplemente el contrario al de nacional; sólo tiene un significado negativo: el de ser extraño a la comunidad nacional».

⁵⁹ Así, RAMOS CHAPARRO (p. 101), cuando afirma: «Son tales estas diferencias, y de tanta importancia, que una visión realista no las puede encajar sin más como "excepciones" o derogaciones parciales del principio de equiparación».

⁶⁰ El propio RAMOS CHAPARRO (en la propia pág. 101, y luego desarrollado en pp. 260 a 264, a las que me remito), es defensor de aplicar el principio de igualdad del art. 14 CE a los extranjeros, a pesar de que dicha norma hable de «los españoles».

⁶¹ Aun refiriéndose al caso del art. 29 CC arriba explicado, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 18/58, de *vlex*), que «desde el punto de vista del ordenamiento español, la adquisición de la nacionalidad española es un efecto que es favorable al concebido, pues solo las personas que tienen nacionalidad española gozan en España de la plenitud de los derechos civiles (cfr., art. 27 CC), y no civiles. De ahí que la privación de la nacionalidad sea una pena, y una pena grave».

de la españolidad, o aquel disfavor de la extranjería, con diversos grados; de mayor a menor, los que siguen:

Dentro de los españoles no será lo mismo, no tendrá la misma consideración como favor, el ser español de origen que serlo derivativamente (o serlo «por naturaleza» que serlo «por naturalización», en expresión de Peña Bernaldo de Quirós)⁶². No hay en ello vulneración del principio constitucional de igualdad entre españoles que el art. 14 CE proclama. Es la propia Constitución la que establece tal diferencia⁶³, a que, luego, la ley debe responder: lo hace, por ejemplo, en el propio art. 11, dedicado a la nacionalidad, para decir en su ap. 2 que «ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad»⁶⁴ —esto es, que pueda perder su españolidad por imposición directa de la ley, aun sin (o contra) su voluntad— (cfr., arts. 24 y 25 CC —siendo el primero de ellos aplicable a todo español, y el segundo solo a los que no sean españoles de origen—); y lo hace también para permitir en su ap. 3 que los españoles de origen puedan tener doble nacionalidad, sin perder la española por adquirir la de otros ciertos países (cfr., 24 CC); o también lo hace en el ap. 1 de su art. 60 cuando dice: «Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento...»⁶⁵. A la vista de tales preceptos constitucionales, como dice la RDGRyN de 1 julio 1994, «la nacionalidad española de origen constituye, pues, hoy una categoría legal que justifica en todo caso un régimen privilegiado respecto de otras nacionalidades españolas adquiridas».

Más aún, tras la reforma legal habida sobre nacionalidad en 1990, y con fundamento en la RDGRyN de 3 junio 1991, Peña Bernaldo de Quirós (p. 90/109, de vlex), llegará a subdistinguir dentro de los españoles de origen, entre los que son verdaderamen-

⁶² RAMOS CHAPARRO (p. 238), añade, como distinción secundaria, la existente entre españoles con o sin doble nacionalidad iberoamericana.

⁶³ Según ESPINAR VICENTE (p. 20 ss), son los únicos casos en que se permitiría tal distinción de trato entre españoles, pues cualquier otra es impedida por el art. 14 CE. En la misma línea, DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (p. 177); CARRASCOSA GONZÁLEZ (p. 35), añadiendo éste que tampoco cabe crear legalmente otra distinción que la admitida constitucionalmente entre españoles de origen y no originarios.

⁶⁴ Por supuesto, no voy a entrar aquí en la idoneidad o inidoneidad de tal distinción de trato entre unos y otros españoles, sobre lo cual la doctrina ha discutido mucho. Aquí lo tomamos acriticamente como norma constitucional, que, como se verá, puede tener su valor para interpretar las normas sobre nacionalidad.

⁶⁵ La disputa doctrinal sobre tal norma tan solo se centra en si la norma solo es aplicable a los españoles de origen que lo son desde su nacimiento, o si, más en general, lo es a cualquier español de origen, aunque adquiera tal nacionalidad con posterioridad al nacimiento.

te de origen, desde su nacimiento (art. 17.1 CC), y los que lo son por ficción legal, adquirida tras el nacimiento (cfr., los supuestos de los arts. 17.2, 18 y 19 CC, y de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 18/1990).

Y otro tanto sucede entre los propios extranjeros, pues no será igual ser extranjero comunitario que extracomunitario (cfr., el propio art. 13.2 CE) o iberoamericano (cfr., el propio art. 11.3 CE), con o sin residencia legal en España, con permiso de trabajo o sin él, que estar o no casado con un español,...⁶⁶ O, en definitiva, no será lo mismo ser extranjero, por ser nacional de otro país, que ser extranjero apátrida. El grado de disfavor variará según cada caso.

¿Qué queda, entonces, del inicial relativismo, y subjetivismo, en la tenencia de una determinada nacionalidad? Veámoslo.

2.3 Y la necesaria consideración de la voluntad de la persona, cuando la ley la permita

Ya sabemos que en materia de nacionalidad, por ser ésta de orden público, prima la voluntad imperativa del legislador (recuérdese lo dicho al principio de este estudio); pero una vez fijado por éste los parámetros en que aquélla queda regulada, también atiende, para determinados casos, a la voluntad manifiesta de cada persona, según ésta considere que la españolidad es, o no, un beneficio para ella. Así se observa, por ejemplo, en los mecanismos adquisitivos derivativos, o no originarios, de la nacionalidad (como la opción, la residencia, o la carta de naturaleza), que no operan por efecto inmediato o automático de la ley (como los del art. 17 CC), sino por solicitud o por declaración de la voluntad de la persona; también opera ésta en los medios para conservar la nacionalidad ya adquirida, o incluso en los mecanismos de pérdida, que no sean de privación —o pérdida por directa imposición legal (a que se refiere, precisamente, el art. 11.2 CE, arriba indicado)—, donde la voluntad de no querer la españolidad se manifiesta expresa o tácitamente (mediante renuncia, por la adquisición o uso exclusivo de otra

⁶⁶ Para mayores detalles y clasificaciones posibles al respecto, me remito a RAMOS CHAPARRO (p. 238). Y de entre todas ellas, DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (p. 218), concluirá afirmando que según nuestra ley hay ciertos extranjeros «privilegiados»; a saber: los apátridas con residencia habitual en España, los extranjeros pertenecientes a países vinculados con España, los extranjeros comunitarios, y los refugiados políticos.

nacionalidad, y por residencia en el extranjero)⁶⁷; o para recuperarla en su caso⁶⁸.

Es cierto que en todos esos casos la ley tipifica, lo más exhaustivamente posible, el modo de proceder para adquirir, conservar, o perder la españolidad, y que, en la mayoría de los casos, los somete a un control público-administrativo (de autoridad, de inscripción registral,...); pero la puesta en marcha de tal procedimiento siempre queda en manos de la libertad de la persona, de su voluntad para decidir si realizar, o no, tales actos; aunque una vez realizados, sus efectos ya deriven de la ley (al modo en que operan otros actos jurídicos, que no son estrictamente contractuales)⁶⁹.

Si traemos de nuevo aquel caso en que la jurisprudencia terminó admitiendo la adquisición de la nacionalidad española a favor del *nasciturus* por aplicación del art. 29 CC, se recordará que tal aplicación fue admitida por entenderse que en cada caso particular la misma solicitud de la españolidad con tal fundamento hacía pre-

⁶⁷ Ya la vieja STS de 29 marzo 1892, sobre un caso de cambio de la vecindad civil, decía en su Considerando 2.º que «para que pueda entenderse variado el estatuto personal de origen se necesita, no solo la permanencia, sino además el propósito más o menos ostensible del interesado». Luego, en el Preámbulo de la importante ley de reforma de 1954 se advertía que «las causas que dan lugar a la pérdida de la nacionalidad española son reguladas en la ley con la debida separación, distinguiendo la que tiene por base un acto de voluntad dirigido a la adquisición de una nacionalidad extranjera, de aquellas otras en que la pérdida es consecuencia de determinadas situaciones jurídicas de orden civil o penal». En la doctrina, hace tiempo explicaba FERNÁNDEZ ROZAS (p. 216), que en «la cuestión de determinar si la pérdida de la nacionalidad reposa en la mera voluntad de los interesados o si, por el contrario se produce *ex lege*, es decir, en las circunstancias previstas por la ley sin intervención alguna de la autonomía de la voluntad del individuo... nuestro CC registra una tendencia hacia una fórmula mixta, en la que se concede gran relevancia a la voluntad del nacional español en los supuestos regulados directamente por vía legal. La autonomía de los particulares en esta materia se refleja, fundamentalmente, en el supuesto de pérdida de la nacionalidad mediante la renuncia expresa a la misma, aunque generalmente la manifestación de voluntad se realiza por el hecho de adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera». No obstante, conviene advertir que DE CASTRO (pp. 435 y 436), cuestionaba la «autenticidad» de tal renuncia como expresión de la autonomía de la voluntad, que para el maestro no existía realmente en esta cuestión: «En efecto, sin voluntad de renunciar (aunque se quiera gozar de dos nacionalidades) se pierde la nacionalidad española en los casos consignados en la ley; la atribución por la ley extranjera y la renuncia no significa pérdida en los casos en que, según la ley, no se puede adquirir otra nacionalidad. La renuncia, por sí sola, será siempre ineficaz. Cuando sería admisible es innecesaria y redundante; es el supuesto de que se haya adquirido voluntariamente una nacionalidad extranjera, y, entonces, como se ha perdido la nacionalidad española, no se podrá renunciar lo que no se tiene».

⁶⁸ En cierto modo, ya lo decía la vieja STS de 10 febrero 1926, tantas veces citada en este estudio: «... que por establecer la nacionalidad un vínculo jurídico entre los individuos y la nación respectiva, engendrador de derechos mutuos de carácter público y privado, así como de los deberes correlativos, todas las legislaciones han establecido disposiciones legales reglamentarias para determinar las circunstancias por las que se adquiere o pierde dicha condición, en las cuales, si bien se atiende, como no podía menos de atenderse, a la voluntad de los individuos, en determinados casos se regula la expresión de esa voluntad, especificando el modo y forma como ha de manifestarse para producir el efecto legal para adquirirla o de perderla».

⁶⁹ Para mayor detalle al respecto, de entre tantos, permítaseme remitirme a las explicaciones de RAMOS CHAPARRO (pp. 202, 203, 212 y 213).

sumir que se trataba de algo favorable para el solicitante, algo deseado por su mera voluntad de instarla. Decía, en efecto, la RDGRyN de 31 marzo 1992 (y así también las Resoluciones de 12 julio 1993, 7 septiembre 2001 y de 26 diciembre 2002): «No hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del art. 29 CC las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* del art. 17. El citado art. 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y, cuando la interesada –en el caso que se resolvía– ha invocado la aplicación de aquel art. 29 es evidente que lo hace porque estima que este precepto le beneficia»; añadiendo las RRDGRyN de 2001 y 2002 citadas: «... Además, que la cuestión “le sea favorable” –*ex* art. 29 CC– es evidente –en el caso–, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia».

Y, desde esta perspectiva, no puede negarse que en su dimensión más particular, individual o *ad personam*, tener o no una determinada nacionalidad vuelve a ser una cuestión relativa, subjetiva, dependiente de los intereses de cada cual, y que también el aplicador de la norma a interpretar ha de tener presente. ¿De qué modo? Veámoslo, el modo en que tal dimensión se ha de combinar con aquella otra, menos particular y más objetiva, con que la ley de cada Estado ve como favorable la tenencia de su propia nacionalidad.

A tal efecto, me parece imprescindible distinguir, como premisa mayor, según se trate de tener la nacionalidad o de perderla. Pues, ya en cada caso, habrá que atender, combinándolas de diverso modo, a aquellas dos dimensiones o valoraciones que merece cada nacionalidad: la particular, objetiva y favorable tenida por la ley, y la particularísima y subjetiva, favorable o no, que cada persona tenga de ella. Ambas, en la medida de lo posible, habrán de coincidir para una adecuada interpretación, y aplicación, de la norma: pues no parece que se pueda atribuir una determinada nacionalidad a quien no la desea, como tampoco no concederla a quien la desea y ha demostrado cumplir con los parámetros legales para alcanzarla. En cierto modo, lo decía De Castro (p. 372): «Considerar español a quien no participa en la realidad española es un atentado a la comunidad española; desconocer legalmente la condición de nacional de un español es, además, lesionar a la misma persona».

Así se ha visto con el caso particular de la posible aplicación del art. 29 CC, cuando la voluntad del solicitante y los requisitos objetivos de la norma convergen en que la adquisición de la nacio-

nalidad es beneficiosa para esa persona. Porque de no existir tal coincidencia, no me parecería oportuna la aplicación sin más del art. 29 CC para obligar a ser español a quien no quiere serlo.

A partir de ahí, quedan por resolver los problemas interpretativos de la ley en general, en cualquier otro caso dudoso. Y creo que puede hacerse con las pautas que siguen.

3. CRITERIOS, Y EJEMPLOS, DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD –ESPAÑOLA–: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR NATIONALITATIS* COMO CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO *FAVORABILIA AMPLIANDA*

Sabiendo, según lo hasta aquí visto, que para la ley española la nacionalidad española es un favor, un beneficio para la persona, toda norma que afecte a su tenencia, por regular su adquisición, conservación o recuperación, habrá de interpretarse, en caso de duda, procurando tal tenencia, y de manera extensiva o amplia si ello es necesario. No sería más que aplicar la consabida regla, o principio, «*favorabilia amplianda*».

Ya hemos visto que tal fue el fundamento –el *favores sunt ampliandi*– empleado por García Goyena para conceder la españolidad al concebido, aún no nacido, por aplicación del –hoy vigente– art. 29 CC; y que, por ejemplo, Manresa Navarro (I, p. 174), aplicaría también para el caso de recuperar la nacionalidad. Pero quien probablemente trajo a esta materia aquel principio rector fue don Benito Gutiérrez Fernández, al proclamar el denominado principio de la nacionalidad⁷⁰ –o del *favor nationalitatis*, que así llama, hoy, la jurisprudencia registral (así, al menos, en las RRDGRyN de 7 diciembre 1988, 24 mayo 1991 y de 25 junio 1999⁷¹)⁷²–. Pues como decía Sánchez Román (T. 2, p. 318), «el criterio del CC...

⁷⁰ En *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1871, p. 204), donde, comentando la adquisición de la nacionalidad, decía que «la ley propende siempre á sacar ileso el principio de la nacionalidad».

⁷¹ Y que repiten las SSTSJ de Galicia de 27 octubre 2010 y de Castilla y León de 22 enero 2010.

⁷² Y no debe llevar a error la siguiente afirmación de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 junio 1999 (confirmada por la STS de 22 abril 2004, denegando el recurso de casación interpuesto contra aquella), cuando dice en su Fundamento de Derecho 2.º: «es claro que al versar la pretensión sobre la concesión de la nacionalidad española, es decir, sobre una cualidad que atribuye importantes derechos de carácter personal, la interpretación de los requisitos establecidos legalmente para acceder a la misma no puede responder a una interpretación extensiva de los mismos, que, a la postre, los desvirtúen». A la vista de este inciso final, no se prohíbe en general como posible la interpretación amplia o extensiva, sino que ésta conduzca a desvirtuar o tergiversar su *ratio*.

parece ser –debe ser, creo yo–, en caso de duda, el de reconocer la nacionalidad, antes que atribuir una ciudadanía extranjera».

Tal principio, sin embargo, desnudamente expuesto y considerado tal vez solo pueda aplicarse, sin más, a los casos en que la tenencia de la españolidad es efecto inmediato de la ley, sobre todo, cuando se trate de poseer la españolidad de origen –desde el nacimiento de la persona⁷³– (españolidad ésta privilegiada, recuérdese, de entre todas). En tal caso, la concesión de la españolidad es objetiva, y la necesaria interpretación extensiva de sus normas será incontestable.

No será así, en cambio, cuando aquella tenencia de la nacionalidad española no dependa exclusivamente de la ley, sino también de la voluntad y del interés de la persona, posible a nacionalizar. Porque ya entonces la tenencia de la nacionalidad española, en particular, y no de otra distinta, se convertirá en cuestión relativa (cuyo favor o no ya no solo depende de la ley). De ahí que solo si existen tales voluntad e interés tendentes a la españolidad, podrá entonces interpretarse la norma extensivamente, de modo proclive, favorable a dicha tenencia. De lo contrario, la interpretación, que no lo es de la mera voluntad, sino de la norma que regula el modo en que ha de proceder esa voluntad, habrá de ser, cuando menos, estricta (si no incluso a veces restrictiva).

Y para así demostrarlo, veamos algunos ejemplos.

Retomando el ya visto, y antes recordado, sobre la nacionalidad de quien ha podido tener una u otra nacionalidad según se atienda al momento del nacimiento o al de la concepción, aunque la mayoría de la doctrina ha oscilado entre atender a uno u otro tiempo, según se hiciera, respectivamente, del art. 17 CC una interpretación estricta o, en cambio, amplia y flexible desde el art. 29 CC, no me parece que exista una solución *a priori*, ni general, para todo caso. Recuérdese que la propia jurisprudencia proclive a la aplicación del art. 29 CC para conceder la españolidad en el momento de la concepción, lo hacía en los concretos casos que resolvía porque la propia solicitud hecha por el afectado demostraba su voluntad, su interés en adquirir la nacionalidad española, esto es, que para él la nacionalidad española, y no otra, le era beneficiosa. Decía, en efecto, la RDGRyN de 31 marzo 1992 (y así las de 12 julio 1993, 7 septiembre 2001 y de 26 diciembre 2002): «No hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del art. 29 CC las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española “iure sanguinis” del art. 17. El citado art. 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial, y, cuando la interesada –en el caso que se resolvía– ha invocado la aplicación de aquel art. 29 es evi-

⁷³ Cabría incluso puntualizar, si se admite con PEÑA BERNALDO (según se vio), la distinción entre los españoles de origen de nacimiento y los que lo son *a posteriori*.

dente que lo hace porque estima que este precepto le beneficia»; añadiendo las RRDGRyN de 2001 y 2002 citadas: «Además, que la cuestión “le sea favorable” –ex art. 29 CC– es evidente –en el caso–, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia». En este caso resuelto por la Resolución de 2001, sin embargo, al final la Dirección General no concederá la nacionalidad española de origen al solicitante, al amparo de aquel art. 29 CC, porque efectivamente la había perdido, adquiriendo otra diversa, por estar sujeto a la patria potestad del padre extranjero (al igual que también sucedería en el caso resuelto por la RDGRyN de 16 noviembre 2002). En este último caso es una voluntad –la del padre del solicitante haciéndole previamente adquirir otra nacionalidad– la que impide hacer una interpretación amplia del art. 17 CC para resolver el caso aplicando, sin más, el art. 29 CC. Pues, indudablemente, tratándose de menores, será la voluntad de sus progenitores, como sus representantes legales, la decisiva en la determinación de la nacionalidad de dicho menor, según cuál sea la más acorde a sus intereses. Pues qué duda cabe que lo objetivamente favorable es que el hijo tenga desde un principio la nacionalidad de sus padres⁷⁴.

Solo importaría la voluntad de la ley, en caso de que tales voluntades particulares o privadas no existieran claramente (piénsese en los casos de las letras b] a d] del art. 17.1 CC). En tal caso, huérfano de intereses y valoraciones particulares, sí cabría, de nuevo, aplicar desnudamente el principio del *favor nationalitatis* para interpretar ampliamente el art. 17 (en este caso, en aquellas letras indicadas), desde el art. 29 CC, para atribuir la nacionalidad española al *nasciturus* por estimar que es lo mejor para su interés. De lo contrario, podría incluso ser un apátrida⁷⁵. En evitación, precisamente, de la apatridia originaria de los menores proclamarían el principio del «*favor nationalistatis*», aunque para referirlo a la recuperación de la españolidad ex art. 26 CC, las citadas RRDGRyN de 7 diciembre 1988, 24 mayo 1991 y 25 junio 1999.

En todo caso, y para terminar con este ejemplo, recuérdese también que la posible aplicación del art. 29 CC no era impedida porque el art. 17 CC hable varias veces de «nacido», obligando ello

⁷⁴ Contra ello, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (I, p. 289), argumentan que hoy el principio de unidad familiar (que, por ejemplo, inspiraba la reforma de 1954 a fin de que todos los miembros de la familia tuvieran la misma nacionalidad), hoy se ha roto, y que, por eso mismo, la adquisición de la nacionalidad española por filiación se fundamenta más en el hecho de la procreación, y no en las relaciones jurídico-familiares. Parece obviarse, sin embargo, que tal principio rigió para el estado conyugal (para imponer a la esposa la nacionalidad del marido), y que, por ser discriminatorio (según prohíbe el propio Derecho Internacional, antes visto), fue ya derogado en la reforma de 1975. Por eso, como dice en contra de aquella opinión ESPINAR VICENTE (pp. 46 y 47), el principio de unidad familiar se mantiene en materia de nacionalidad, pero no ya concebida la familia desde una perspectiva exclusivamente matrimonial y patriarcal, sino de un modo más amplio e igualitario por exigencias de los arts. 14, 32 y 39 CC.

⁷⁵ Así, LALAGUNA DOMÍNGUEZ (p. 3806). Curiosamente, GONZÁLEZ CAMPOS (pp. 35 y 36); y, siguiéndole, ESPINAR VICENTE (pp. 66 y 67), contrarios ambos a la aplicación del art. 29 CC, entendían, sin embargo, necesaria su reforma para ser, en efecto, aplicado al caso problemático planteado «en atención al objetivo del *favor nationalitatis* como al de prevención de la apatridia –esto es–, por consideraciones propias del Derecho de la nacionalidad».

a una interpretación estrictamente literal del mismo, pues tal expresión, introducida en la reforma de 1990 frente a la anterior de «hijos», solo tuvo como finalidad –como *ratio*, compatible con su posible interpretación amplia– expuesta en la propia tramitación parlamentaria de aquella reforma, en respuesta a cierta doctrina que así lo reclamaba, la de dejar claro que la filiación que basta para determinar la nacionalidad es meramente biológica, no necesariamente constatada como estado civil.

Pero veamos otros ejemplos tomados de la propia jurisprudencia:

Son muy abundantes, al respecto, los casos en que nuestra jurisprudencia hace una interpretación amplia o extensiva para adquirir la nacionalidad española por opción. Recuérdese, a tal respecto, al tratar el casi imposible juego de la analogía en esta sede, que, en mi opinión, *a priori* no había que incluir en el elenco de normas singulares todas las normas que regulen la opción, para entender, como en cambio creen otros, que solo cabe interpretarlas restrictivamente⁷⁶: cierto que en su origen –muy moderno, procedente del Código Napoleónico–, la adquisición de la nacionalidad por opción se introdujo en nuestro Derecho como privilegio (como «excepción o beneficio irregular», decía García Goyena, I, p. 35)⁷⁷, pero con el tiempo, y tras las sucesivas reformas legislativas habidas al respecto, se ha ido ampliando tanto su ámbito aplicativo, en evitación incluso de la apatridia (cfr., amén de algunas leyes especiales, los casos contenidos en los arts. 17.2, 19.2, 20.1.ª] y b] CC)⁷⁸, que me resulta hoy muy difícil seguir calificando la opción como modo adquisitivo singular, o excepcional⁷⁹. En cualquier caso, el hecho irrefutable es que la interpretación extensiva de algunas de las nor-

⁷⁶ Así, el propio DE CASTRO (p. 507); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 11/30, de vlex); o LETE DEL RÍO (p. 69), con BERCOVITZ (p. 63).

⁷⁷ Según puede con mayor detalle en DE CASTRO (pp. 406 y 407).

⁷⁸ Según dice el propio DE CASTRO (p. 407): «Es de advertir que, mientras en el Derecho francés se ha ido debilitando la facultad de opción, hasta abandonarla por completo, el Derecho español, que le siguiera, lo ha mantenido».

⁷⁹ Incluso de admitirse que se trate de un régimen excepcional, ya en mi trabajo citado sobre analogía e interpretación extensiva (pp. 1054 ss), creía yo que aunque vetada la analogía para tal tipo de normas (*ex art. 4.2 CC*), en cambio sí era posible su interpretación extensiva como regla, salvo que lo impidiera la singularidad de su propia *ratio*. Así lo defendía yo al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: «As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva». Porque, según concluía yo en aquel trabajo (pp. 1059 y 1060), «mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues ésta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar, en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, aun cuando se trate de una interpretación exclusivamente lógica, pues ésta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón –aunque singular– dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico (en cuanto dentro de la especie que regula). Más aún, si la excepcionalidad de la norma consiste en atribuir un beneficio, un trato de favor: *Favorabilia amplianda*».

mas que regulan la adquisición de la nacionalidad por opción ha sido, en alguna ocasión, finalmente admitida en la jurisprudencia:

Así ha sucedido, como uno de sus ejemplos, con el art. 64. III LRC (que sobre la opción y la recuperación de la nacionalidad retrotrae los efectos de la inscripción a la fecha de la declaración), cuya aplicación extensiva a la adquisición por residencia fue al principio negada (en la RDGRyN de 14 junio 2005, por entender que la norma es excepcional y solo aplicable a los casos en ella tasados, no para aquellas adquisiciones de la nacionalidad fundadas en un acto de autoridad), para luego, en cambio, ser aceptada (como en la RDGRyN de 19 enero 2007, en síntesis⁸⁰, por entender que también la adquisición por residencia se fundamenta en la voluntad del residente nacionalizado, que la autoridad no concede, sino que solo reconoce en su legalidad).

Otro ejemplo que cabe citar es el de la STS de 1 julio 1984, que interpreta ampliamente el régimen privilegiado de la adquisición de origen por opción fundándose en la lógica de *maior ad minus*⁸¹.

También cabe traer aquí aquellos casos en que la jurisprudencia ha defendido la aplicación extensiva –por identidad de razón, se dice– de alguna norma sobre adquisición por residencia a la opción. Es, por ejemplo, el caso de la RDGRyN de 16 mayo 2007, que interpreta ampliamente el término «territorio español» como comprensivo del peninsular y del colonial, que emplea el CC en materia de opción por aplicación extensiva de la misma interpretación que la jurisprudencia hace sobre expresiones similares cuando se refiere a la adquisición de la nacionalidad por residencia. Aunque en dicha jurisprudencia se habla de analogía, en realidad, hay recurso a la interpretación extensiva por su resultado, pero fundada, en su método, en la lógica y en la sistemática, no en la estricta analogía. Porque se trataba de una simple laguna casuística (la de interpretar la expresión «territorio español»), no institucional (propia solo ésta para la analogía), como hubiera sido el caso en que el CC no hubiera dicho absolutamente nada.

⁸⁰ Pues no cabe aquí exponer toda su argumentación, extensísima y con apoyo en abundante jurisprudencia, a la que no puedo más que remitirme (en sus Fundamentos quinto hasta el último).

⁸¹ «Tercero. Está suficientemente acreditado que la interesada nació en 1949 siendo su madre española por lo que, si hubiera nacido bajo el régimen vigente, sería sin duda española de origen –artículo 17.1.a) CC–. Por esto no debe coartarse su derecho, formulado dentro de plazo, para ostentar a partir de su declaración la nacionalidad española de origen. El hecho de que haya ya adquirido antes la nacionalidad española no debe perjudicarla, pues no tendría sentido, en una interpretación lógica y finalista de la norma, que el que no fuera español pudiera adquirir por opción, al amparo de la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 1990, la nacionalidad española de origen y que el que ha demostrado su mayor vinculación con España hasta el punto de haber adquirido ya esta nacionalidad tuviera vedado el camino para que esta nacionalidad mereciera el trato de la de origen.

Cuarto. Esta interpretación de la repetida disposición transitoria, a cuyo tenor “quienes no sean españoles a la entrada en vigor de esta Ley, y lo serían por aplicación de los artículos 17 ó 19 del Código Civil, podrán optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años...”, equivale simplemente a entender que la frase inicial “quienes no sean españoles” abarca también, por un razonamiento “de maior ad minus”, a quienes no sean españoles de origen».

También es el caso de las RRDGRyN de 23 marzo 2010 y 31 mayo 2012, que a fin de evitar la discriminación (por tratar de diferente forma casos semejantes), hacen una interpretación extensiva, por identidad de razón –dicen también–, de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007, sobre opción a la nacionalidad española de origen, «permitiendo que puedan optar a la nacionalidad española de origen los españoles no de origen, pues es evidente que el español no de origen en quien concurre título suficiente para la obtención de la cualidad de «español de origen», no puede ser objeto de peor trato que el extranjero en quien concurre el mismo título». Así hasta el punto de que en la RDGRyN de 14 octubre 2014 se hará una aplicación retroactiva de dicha disposición por ser una norma favorable a la adquisición de la nacionalidad española por voluntad del interesado.

También ejemplos jurisprudenciales hay de interpretación extensiva sobre adquisición de la nacionalidad española por residencia:

Al margen de casos en que la jurisprudencia ha hecho una interpretación restrictiva en esta materia, mas por tratarse de normas excepcionales (como sucedió en la RDGRyN de 24 junio 2005⁸²), o porque no ha habido verdadera voluntad de residir en España (como fue el caso de la STS de 8 noviembre 2004, a la que seguirá la de 13 febrero 2008, donde se hace una interpretación restrictiva de la «continuidad» en la residencia exigida por el art. 22 CC⁸³), o porque su ampliación supondría la tergiversación de la norma (recuérdese lo dicho en la STS 22 abril 2004⁸⁴), en

⁸² Ya visto al tratar el principio de tipicidad sobre adquisición de la nacionalidad española. Recuérdese, que trataba sobre un caso en que se planteaba si cabía aplicar al extranjero casado con cualquier funcionario que trabajara y residiera fuera de España el art. 22.3 CC (en su ficción legal de estimar como residencia legal española la de la embaixada donde el extranjero convivía como esposo del funcionario diplomático o consular); tras negar la extensión por analogía de aquella norma, entendió la Dirección General que solo cabría solicitar la españolidad por la vía de la carta de naturaleza.

⁸³ Recordando que «este Tribunal Supremo tiene declarado, en sentencia de 19 de septiembre de 1988 que “Si bien es cierto, como ya se ha dicho en el Fundamento Primero, que el requisito de la continuidad en la residencia o presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el período de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero, tal permisión, a falta de fijación ‘*ex lege*’ de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la ‘*ratio legis*’ del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de Ley”».

⁸⁴ En efecto, no debe llevar a error la siguiente afirmación de la STS de 22 abril 2004, cuando dice en su Fundamento de Derecho 2.º: «es claro que al versar la pretensión sobre la concesión de la nacionalidad española, es decir, sobre una cualidad que atribuye importantes derechos de carácter personal, la interpretación de los requisitos establecidos legalmente para acceder a la misma no puede responder a una interpretación extensiva de los mismos, que, a la postre, los desvirtúen». A la vista de este inciso final, no prohíbe en general como posible la interpretación amplia o extensiva, sino que ésta conduzca a desvirtuar o tergiversar su *ratio*.

otros muchos casos nuestra jurisprudencia ha hecho una interpretación amplia o extensiva en esta sede:

Así, por ejemplo, acerca de la legalidad de la residencia, las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 junio y 9 diciembre 2004 admitirán la tenencia de un DNI caducado, pues «la interpretación –contraria– que se hace en la resolución impugnada del requisito de la legalidad de la residencia exigida por el art. 22 del Código civil resulta sumamente restrictiva, y contraria al espíritu de las normas que regulan la obtención de la nacionalidad por residencia, de las que no se puede extraerse la rígida consecuencia de que, quien durante tantos años ha residido continuadamente en España legalmente documentado como español y no ha sido privado de tal documentación por los procedimientos legales, carece de residencia legal, a los efectos ahora analizados, por el simple hecho de que el DNI que poseía hubiera caducado».

O sobre la exigencia de «continuidad», y en contra de la interpretación restrictiva hecha por jurisprudencia anterior (contenida, por ejemplo, en las citadas SSTs de 8 noviembre 2004 y 13 febrero 2008, antes citadas), hará una interpretación flexible de tal exigencia la STS de 28 noviembre 2012, entre otras, cuando dice: «El Tribunal Supremo en su última jurisprudencia ha venido interpretando el requisito de la continuidad de forma más flexible para supuestos en el que se trate de un mero retraso en la solicitud de renovación cuando el interesado ha residido de forma legal durante un largo periodo y ha obtenido diferentes renovaciones de su permiso de residencia y ha demostrado suficiente arraigo y una estancia continuada en nuestro país. En tal sentido las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2003 y posteriormente de 25 de enero de 2005».

También en materia de recuperación de la españolidad perdida, donde la legislación española ha dado en su régimen ciertos vaivenes⁸⁵, hay ejemplos de interpretación amplia:

Uno de ellos se contiene en la RDGRyN de 20 septiembre 2007, donde se hace una interpretación flexible del art. 17.3 CC, fundada en la lógica (y por encima de una interpretación literal que parecería exigir la españolidad previa de ambos «padres»), a fin de permitir dicha recuperación, por «estimar que podía bastar que las dos circunstancias de nacimiento y domicilio en España se dieran en cuanto a uno solo de los progenitores, conforme a los siguientes argumentos: 1. El empleo del plural «padres» no era una razón decisiva para entender que fuese preciso que ambos progenitores hubieran nacido y estuvieran domiciliados en España, ya que esa utilización, que concordaba con el plural «nacidos», podía obedecer también a la necesidad de emplear un término genérico que abarcara los supuestos en los que sólo existiera un progenitor legalmente conocido; 2. Era intrascendente la comparación con el sin-

⁸⁵ Véase, al respecto, la STS de 18 mayo 2009, donde se hace un recorrido muy interesante por lo cambios legislativos que ha experimentado la normativa en materia de recuperación de la nacionalidad española.

gular «padre» y «madre» que utilizaban los números 1.º y 2.º del propio artículo, porque en estos números era patente la intención del legislador de circunscribir uno y otro supuesto a sólo uno u otro de los progenitores; y 3. No siendo la letra del precepto un valladar infranqueable para excluir otra posible interpretación, debía preferirse la que mejor respondía a la «ratio» del precepto, el cual obedecía al propósito, expuesto claramente en el preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1954, de evitar que «se perpetúen indefinidamente las estirpes de extranjeros en el territorio nacional».(...) A estos argumentos ha de añadirse que la redacción vigente de dicho artículo 17 a partir de la Ley 51/1982, de 13 de julio, se decide claramente a favor de que la circunstancia de haber nacido también en España se dé en uno solo de los progenitores para que el hijo nacido en España sea español «*iure soli*». Como indicó la Resolución de este Centro directivo de 25 de abril de 1988, esta norma, en cuanto meramente aclaratoria o interpretativa de otra anterior, ha de estimarse dotada tácitamente de eficacia retroactiva respecto del concreto extremo correlativo que viene a esclarecer, de acuerdo con la más autorizada doctrina científica». Así también, recordando lo dicho en esa RDGRyN de 1988, las RRDGRyN de 7 diciembre 1991 y 22 abril 2005.

En la misma línea, y apoyándose expresamente en el *favor nationalitatis*, se muestra la RDGRyN de 25 junio 1999 (y con ella las SSTSJ de Galicia de 27 octubre 2010 y de Castilla y León de 22 enero 2010), para un caso, en que acreditada la nacionalidad española por filiación materna hasta tres años después de la mayoría de edad, la pérdida de dicha nacionalidad y su deseo de recuperarla, previo cumplimiento de los requisitos del art. 26 CC, resulta procedente la práctica de las inscripciones solicitadas. Y lo razona así, entre otros argumentos, en su Fundamento de Derecho 5.º: «En efecto, si se tiene en cuenta: a) El principio de la irretroactividad de las normas desfavorables o restrictivas de derechos individuales (*vid.* art. 9.3 CE española) que afectaría a la Ley 11/1981 promulgada con posterioridad al nacimiento del recurrente; b) los principios *favor filii* y *favor nationalitatis* que inspiran nuestra legislación en materia de filiación y de nacionalidad; c) el carácter tasado de las causas de pérdida de la nacionalidad establecidas en los arts. 24 y 25 CC; d) el carácter favorecedor de la recuperación de la nacionalidad española que resulta del art. 26 CC; e) el carácter limitado de la retroactividad de los efectos de la determinación legal de la filiación que resulta del art. 112 CC, condicionada a la compatibilidad de la misma con “la naturaleza de aquéllos”;... g) el criterio interpretativo sostenido por la doctrina más autorizada, entendiendo que ante la laguna legal debe sostenerse que el legislador solo ha admitido el efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación cuando éste sea positivo, es decir, en caso de que suponga la atribución de la nacionalidad española de origen, pero no en el supuesto contrario».

Sobre todo a raíz de la reforma 36/2002, también se ha observado una interpretación más extensa en cuanto a los requisitos de la recuperación de la nacionalidad española. De tal forma que se observa la plasmación de la no exigencia, de que los que quieran

recuperar la nacionalidad española que sean nietos de emigrantes, de la residencia habitual en España. Así, por ejemplo, en la RDGRyN de 26 septiembre 2011 se otorga la recuperación de la nacionalidad española respecto del nacido en 1933 e hijo de españoles que emigró. Para recuperar la nacionalidad española es preciso probar suficientemente que en un momento anterior se ha ostentado *de iure* tal nacionalidad y posteriormente se ha perdido. A los efectos de la recuperación de la nacionalidad española, es emigrante el nacido en España que ha adquirido la nacionalidad española, trasladado su domicilio al extranjero y adquirido otra nacionalidad. En este caso, la prueba de que el interesado es emigrante se impone por sí misma con evidencia. Y no hay razón alguna para investigar cuáles son los motivos que hayan llevado a esta emigración. La DGRN estima el recurso planteado y revoca el auto del encargado del Registro Civil que denegó la recuperación de la nacionalidad española de la promotora, por haber sido emigrante. Antes, en cambio, los nietos de emigrantes, para recuperar la nacionalidad española, necesitaban residir legalmente en España u obtener la dispensa de este requisito por el Ministerio de Justicia si concurrían circunstancias excepcionales, como establece la RDGRyN de 18 septiembre 2002.

Resta, por último, el caso emblemático de interpretación flexible sobre consolidación de la nacionalidad española. Sin entrar de nuevo, a tal respecto, en la cuestión de la retroacción, destaca sobre el art. 18 CC la conocida, y polémica, STS de 28 octubre 1998⁸⁶; tan seguida luego por tantas RRDGRyN (como las de 13 febrero y 4 julio de 2003, de 17 y 19 julio 2004, de 11 febrero 2005,...), en la que para muchos se prescindió de la exigencia de probar el título inscrito en el RC, para presumirlo en el caso que resolvió atendidos los otros documentos aportados y circunstancias que rodeaban aquel caso.

A la vista, en fin, de todos estos ejemplos, y de otros que pudieran verse⁸⁷, ¿dónde queda ya aquella afirmación del maestro De Castro cuando decía que «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, –las normas sobre adquisición de la nacionalidad– han de interpretarse de modo restrictivo y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos»?

⁸⁶ Para cuyo texto, comentado, me remito de nuevo a GARCÍA RUBIO (en ADC, 1999, n.º 1, pp. 425-432); y a ÁLVAREZ GONZÁLEZ (en CCJC, 1999, pp. 557-577).

⁸⁷ Muchos de ellos, amén de los hasta aquí expuestos, pueden verse en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, aunque en su mayoría son propuestas de dicho autor, en muchas ocasiones como solución a debates meramente doctrinales que, sin embargo, no han llegado al foro, al menos, para formar jurisprudencia, aunque sí a veces hayan sido solventados por alguna reforma legal, como los relativos a ciertas expresiones que emplea el CC y que provocan problemas de interpretación (como las de «representante legal», «sujeto legalmente a tutela», «buques y aeronaves», la de «Iberoamérica»,...).

4. CRITERIOS, Y EJEMPLOS, DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD –ESPAÑOLA–: ENTRE EL *FAVOR NATIONALITATIS* Y EL *ODIOSA RESTRINGENDA*

Desde que la STS de 10 febrero 1926 advirtiera que para la pérdida de la nacionalidad española rige la tipicidad legal, o el sistema de *numerus clausus*, y que, como su consecuencia, no cabe añadir por analogía nuevas causas de pérdida o privación de la nacionalidad, y que sus normas reguladoras han de interpretarse de manera estricta –adviértase, estricta–, la posterior doctrina, siguiendo a De Castro (p. 398)⁸⁸, ha insistido en tales ideas, añadiendo que la interpretación en esta sede ha de ser siempre y necesariamente restrictiva –y nunca extensiva–⁸⁹. La propia Instrucción de la DGRyN de 20 marzo 1991, afirmaría «el carácter taxativo de las causas de pérdida que no pueden ser objeto de interpretación extensiva».

También parece afirmarlo la jurisprudencia, aunque con matices, veremos luego, muy importantes.

Por supuesto, teniendo en cuenta, ante todo, que para la legislación española ser español es un beneficio (algo, pues, favorable), y que no serlo es, cuando menos, un disfavor (algo, pues, «odioso»), toda norma que permita la pérdida de la españolidad debe, en caso de duda, interpretarse restrictivamente, en el sentido de que a su través habrá de evitarse dicha pérdida, máxime si aboca a la apatridia (a ello obligaría el *odiosa restringenda*); o bien, *a contrario sensu*, habrá de interpretarse ampliamente si así se conserva, o no pierde, la nacionalidad (pues a ello obligaría una suerte de interpretación hecha *in bonam partem*).

En particular, al ser, recuérdese, la apatridia el mayor disfavor que pueda tener una persona, toda interpretación que del régimen legal pueda conducir a ella habrá de ser rechazada, o, cuando menos, minimizada en todo lo posible: «*odiosa, restringenda*». Pues así lo es para el Derecho internacional de la nacionalidad, aceptado, tam-

⁸⁸ Quien, recuérdese, al tratar de los modos de adquirir la nacionalidad española, comenzaba advirtiendo (en aquella pág. 398), que «las causas enumeradas en el Código han de considerarse taxativas, tanto respecto a los tipos de adquisición como a sus requisitos. Por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, han de interpretarse de modo restrictivo y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos».

⁸⁹ Así, entre otros, PUIG BRUTAU (I-1.º, p. 477); Díez DEL CORRAL RIVAS (en los Comentarios al CC, del Ministerio de Justicia, pp. 210 y 211, y en Bercovitz, p. 153); SEISDEDOS MUIÑO («Pérdida de la nacionalidad: comentario al art. 25 CC», en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n.º 11-12, 1991, p. 367); CARRASCOSA GONZÁLEZ (p. 112); AZCÁRRAGA MONZÓNIS y DE LORENZO SEGRELLES (en *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, 2011, p. 241).

bién como criterio rector, para nuestro ordenamiento (cfr., art. 10.2 CE). Por eso, no puede admitirse hoy el rechazo a tal argumento como interpretativo del régimen sobre nacionalidad propugnado por De Castro, cuando decía (p. 400): «Estos razonamientos adolecen de su carencia de apoyo legal, pues el Código no permite deducir que la no concurrencia de nacionalidad extranjera o la apátrida sea causa para adquirir la nacionalidad española»; pues siendo cierto esto último, fundado en el principio de tipicidad ya explicado, que impediría acudir a aquel principio de la lucha contra la apatridia en una supuesta función integradora, no así me parece que deba ser hoy también rechazado como criterio rector interpretativo.

Este criterio interpretativo, según creo, sirve, sobre todo, para los casos de estricta privación de la nacionalidad, para aquellos supuestos en que la pérdida de la nacionalidad es, a modo de sanción, impuesta exclusiva y directamente por la ley, por su sola voluntad, y desde su valoración abstracta y objetiva de que la españolidad es el mayor de los beneficios para la persona y la extranjero un perjuicio –y la apatridia el mayor de todos–⁹⁰. Su regulación es punitiva, y como tal, debe quedar excluida de cualquier interpretación amplia, amén de analógica (cfr., art. 4.2 CC)⁹¹, que concluya en la pérdida de la nacionalidad. Pero no puede servir, sin más, dicho criterio como rector también para los casos en que la pérdida es por voluntad, expresa o tácita, del español (especialmente si lo es de origen⁹² –recuérdese–), pues entonces ya la consideración de la españolidad como favor, o no, pasa a ser algo más relativo, subjetivo, según el interés y la voluntad de dicho español, que el legislador, y también su intérprete, han de respetar. En tales casos, que la interpretación de la norma sobre pérdida de la nacionalidad deba ser restrictiva o amplia, esto es, contraria o permisiva de dicha pérdida, dependerá también de la propia voluntad manifestada –dentro de los márgenes legales, naturalmente– por el español que desea perder su nacionalidad o, por el contrario, conservarla. Así: si tal voluntad es proclive a la pérdida, la interpretación de la norma habrá de permitirla, mientras que si aquella es contraria a tal pérdida, el intérprete habrá de procurar que no la pierda. Y solo cuando

⁹⁰ No en vano, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, mientras que al comentar el art. 24 CC (en pp. 16 y 17/47, tomado de vlex), propone su interpretación estricta, en cambio, propone (en p. 1/31), hacer una interpretación restrictiva del art. 25 CC, sobre privación de la nacionalidad.

⁹¹ Pues aunque dicha norma excluya –solo– la analogía, también ha de comprender –extensivamente– la interpretación extensiva. Así lo defendí en mi trabajo citado sobre analogía e interpretación extensiva (en pp. 1060 y ss, a las que me remito).

⁹² Así lo advierten, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*ult., cit.*); DÍEZ DEL CORRAL RIVAS (pp. 210 y 211); o SEISDEDOS MUIÑO (p. 367).

haya duda sobre aquella voluntad particular⁹³, habrá de prevalecer la de la ley, y habrá, entonces, de inclinarse el intérprete por una interpretación contraria a la pérdida de la nacionalidad, y favorable, por tanto, a su mantenimiento⁹⁴.

Y creo que así se deduce con alcance general de la siguiente afirmación, contenida en el Fundamento jurídico VI de la RDGRyN de 14 julio 1994, a la que seguirán luego otras (como las Resoluciones de 26 septiembre 1995 y 5 enero 1996): «La exégesis de esta norma –el art. 24 CC–, como ha indicado toda la doctrina científica, no es en modo alguno sencilla. En todo caso ha de tenerse presente como guía para el intérprete, que la materia no puede ser objeto de interpretación extensiva, porque ni pueden crearse otras formas de pérdida al margen de la Ley (art. 11.1 de la Constitución) y porque un español de origen, sin contar con su voluntad –dice–, no puede ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 de la Constitución), lo que no impide, sin embargo, que dentro del ámbito previsto por el legislador haya de llegarse a soluciones armónicas y lógicas fundadas en la «ratio», del precepto».

Así, puede verse también, para un caso concreto, en la RDGRyN de 13 marzo 1993, cuando dice en su Fundamento jurídico 5.º: «Es cierto que podía existir algún caso singular en el que la conducta del interesado pudiera deducirse la renuncia de la nacionalidad española, pero el simple asentimiento voluntario a la nacionalidad francesa, adquirida antes involuntariamente, no podía constituir causa de pérdida de la nacionalidad española, so pena de caer en una interpretación extensiva del artículo 23 citado del Código que no se compaginaba con el carácter taxativo de los supuestos legales de pérdida».

En la misma línea, y apoyándose expresamente en el *favor nationalitatis*, se muestra –recuérdese– la RDGRyN de 25 junio 1999 (y con ella las SSTSJ de Galicia de 27 octubre 2010 y de Castilla y León de 22 enero 2010), para un caso, en que acreditada la nacionalidad española por filiación materna hasta tres años después de la mayoría de edad, la pérdida de dicha nacionalidad y su deseo de recuperarla, previo cumplimiento de los requisitos del art. 26 CC, resulta procedente la práctica de las inscripciones solicitadas.

También fundadas en el mismo principio, y a fin de evitar la apatridia originaria, son varias las Resoluciones que incluso aplicarán de forma retroactiva tácita la normativa española a menores, hijos de españoles (como las RRDGRyN de 7 diciembre 1988 y 24 mayo 1991).

Por el contrario, en la RDRGyN de 16 noviembre 2002 se hará una interpretación estricta de las normas sobre adquisición de la

⁹³ O cuando, sencillamente, no pueda haberla; de ahí, por ejemplo, que ESPINAR VICENTE (p. 66), o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 19/58), con fundamento en el art. 29 CC, nieguen que el *nasciturus* no adquiera la nacionalidad por pérdida de la españolidad de sus padres tras la concepción y antes del nacimiento.

⁹⁴ Creo que es el modo en que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 16 y 17/47, de vlex), interpreta el art. 24 CC.

nacionalidad desde una interpretación amplia de las normas que regulan su pérdida, precisamente porque en el caso había una voluntad concluyente de perderla⁹⁵.

No hay en todo lo dicho hasta aquí más que la aplicación lógica de la regla «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*», aderezada con la regla, también lógica, de la interpretación extensiva, aunque se trate de normas penales, cuando dicha interpretación se haga «*in bonam partem*».

5. Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: LA EQUIPARACIÓN ENTRE EL EXTRANJERO Y EL ESPAÑOL COMO FAVOR «PRINCIPAL», QUE HA DE REGIR COMO REGLA INTERPRETATIVA, Y SU DISTANCIAMIENTO COMO EXCEPCIÓN A INTERPRETAR RESTRICTIVAMENTE

Ya quedó arriba advertido que la propia Constitución, en su art. 13.1, y ya antes el art. 27 CC (y después el art. 3 de la LO de extranjería), tienden a equiparar en derechos al extranjero con el español «en los términos que establezcan los tratados y las leyes», lo que permite, frente a aquella regla tendente a la equiparación, la existencia de excepciones, esto es, de derechos de que carezcan tales extranjeros⁹⁶; como de hecho así sucede en nuestra legislación⁹⁷ (y,

⁹⁵ «II. Se pretende por estas actuaciones la inscripción de nacimiento de una persona nacida en Argentina en 1953 hijo de padre nacido igualmente en Argentina en 1928, alegando ser hijo de español.(...) III. Tal pretensión no puede ser admitida. En efecto, su padre perdió la nacionalidad española antes del nacimiento del hijo por su asentimiento voluntario al llegar a la mayoría de edad (20 Ene. 1949) a la nacionalidad argentina que tenía atribuida *iure soli*. Conforme al artículo 20 del Código civil en su redacción originaria aplicable al caso la calidad de español se perdía por adquirir naturaleza en país extranjero y esta norma debía ser interpretada, de acuerdo con la doctrina científica y la oficial de este Centro Directivo, en el sentido de que abarcaba no solo las naturalizaciones expresas sino también las tácitas, derivadas de la aceptación por actos concluyentes que un mayor de edad realizaba respecto de la nacionalidad extranjera que tenía atribuida desde su minoría de edad. Por lo demás, que el padre perdió la nacionalidad española lo demuestra el hecho de que la recuperó en 1996, momento en el cual el interesado era mayor de edad y por lo tanto nunca estuvo bajo la patria potestad de un español».

⁹⁶ Pues como dice la STC 99/1985, de 30 septiembre, reiterando la doctrina ya asentada por la STC 107/1984, de 23 noviembre, «el párrafo primero del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán solo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes... Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución... podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la ley interna española».

⁹⁷ A su vista, es bien conocido que, desde la STC 107/1984, de 23 noviembre, se han clasificado al respecto los derechos y libertades en 3 grupos: primero, aquellos que corresponden por igual a españoles y extranjeros (como son los derechos humanos y muchos de los fundamentales); segundo, los derechos que son reconocidos a los extranjeros, pero cuyo ejercicio puede ser diferente al que de aquellos hagan los españoles según establezcan los Tratados y leyes (como sucede con muchos derechos civiles); y, tercero, los derechos atribuidos

en general, proclama claramente aquel art. 27 CC: «Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo —dice— lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados»⁹⁸; o la propia Constitución, en el ap. 2 del propio art. 13, o incluso cuando en su art. 14 proclama el principio de igualdad referido, *ex laetere* al menos, a «los españoles»). La propia etimología de la palabra «extranjero», en cuanto extraño, obliga a ello⁹⁹.

Y son, en efecto, tantas las excepciones que nuestra legislación establece frente al principio de equiparación, que hay quien, al menos, insinúa la inversión de la relación regla-excepción¹⁰⁰; lo que, sin embargo, no creo que desdibuje el espíritu rector que la regla de la equiparación, consagrada incluso constitucionalmente (por provenir del propio Derecho natural o de gentes, según decía Sánchez Román, *cit.*, comentando el art. 27 CC), debe tener en la interpretación legal (que, recuérdese, lo es sobre todo de normas dudosas)¹⁰¹. Ya lo advierte Díez del Corral Rivas (en sus Comentarios al CC dirigidos por el Ministerio de Justicia, *cit.*, p. 218), que el principio de equiparación «constituye una regla general que, como tal, ha de dar la pauta para solucionar los problemas dudosos», aunque las excepciones, decía (en p. 219), sean «variadísimas».

Así lo proclama el propio art. 3 de la LO de Extranjería, aunque su rúbrica, a tal respecto, haya perdido tal evidencia¹⁰² (desde su

exclusivamente a los españoles (como sucede con la mayoría de los derechos políticos). Ya mucho antes, había advertido la distinción de trato, al menos entre los derechos civiles y los políticos, la STS de 1 febrero 1913, en su 1.º Cdo.: «que la situación jurídica de los extranjeros fuera de su patria, requiere, mientras residan accidental ó habitualmente, en el país donde no son naturales que se les permita, á manera de protección, el ejercicio de los derechos que las leyes civiles conceden á los ciudadanos propios, pero con separación, por supuesto, de los políticos, para que de ese modo quede incólume como resultante del hecho de la asociación nacional la independencia de la soberanía en el respectivo territorio».

⁹⁸ Ya lo advertía SÁNCHEZ ROMÁN (2, p. 325), quien tras elogiar dicha norma, por consagrar la equiparación por exigencias del propio Derecho de gentes, del propio Derecho natural que no reconoce países ni fronteras, advierte que tal equiparación no es absoluta.

⁹⁹ En cierto modo, así lo decía DE CASTRO (p. 372): «El concepto de extranjero es simplemente el contrario al de nacional; sólo tiene un significado negativo: el de ser extraño a la comunidad nacional».

¹⁰⁰ Así, RAMOS CHAPARRO (p. 101), cuando afirma: «Son tales estas diferencias, y de tanta importancia, que una visión realista no las puede encajar sin más como «excepciones» o derogaciones parciales del principio de equiparación».

¹⁰¹ El propio RAMOS CHAPARRO (en la propia pág. 101, y luego desarrollado en pp. 260 a 264, a las que me remito), es defensor de aplicar el principio de igualdad del art. 14 CE a los extranjeros, a pesar de que dicha norma hable de «los españoles».

¹⁰² Solo a los efectos legislativos (como mandato al legislador), pero no así en cuanto al intérprete, para el que incluso puede haberse reforzado la norma. De hecho, para BALAGUER CALLEJÓN (en *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 480), al quedar en la nueva norma reducida la igualdad a ser mero criterio interpretativo, no cabrá desde ella colmar vacíos normativos, lo que yo, sin embargo, no comparto, pues al tratarse de un principio general del Derecho, no solo sirve para interpretar las leyes existentes, sino también para colmar las lagunas legales que pueda haber, conforme a la función que a los Principios atribuye el art. 1.4 CC.

primera redacción —«Igualdad con los españoles e interpretación de las normas»— a la actual —«Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas»—. Porque ya en su contenido (el verdaderamente normativo), tras ser reformado se ha detallado tal equiparación, cuando al final de su ap. 1 (el que aquí interesa), dispone: «Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». Y, aunque literalmente se refiere a los derechos del extranjero contenidos en dicha LO, no parece difícil defender, desde el espíritu equiparador de los arts. 13.1 CE y 27 CC, que tal criterio rector pueda extenderse a cualquier otro derecho reconocido en cualquier otra norma.

En definitiva, conforme a una interpretación sistemática de todas estas normas (arts. 13.1 CE, 27 CC y 3 LO de Extranjería), solo cabe concluir que, en caso de duda, debe hacerse una interpretación extensiva de las normas que tiendan a la equiparación entre extranjeros y españoles, o a la integración del extranjero en España, pues tal es la regla general (como, por ejemplo, así sucedió con la STS de 6 julio 1993¹⁰³, al realizar una interpretación flexible de la legislación sobre extranjería, favorable al reagrupamiento familiar); y que, por el contrario, debe hacerse una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que los diferencian y separan, pues tal es la excepción, y como normas excepcionales han de interpretarse (*ex art. 4.2 CC*)¹⁰⁴.

Así lo exige el «espíritu expansivo» que, con fundamento en el art. 27 CC y en la Constitución de entonces, ya proclamara hace mucho la STS de 1 febrero 1913, para resolver en aquel caso que el extranjero recurrente tenía derecho en España a solicitar su declaración de pobre para litigar sin que la mera inobservancia de una formalidad de trámite subsanable pudiera enervar aquel espíritu expansivo y negarle tal gratuidad. No en vano, mucho tiempo después vendría nuestro TC a reconocer a favor de los extranjeros el derecho de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (así, desde la STC 99/1985, de 30 septiembre)¹⁰⁵.

¹⁰³ A la que siguió la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 enero 1999.

¹⁰⁴ Así lo dice, y razona, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en varias ocasiones (en p. 22/116): «Si el principio es la equiparación, la norma excepcional —la que permite excepciones— habrá de interpretarse estrictamente»; o (en p. 23/116): «El valor que de principio tiene la equiparación que establece el art. 27 CC determina que las disposiciones que establecen diferencias deban considerarse excepcionales y que, como tales, deban ser interpretadas restrictivamente (cfr., art. 4.2 CC)».

¹⁰⁵ Por lo demás, para mayores detalles sobre la evolución habida al respecto en la propia jurisprudencia constitucional, orientada progresivamente hacia la equiparación de derechos constitucionales entre españoles y extranjeros, me remito, entre otros posibles, a BALAGUER CALLEJÓN (en *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, pp. 473 ss).

Al margen de este criterio rector quedan, naturalmente, aquellas normas más específicas sobre extranjería que de suyo sean singulares o sancionadoras, que habrán de ser por sí mismas objeto de una interpretación restrictiva (de nuevo, *ex art. 4.2 CC*).

Como, por ejemplo, así ha sucedido en reiterada jurisprudencia vertida sobre la posible exención de la obligación de visado por extranjeros. Como ya dijera la STS de 23 junio 1992 (y, tras ella, las SSTS de 30 junio 1993 y 10 marzo 1994¹⁰⁶)¹⁰⁷: «Sobre este punto debe señalarse que, para obtener una dispensa de ley, como es la exención de la obligación de visado de los extranjeros, el art. 5.4 RD 1119/1986 requiere la concurrencia de “razones excepcionales” que justifiquen tal dispensa. El hecho mismo de tratarse de una excepción extraordinaria a la aplicación de un precepto de la ley, así como la excepcionalidad de las razones que la mencionada norma exige para su aplicación, conducen a que la interpretación que de ella deba hacerse haya de ser de carácter restrictivo».

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Comentario a la STS de 28 de octubre de 1998*, en CCJC, 1999, pp. 557-577.
- En *Comentarios al CC*, de Lex Nova, dir. A. Domínguez Luelmo, Valladolid.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «La interpretación de la DGRyN en materia de nacionalidad...», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 10, 2005, pp. 213-233.
- *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, 2014.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: en *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ (y otros): *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid, 2007.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad», en *ADC*, 2010, pp. 1219-1244.
- DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, reed., Madrid, 1984.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: en los *Comentarios al CC*, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- ESPINAR VICENTE, J. M.^a: *Derecho Internacional privado. La nacionalidad*, 2.ª ed., Granada, 1988.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, 1852.

¹⁰⁶ Y con ellas, las SSTSJ de las Islas Baleares de 27 noviembre 1995 y 30 abril 1996.

¹⁰⁷ Para su comentario, me remito a HORGUÉ BAENA («Interpretación jurisprudencial de las causas legitimadoras de la exención de visado para la permanencia de extranjeros en territorio nacional», en *La Ley*, 1994).

- GARCÍA RUBIO, M.^a P.: «Consolidación de la nacionalidad española», en ADC, 1992, n.º 3, pp. 929-1009.
- «Reconocimiento de nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún por consolidación. Comentario a la STS de 28 octubre 1998», en ADC, 1999, n.º 1, pp. 425-432.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, dir. M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz, Madrid, 1986.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1871.
- HORGUÉ BAENA, C.: «Interpretación jurisprudencial de las causas legitimadoras de la exención de visado para la permanencia de extranjeros en territorio nacional», en *La Ley*, 1994.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: «La pérdida voluntaria de la nacionalidad: breve examen del art. 24 CC», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 11-12, 1991.
- LALAGUNA DOMÍNGEZ, E.: «Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción», en *BIMJ*, n.º 1906, 2001, pp. 3799-3808.
- LETE DEL RÍO, J. M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2.^a ed., Madrid, 1987.
- *Derecho de la persona*, 3.^a ed., Madrid, 1996.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: en *Comentarios a la Constitución española*, de Edersa (tomado de vlex).
- LOZANO SERRALTA, M.: «La nacionalidad originaria en el derecho español», en *Información Jurídica*, 1954, pp. 217-243.
- MANRESA NAVARRO, J. M.^a: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1907.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social*, Granada, 2012.
- PARRA LUCÁN, M.^a A.: «Atribución provisional de la nacionalidad y nacionalidad aparente: los nuevos artículos 17 y 18 CC», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 11-12, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: en los *Comentarios al CC*, 2.^a ed., de EDERSA (tomados de vlex).
- PERÉ RALUY, J.: *De la nacionalidad*, Barcelona, 1953.
- RAMOS CHAPARRO, E.: *Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, 1999.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.^a A.: en *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Murcia, 2005.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales*,... Tomo II, Madrid, 1899.
- SEISDEDOS MIÑO, A.: «Pérdida de la nacionalidad: comentario al art. 25 CC», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 11-12, 1991.
- VVAA: en *Nacionalidad y extranjería*, dir. E. Fernández Masía, Valencia, 2011.

La calificación de los documentos judiciales en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad

Catedrático de Derecho civil (acreditado)

Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

RESUMEN

El artículo 22 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la inicial versión del proyecto, tan sólo se refería a los aspectos formales de la titulación necesaria para practicar la correspondiente inscripción o anotación. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se introdujeron, vía enmienda, dos elementos nuevos en el precepto, uno de ellos de gran importancia para el sistema registral como es el reconocimiento explícito de la calificación registral de los documentos judiciales, elevando a rango de ley la norma contenida, con idéntico contenido material, en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

La justificación de la enmienda presentada alude a esta novedad argumentando que debe ponerse en coherencia el artículo 22 ahora comentado con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Pues bien, dado el paralelismo que se observa entre el artículo 22, apartado 2, de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y dada la aplicación en ambos casos del régimen de los artículos 521 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta esencial analizar la forma y medida en que la doctrina y jurisprudencia recaída en la interpretación de estos últimos preceptos debe entenderse extrapolable también al nuevo artículo 22.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, tarea que acomete de forma sistemática el presente trabajo que aborda, entre otros, los siguientes aspectos de dicho tema: la naturaleza de la calificación como actividad independiente del registrador que cumple una doble función: control de legalidad de la contratación inmobiliaria y defensa de los intereses de los terce-

ros incluso cuando se proyecta sobre documentos judiciales; la responsabilidad personal y directa del registrador en la calificación de los documentos judiciales; la forma en que se compatibilizan el deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes y el deber del registrador de calificarlas; así como un análisis exhaustivo de los extremos sobre los que se proyecta la calificación registral de los documentos judiciales (la competencia del Juez o Secretario, la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, las formalidades extrínsecas de la resolución, los obstáculos que surgen del Registro, los obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria y el requisito de la firmeza de la resolución judicial), así como las especialidades existentes en esta materia respecto de las resoluciones judiciales recaídas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

PALABRAS CLAVE

Calificación registral; resolución judicial; jurisdicción voluntaria.

ABSTRACT

When the new Voluntary Jurisdiction Act was in the bill stage, the initial version of section 22 referred only to the points of title form as needed for registration or notation in the registry. When the bill went to the Spanish parliament, two new items were introduced via amendment. One of them –explicit recognition of registrars– scrutiny of judicial documents –is of vast importance for the registration system, because it raises the substantially identical rule in article 100 of the Mortgage Regulation to the category of law. Article 100 states, «Scrutiny of documents issued by judicial authorities for aptness for registration shall be restricted to questions of competence of the Judge or Tribunal, the consistency of the order with the proceedings or suit in which it was delivered, the extrinsic formalities of the document submitted and the obstacles arising during registry processing».

The reasoning justifying the amendment alludes to this new feature, arguing that section 22 must be made consistent with article 100 of the Mortgage Regulation. Given the parallels between section 22.2 of the new Voluntary Jurisdiction Act and article 100 of the Mortgage Regulation, and given the application of the procedure in sections 521 and 522 of the Civil Procedure Act in both cases, how and to what degree can legal thought and case law on the interpretation of sections 521 and 522 of the CPA be extrapolated to section 22.2 of the new Voluntary Jurisdiction Act? This paper undertakes to provide a systematic answer to that question. It addresses several aspects of the topic, including the following: the nature of document scrutiny as an independent activity on the part of registrars, one that performs a dual function: to check the legality of real estate contracts and to defend third-party interests, even when judicial documents are involved; the direct, personal liability of the registrar in the scrutiny of judicial documents; the means of making the duty to comply with final unappealable judgement and the registrar's duty to scrutinize judgements compatible; an exhaustive analysis of the points that registrars look at in judicial documents (the competence of the judge or clerk of court, the consistency of the order with the proceeding in which it is given, the extrinsic formalities of the court decision, obstacles arising from registration, obstacles arising from mortgage legislation and the requirement that the decision must be final and unappealable); and the special points this matter offers with respect to court decisions given in voluntary jurisdiction proceedings.

KEY WORDS

Scrutiny of documents by registration authorities; court decision; voluntary jurisdiction.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Calificación registral de los documentos judiciales. Características y finalidad.* 1. La calificación es una actividad independiente del registrador que cumple una doble función: control de legalidad de la contratación inmobiliaria y defensa de los intereses de los terceros. 2. La calificación es independiente incluso cuando se proyecta sobre documentos judiciales. 3. La calificación de los documentos judiciales se realiza bajo la personal y directa responsabilidad del registrador. Inexistencia de un deber de obediencia. 4. Compatibilidad entre el deber de cumplir las resoluciones judiciales firmes y el deber de calificar. La protección de los terceros: efectos «*inter partes*» de la sentencia y efectos «*erga omnes*» de la inscripción.—III. *Extremos sobre los que se proyecta la calificación registral de los documentos judiciales.* 1. La competencia del Juez o Secretario. 2. La congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado. 3. Formalidades extrínsecas de la resolución. 4. Obstáculos que surgen del Registro. 4.1 Obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro. 4.1.1 Distinción entre obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro y obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria. 4.1.2 El obstáculo de la falta de tracto sucesivo. 4.1.3 La compatibilidad de la calificación registral del tracto sucesivo y el principio de la intangibilidad de las situaciones jurídicas resultantes de sentencia judicial firme. 4.1.4 Distinción entre anotación de prohibición de disponer y anotación de prohibición de inscribir. 5. Obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria. 5.1 No cabe anotar un embargo sobre un derecho hereditario sin que se haya acreditado la apertura de la sucesión. 5.2 No cabe inscribir una adjudicación en procedimiento de ejecución hipotecaria sin que se acredite el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de sobrante. 5.3 Las exigencias administrativas relativas al control urbanístico mediante la concesión de licencias son aplicables también a los actos de parcelación que resulten de resoluciones judiciales. 6. El requisito de la firmeza de la resolución judicial. 6.1 Fundamento legal. 6.2 Aplicación del requisito de la firmeza en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—IV. *Especialidades en cuanto al ámbito de la calificación respecto de resoluciones judiciales recaídas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.*

I. INTRODUCCIÓN

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establece en el apartado 2 del artículo 22 (relativo al «cumplimiento y

ejecución de la resolución que pone fin al expediente») una norma del siguiente tenor:

«2. Si cualquiera de los expedientes a los que se refiere la presente Ley diera lugar a un hecho o acto inscribible en el Registro Civil, se expedirá testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación.

Si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral. La remisión se realizará por medios electrónicos. La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro».

Se trata de una norma que complementa la regulación del régimen de cumplimiento y ejecución de las resoluciones recaigas en expedientes de jurisdicción voluntaria de la competencia del Juez o Secretario judicial contenida en el apartado 1 del mismo precepto conforme al cual «La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular en los artículos 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido».

Por tanto, esta regulación se debe integrar, a su vez, con el régimen previsto por los citados artículos 521 y 522 de la ley procesal civil, de los que resultan, en lo que ahora interesa, las siguientes reglas fundamentales en la materia: a) a los efectos de su ejecución hay que diferenciar entre sentencias declarativas y constitutivas, por un lado, y sentencias que contengan pronunciamientos de condena, por otro; b) en cuanto a las primeras (declarativas y constitutivas) no se despacha ejecución; c) en consecuencia, las sentencias constitutivas pueden producir efectos registrales sin necesidad de que se despache ejecución. Por tanto, mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, podrán practicarse inscripciones y modificaciones en los Registros públicos; d) todas las autoridades, y especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica.

Vemos, por tanto, que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se establecen reglas fundamentales en orden a la eficacia registral de las sen-

tencias judiciales, el título formal inscribible (certificación o ejecutoria y mandamiento), la obligación de acatar el contenido de las sentencias constitutivas, y el reconocimiento de la calificación registral en cuanto a los obstáculos derivados del Registro y de su legislación específica.

El artículo 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la inicial versión del proyecto, tan sólo se refería a los aspectos formales de la titulación necesaria para practicar la correspondiente inscripción o anotación, de forma que en el caso de hecho y actos inscribibles en el Registro Civil se disponía que a tales efectos se expediría el correspondiente testimonio de la resolución, y en el caso de actos y contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad y Mercantiles (u otro «Registro público»), se disponía el despacho de los correspondientes mandamientos a instancia de parte. Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se introdujeron, vía enmienda (1), dos elementos nuevos en el precepto: por un lado la previsión de la remisión telemática del correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad o Mercantil; y por otro lado, el reconocimiento explícito de la calificación registral de los documentos judiciales, elevando a rango de ley la norma contenida, con idéntico contenido material, en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

La justificación de la enmienda presentada alude a estos dos elementos, argumentando que debe ponerse en coherencia el artículo 22 ahora comentado con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, por un lado, y por otro que la comunicación telemática del mandamiento debe establecerse como obligatoria y no como preferente.

Dado el paralelismo que se observa entre el artículo 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la segunda frase de su apartado 2, y el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y dada la aplicación en ambos casos del régimen de los artículos 521 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina y jurisprudencia recaída en la interpretación de estos últimos preceptos debe entenderse extrapolable también al nuevo artículo 22 de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, lo que aconseja un repaso de dicha doctrina y jurisprudencia, particularmente abundante en relación con la llamada jurisprudencia registral de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES. CARACTERÍSTICAS Y FINALIDAD

Finalmente, el artículo 22.2 de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria introduce la siguiente disposición: «La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». Se trata de una norma que ha elevado a rango de Ley, lo que hasta ahora era una norma reglamentaria, en concreto contenida en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, lo que supone un reconocimiento directo de la importancia de la materia tratada, por su conexión directa con la protección del derecho de propiedad y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se trata de una norma que complementa la regulación del régimen de cumplimiento y ejecución de las resoluciones recaigas en expedientes de jurisdicción voluntaria de la competencia del Juez o Secretario judicial contenida en el apartado 1 del mismo precepto conforme al cual «La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular en los artículos 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido». Siendo de particular interés, por su relación directa con el tema de la calificación de los documentos judiciales, lo dispuesto en el primer apartado del artículo 522, conforme al cual «Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica».

Igualmente debe ponerse en conexión el precepto ahora comentado con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, auténtica columna vertebral de la Ley Hipotecaria, con el que guarda directa relación, y conforme a cuyo párrafo primero «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

Con ello no se pretende emitir un juicio abstracto y de eficacia general sobre la validez o nulidad del título calificado, sino fundamentar una decisión concreta sobre la inscribibilidad o no del

documento presentado. Lo explica el artículo 101 del Reglamento Hipotecario diciendo que «La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento».

Como anteriormente dijimos la jurisprudencia registral sobre el tema de la calificación registral de los documentos judiciales es muy amplia, y recientemente ha sido prolija en número de Resoluciones y argumentos. A ello se deben añadir diversos pronunciamientos muy significativos de nuestro Tribunal Supremo. El conjunto de esta doctrina y jurisprudencia ahora se proyecta sobre el nuevo artículo 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a lo cual nos referiremos a continuación de forma selectiva y sintética dada su extensión y los límites de este trabajo.

1. LA CALIFICACIÓN ES UNA ACTIVIDAD INDEPENDIENTE DEL REGISTRADOR QUE CUMPLE UNA DOBLE FUNCIÓN: CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA Y DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS TERCEROS

Difícilmente se puede sintetizar mejor las características esenciales de la calificación, como actuación jurídica a cargo del registrador en que actúa con plena independencia y bajo su directa responsabilidad, y la finalidad que cumple (control de legalidad y defensa de los intereses de los terceros) que como lo ha hecho la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera) 762/2014, de 14 de enero de 2015, en la que se resuelve sobre la cuestión relativa a la legitimación pasiva del registrador en el caso del juicio verbal directo contra la nota de calificación: «Es el registrador quien califica los documentos sometidos a su consideración bajo su exclusiva responsabilidad y con absoluta independencia de la DGRN, como actividad propia, con el resultado de inscribir el título o rechazar la inscripción. Es además el que defiende los intereses de los terceros, directa o indirectamente afectados por la inscripción, que están ausentes en todos los trámites del procedimiento, y que no pueden hacerlo personalmente, como garante de la legalidad registral y en suma del control de la contratación inmobiliaria en aras de la seguridad jurídica que precisa y exige el artículo 9.3 CE».

2. LA CALIFICACIÓN ES INDEPENDIENTE INCLUSO CUANDO SE PROYECTA SOBRE DOCUMENTOS JUDICIALES

La independencia del registrador incluso respecto de los jueces que han dictado la resolución cuya ejecutoria o mandamiento se remite al Registro para su despacho está reforzada en la legislación hipotecaria mediante un recurso de queja especial, recogido en el artículo 136 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual:

«Los Registradores deberán acudir al Presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer de algún negocio civil o criminal les hicieren para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios. El Presidente, en vista de la queja del Registrador, pedirá informe al Juez o Tribunal que la hubiere ocasionado, y una vez evacuado, dictará la resolución que proceda, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

El Registrador dará cuenta al Juez o Tribunal de la interposición de la queja y éstos suspenderán todo procedimiento contra el Registrador hasta la resolución definitiva del recurso, que se tramitará de oficio, con sujeción, en lo posible, a lo dispuesto en los artículos 113 y siguientes».

Para comprender cabalmente el sentido profundo de la calificación registral de los documentos judiciales resulta de gran utilidad conocer los antecedentes históricos del artículo reglamentario transcrito, cuyo estudio ha realizado recientemente A. Martín Martín. En dicho estudio se refiere en particular a la Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 24 de noviembre de 1874 y al Real Decreto de 3 de enero de 1876.

En la Orden mencionada se resuelve el conflicto suscitado entre el registrador de Jerez de la Frontera y un Juzgado de Primera Instancia de Cádiz en que se acordó por el Presidente de la Audiencia de Sevilla que no podía el registrador negarse a inscribir unas ventas judiciales, siendo el defecto el incumplimiento de una Ley de Partida, al no tener competencia para ello ni poderse ventilar tal cuestión en un expediente gubernativo. Frente a dicha resolución el registrador se alzó ante el Ministerio de Gracia y Justicia que dirimió la cuestión mediante la citada Orden de 24 de noviembre de 1874, en la que, reconociéndose que se trata de una cuestión controvertida desde el origen de la primitiva Ley Hipotecaria, se llega a una conclusión contraria a la defendida por el Presidente de la Audiencia en base a los siguientes razonamientos:

a) Los Registros de la Propiedad no se crean para tener una estadística del movimiento general de la propiedad sino para ase-

gurar los derechos particulares de quienes poseen y son dueños de bienes inmuebles y derechos reales, por lo que los registradores no pueden ser considerados oficiales de una dependencia administrativa, lo que serían si no se les hubiere facultado para conocer de la validez de las obligaciones o derechos inscribibles.

b) Es incuestionable que los registradores tienen facultad para calificar todos los títulos o documentos que se presenten sin distinción alguna, incluidos los mandamientos judiciales de anotaciones y cancelación de asientos. Por eso se exigen muchos conocimientos jurídicos a los registradores, que no serían necesarias si solo pudieran calificar las formas extrínsecas de los documentos públicos.

c) La calificación de validez se extiende a los actos en que interviene la autoridad judicial pues de otra forma se infringirían, entre otros, los artículos de la Ley Hipotecaria que regulan la responsabilidad de los registradores, sin que se viole la cosa juzgada al no extenderse a las ejecutorias que tienen fuerza de ley en los negocios sobre los que recaen pero sí a todos los demás fallos y actos judiciales si bien limitada a negar la inscripción en el registro.

Estos criterios fueron posteriormente confirmados, ya en una disposición de carácter general, a través del Real Decreto de 3 de enero de 1876, en cuya exposición de motivos se contienen otras dos afirmaciones de alto valor doctrinal:

a) La finalidad del Registro es asentar la propiedad inmobiliaria sobre bases sólidas y firmes que den certidumbre y fijeza al dominio, y para conseguir tan importante objetivo se atribuye al registrador la facultad de examinar y calificar todos los títulos inscribibles sin distinción, incluidos los judiciales, facultad que se convierte en deber ineludible al hacerle la misma ley responsable con sus bienes y fianza del modo en que ha calificado.

b) Si los jueces o Tribunales pretendiesen usar de su autoridad para obligar a los registradores a practicar un acto que éstos consideren improcedente, usurparían las atribuciones de estos funcionarios, con completo desconocimiento de la Ley Hipotecaria y de los recursos por ella establecidos.

3. LA CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES SE REALIZA BAJO LA PERSONAL Y DIRECTA RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR. INEXISTENCIA DE UN DEBER DE OBEDIENCIA

Esta responsabilidad directa del registrador por su calificación se afirma directamente en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y se

confirma en la regulación que de su responsabilidad civil directa hacen los artículos 296 a 312 de la Ley Hipotecaria, en los que se extiende dicha responsabilidad (a la que quedan afecta su fianza y los demás bienes de su patrimonio) por los daños y perjuicios que pueden ocasionar tanto por no inscribir los títulos presentados que debieran serlo, como por cualquier error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. Esa responsabilidad, además, se agrava al tipificar el régimen disciplinario de los registradores como falta muy grave la práctica de la «inscripción de títulos contrarios a lo dispuesto en las Leyes o sus Reglamentos o a sus formas y reglas esenciales, siempre que se deriven perjuicios graves para el presentante, para terceros o para la Administración y que no se trate de meras cuestiones interpretativas u opinables en Derecho» (cfr. art. 313, A, a) de la Ley Hipotecaria).

Recientemente ha explicado nuestro Tribunal Supremo el fundamento y las consecuencias de dicho régimen de responsabilidad civil, en relación con un supuesto de una calificación e inscripción de una sentencia judicial firme, que debió haber sido denegada y no inscrita, en su Sentencia 609/2013 de 21 octubre. (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), en los siguientes términos (FJ 3 y 4): «Son incuestionables los efectos que producen, erga omnes, las inscripciones registrales, la publicidad de las mismas, la seguridad jurídica que proporcionan a los titulares de los derechos reales allí inscritos, sujetas a la salvaguarda de los tribunales, pero cuestión distinta e igualmente relevante es la responsabilidad que asume el Registrador en la función de calificar los documentos que acceden o deben acceder al Registro que tiene a su cargo, para que desplieguen toda su eficacia, responsabilidad que es extensible a tal función (art. 296.4.º LH), en caso de error o negligencia (con la vulneración de principios tan básicos como los de la legitimación del art. 1 en relación con el art. 238, ambos de la LH o el de tracto sucesivo, del art. 20 y concordantes de la LH), con las particularidades o especialidades que le puedan ser propias, como es el caso (art. 311 LH).

Según el recurrente las sentencias de instancia no contienen un título válido de imputación de responsabilidad contra el Registrador de la propiedad, pues "no existe en la actuación registral más que la necesaria atención de un mandamiento judicial sin concurrir siquiera error, salvo en dicho mandato, ni por supuesto culpa, malicia o negligencia". Según la recurrente, la actuación del Registrador fue la de obediencia al mandamiento judicial, lo que, a su juicio, descarta la existencia de error o de culpa...

El motivo debe desestimarse. Ni fundamenta las razones que le impedían denegar o suspender la cancelación de la inscripción de dominio e inscribir posteriormente la finca a sus antiguos propieta-

rios con ocasión de un pleito en el que la entidad recurrida ni había sido llamada, ni menos vencida en juicio, pues ya la tenía inscrita a su nombre antes de que se dictara sentencia en el referido pleito del que fue ajeno, ni alega la concreta vulneración del art. 297 LH. Antes bien, debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS n.º 295/2006, de 21 de marzo, "no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte".

La fundamental función calificadora del Registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al Registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el Registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo).

La calificación del Registrador ha de realizarse no sólo teniendo en cuenta el documento presentado, sino también "... lo que resulte de... los asientos del Registro" (art. 18LH) y "... los obstáculos que surjan del Registro" (art. 100 RLH).

La anómala inscripción de la finca de autos a favor de tercero en virtud de una sentencia que acompañaba un mandamiento judicial dimanante de un procedimiento en el que no ha sido llamado el anterior titular no puede encontrar amparo ni en el art. 100 RH, ni en resoluciones de este Alto Tribunal, ni en doctrina sentada por la DGRN que cita, antes al contrario, la Resolución de 24 de febrero de 2006 destaca la competencia del Registrador en la calificación de resoluciones judiciales que comprende la adecuación o congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, estando protegido por el Registro quien hubiera sido parte en el proceso o haya tenido legalmente la posibilidad de intervención en el mismo.

Ha quedado probado en la instancia que el pleito del que dimanaba el mandamiento judicial y la providencia se siguió exclusiva-

mente contra... Por ello el Registrador debiera haberse negado a practicar la cancelación e inscripción ordenadas en las resoluciones, pues era de su exclusiva responsabilidad la calificación de tales documentos de los que resultaba claramente que el pleito en cuestión no se había seguido contra la hoy recurrida, titular del dominio inscrito con anterioridad a la sentencia que se adjuntó con la expedición de los mismos. Y debía negarse a ello hasta el punto de que el Juez no puede apremiarle, como así resulta del art. 136 RLH: "los Registradores deberán acudir al Presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer de algún negocio civil o criminal, les hicieren para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios".

Las consecuencias del defectuoso proceder por parte del Registrador supuso la pérdida de la titularidad de la finca por parte de Mercantil S. L. y la adquisición de la misma por parte de un tercero hipotecario, protegido por el art. 34 LH, de todo lo cual deriva la responsabilidad que le es exigida en virtud de lo establecido en los arts. 296.2.º y 4.º y 312 LH.

Por tanto, se dan todos los presupuestos para la exigencia de responsabilidad reclamada en el presente litigio, concurriendo la relación de causalidad necesaria, como de forma precisa razona el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia recurrida, cuyos presupuestos no han sido desvirtuados por el motivo».

Por tanto, el registrador es responsable por los daños y perjuicios que se puedan seguir de la inscripción de una sentencia judicial firme que debió ser calificada negativamente por razón de alguno de los motivos que se relacionan con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, o 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y concordantes, precisamente porque es independiente en el ejercicio de dicha función calificadora y no existe deber de obediencia del mandato judicial cuando se ejerce dicha función.

4. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DEBER DE CUMPLIR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES Y EL DEBER DE CALIFICAR. LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS: EFECTOS *INTER PARTES* DE LA SENTENCIA Y EFECTOS *ERGA OMNES* DE LA INSCRIPCIÓN

El deber de los registradores de colaborar con jueces y tribunales y cumplir sus resoluciones firmes no excluye la calificación registral de aquellas en cuanto pretendan su acceso al Registro. De hecho el principio constitucional de proscripción de la indefensión tiene su trasunto registral en el principio de salvaguardia judicial

de los asientos registrales (art. 1 de la Ley Hipotecaria), lo que impone que el acceso al Registro de las resoluciones judiciales se verifique previa comprobación por parte del registrador de que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista legalmente a fin de impedir que sufra en el Registro mismo las consecuencias de su indefensión procesal. Por otra parte, los terceros ajenos al procedimiento que ostenten alguna titularidad inscrita, tampoco podrán verse perjudicados por la sentencia dado el alcance subjetivamente limitado de la cosa juzgada. En este sentido, la existencia de terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales limitados sobre la finca, si bien no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996), supone sin embargo que, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria).

Ambos aspectos de la misma cuestión son abordados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2014 en los siguientes términos: «3. ... es doctrina de este Centro Directivo que los registradores tienen el deber de colaborar con jueces y tribunales en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de cumplir sus resoluciones firmes, pero no por ello ha de quedar excluida la calificación registral de aquellas que pretendan su acceso al Registro; las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de que en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales que pueden ser afectados han tenido la intervención prevista por la ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal. En estos términos ha de ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario cuando determina el ámbito de la calificación registral a efecto de los documentos judiciales, de modo que no puede el registrador revisar la legalidad de aquellos trámites procesales prevenidos para el concreto procedimiento seguido que no estén directamente encaminados a hacer efectivo ese derecho de intervención conferido a los titulares registrales. En concreto se admite la calificación por los regis-

tradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial con relación a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro.

5. En definitiva, en el caso de que el procedimiento se haya entendido exclusivamente contra el adquirente cuya titularidad se resuelve, incluso en el caso de que se haya allanado a la demanda, la sentencia sólo producirá efectos contra éste (de ahí la posibilidad de la reinscripción a favor del transmitente, que el registrador no cuestiona).

(...) la existencia de terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales limitados sobre la finca no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996). Pero, como ha señalado la doctrina más autorizada, estos terceros, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria), para lo que es necesario que, al menos, se les haya notificado la existencia del procedimiento cuando, con carácter previo a la inscripción o anotación de su derecho, no se hubiere dado publicidad a la pendencia del procedimiento mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda (cfr. artículo 42, número 1, de la Ley Hipotecaria)».

III. EXTREMOS SOBRE LOS QUE SE PROYECTA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES

Como hemos visto, tanto el artículo 100 del Reglamento Hipotecario como el artículo 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, extienden la calificación registral de los documentos judiciales a los siguientes extremos:

- la competencia del Juez o Secretario judicial,
- la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado,
- las formalidades extrínsecas de la resolución, y
- los obstáculos que surjan del Registro.

A ello hay que añadir lo señalado en el artículo 522.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre los obstáculos derivados del

propio Registro «conforme a su legislación específica», que obliga a distinguir entre obstáculos que surgen del Registro y obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria. Además de ello hay que tener en cuenta lo establecido en otras normas especiales, como el artículo 501 sobre acción de rescisión de sentencia firme a instancias del declarado rebelde, el 524 sobre necesidad de firmeza de la resolución, o la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, relativa a los decretos de adjudicación firmes dictados en procedimientos de ejecución hipotecaria (que constituye un obstáculo sobrevenido a su inscripción), etc.

No procede en el marco de este estudio hacer un análisis sistemático y completo de todos los casos que entran en el ámbito de los extremos susceptibles de calificación y su compleja casuística, de la que dan buena cuenta el conjunto de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues ello rebasaría con mucho los límites de este estudio. Nos limitaremos pues a citar algunas Resoluciones recientes a modo de ejemplo de cada uno de los aspectos mencionados, así como a exponer las especialidades que se observan en dicha jurisprudencia registral respecto de las resoluciones judiciales recaídas en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

1. LA COMPETENCIA DEL JUEZ O SECRETARIO

La Dirección general (*vid.* Resoluciones de 31 de diciembre de 1981, 17 de julio de 1989 y 15 de enero de 2009) viene distinguiendo entre los supuestos de incompetencia objetiva y funcional que son apreciables de oficio por el Juez, así como los supuestos de falta de jurisdicción, de un lado, y los supuestos de falta de competencia en base a normas dispositivas, de otro, y las consecuencias derivadas de ello en el plano de la calificación registral. Así, en la Resolución de 14 de mayo de 2014, en relación con un procedimiento de ejecución hipotecaria, señala: «... deben distinguirse los siguientes supuestos: a) aquéllos que son apreciables de oficio por el juez, por estar basados en motivos de orden público y en donde el juez que ha intervenido es incompetente, o por falta de jurisdicción al estar atribuido el asunto concreto a un juzgado o tribunal de diversa índole, o por falta de competencia objetiva al haber tenido lugar el procedimiento ante un tribunal de la misma jurisdicción pero de distinto grado, o por falta de competencia funcional a que se refiere expresamente el artículo 100 de la Ley Hipotecaria, y que por constituir todos ellos un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto; y b) aquellos otros supuestos de

carácter dispositivo, basados en motivos de orden privado, como son los de competencia territorial donde quepa la sumisión de las partes a un determinado juzgado, bien expresa, bien tácitamente, y así como en los casos del supuesto primero puede el registrador no admitir el mandato, si aprecia la existencia de incompetencia por parte del juez o tribunal que lo ordenó, en el segundo de los supuestos no cabe esta misma solución, como ha puesto de relieve la doctrina hipotecarista, ya que ello supondría erigir al registrador en defensor de los intereses de las partes, que estas pueden ejercitar en la forma que estimen más oportuna.

(...) este Centro Directivo, en materia de ejecución hipotecaria, ya confirmó la nota denegatoria de un procedimiento de ejecución hipotecaria que no se había seguido ante el juez donde radicaba la finca (Resolución de 24 de mayo de 2007), cambiando el criterio sostenido –con arreglo a la legislación anterior, en el que cabía sumisión tácita en esta materia– por la Resolución de 31 de diciembre de 1981, ya que el artículo 684 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil determina que si los bienes hipotecados fueren inmuebles, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, al Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en aquella Ley. Criterio resolutivo que, por los mismos fundamentos, extendió la posterior Resolución de 15 de enero de 2009 al ámbito de los expedientes de dominio para la reanudación del tracto sucesivo, respecto de los que también existe una norma legal (cfr. artículo 201 de la Ley Hipotecaria) que establece con carácter imperativo la competencia territorial, sin admitir pactos de sumisión expresa o tácita.

2. La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 684.1.1.º) atribuye la competencia para conocer los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, cuando estos son inmuebles, al "Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la presente Ley".

Se trata de un fuero indisponible para las partes procesales al establecerse la prohibición de sumisión expresa y tácita y al imponerse al juez el examen de oficio de su propia competencia. Esta-

mos, pues, en presencia de una norma de competencia territorial improrrogable...

5. Lo que ahora cabe plantear es la cuestión de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de una eventual infracción a las reglas de competencia territorial en este ámbito.

El problema se plantea en el caso de que indebidamente el juez no aprecie su falta de competencia territorial. En estos casos se discute si las actuaciones seguidas incurren o no en la sanción de su nulidad.

6. (...) si resulta que el ejecutado carece de la posibilidad de interponer una cuestión de competencia con eficacia suspensiva, por impedirlo el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de un lado, y en caso de interponer demanda en juicio declarativo el resultado de la misma no podrá ser en ningún caso la obtención de una Sentencia declarando la nulidad de actuaciones por vedarlo el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de otro lado, la conclusión de ello sería ilógica ya que habría dejado el Ordenamiento jurídico huérfano de toda protección efectiva a una de sus normas imperativas.

Esta conclusión vendría reforzada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pues, si bien su artículo 225 párrafo primero restringe la nulidad de pleno derecho de los actos procesales a aquéllos que adolezcan de falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (dejando fuera de sanción los casos de falta de competencia territorial en paralelo al artículo 238.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sin embargo, el mismo precepto introduce como causa de nulidad de pleno derecho la consistente en "prescindir de normas esenciales del procedimiento siempre que, por esta causa, haya podido producirse indefensión". Por tanto, en los casos de falta de competencia territorial en sede de procedimiento judicial de ejecución directa sobre bienes hipotecados se hace tránsito a la causa de nulidad derivada de la infracción al derecho de defensa...

9. En definitiva, al ser el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una norma imperativa, apreciable de oficio, sin que quepa alteración por sumisión expresa o tácita, y afectar el respeto a esta regla de fuero a la defensa de los intereses no sólo de las partes personadas en el procedimiento sino también a los derechos e intereses de otros terceros (terceros poseedores que adquirieron con posterioridad a la interposición de la demanda, titulares de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, etc.) debe considerarse susceptible de calificación por parte del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

(...) sin que esta conclusión pueda verse alterada por los autos judiciales citados por el recurrente en su escrito de interposición, que se limitan a señalar el carácter extemporáneo de la revisión de oficio de su propia competencia territorial por el juez que ha despachado la ejecución, en virtud del artículo 546.2 de la Ley procesal civil, que no puede extrapolarse a un ámbito, como es el registral, en que a través de los correspondientes asientos de inscripciones y cancelaciones (de derechos y cargas posteriores) hace oponible "*erga omnes*" la eficacia subjetivamente limitada de la resolución judicial».

2. LA CONGRUENCIA DEL MANDATO CON EL EXPEDIENTE EN QUE SE HUBIERE DICTADO

No todo procedimiento es apto para generar cualquier tipo de resolución o mandato judicial. En función de la naturaleza de la acción ejercitada el procedimiento es uno u otro, con sus específicos y particulares trámites y garantías. A la necesidad de preservar esta correspondencia, en cuanto la resolución judicial dictada en el procedimiento pretenda su acceso y eficacia registral, responde la exigencia de la calificación por el registrador de la congruencia del mandato con el expediente o procedimiento en que se hubiere dictado.

Un buen ejemplo de ello lo proporciona la Resolución de la Dirección General de 28 de marzo de 2014 donde se pone de manifiesto la falta de idoneidad de una sentencia recaída en un procedimiento de tercería de dominio para causar una inscripción de dominio en el Registro:

«4. Procede ahora valorar... si el fallo de la sentencia recoge una declaración de dominio que sea susceptible de inscripción. La respuesta debe ser negativa, el fallo –"declaro que siendo propiedad... se alza el embargo decretado... cancelándose la anotación que se hubiere practicado"– solamente recoge la declaración de propiedad de la recurrente como requisito previo e indispensable para decidir el levantamiento del embargo dado que en otro caso sería improcedente, pero no contiene mandato alguno relativo a la inscripción del dominio. Por el contrario, en el fundamento de Derecho primero, tal y como recoge la registradora en su informe, textualmente dice: "La tercería de dominio es una acción especial, pensada con la única finalidad de obtener el alzamiento de un embargo erróneamente trabado sobre los bienes del actor, el tercerista, en un proceso de ejecución despachado frente a otra persona. Pretende la tercería, de modo exclusivo, deshacer el error sufrido

por el Juez ejecutor en la atribución expresa o tácita, al ejecutado de la titularidad de ciertos bienes que, en realidad y desde antes del embargo, pertenecen al patrimonio de un tercero...".

5. Por último, señalar que el supuesto de hecho de este expediente es diferente al resuelto en las Resoluciones de esta Dirección General de 1 de marzo de 2001 y 5 de mayo de 2006, ya que en estos casos además del levantamiento del embargo correspondiente, se ordenaba expresamente la inscripción a favor del demandante, incluso en el primero de ellos se ordenaba la cancelación de la inscripción contradictoria.

Dada la literalidad del fallo en estos casos se resolvió que «si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo con referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no es conforme en la eficacia del juicio de tercería en cuanto a la titularidad de la finca, es lo cierto que el respeto a la función jurisdiccional que compete en exclusiva a jueces y Tribunales (cfr. artículos 118 de la Constitución Española y 17 Ley Orgánica del Poder Judicial), impide al registrador, en el estado actual de la legislación y so pretexto de dicho discutido alcance de la tercería de dominio, desconocer la eficacia registral de una declaración judicial recaída en tal juicio por la que se afirma la pertenencia del dominio a favor de determinada persona, pues lo contrario sería entrar en el fondo de la resolución judicial con extralimitación de sus funciones. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente (Ley 1/2000), la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no era clara en la materia, por lo que la decisión judicial puede ser consecuencia de que el juez se ha inclinado por una de las soluciones posibles» (Resolución 5 de mayo de 2006).»

3. FORMALIDADES EXTRÍNSECAS DE LA RESOLUCIÓN

En este capítulo se incluyen no sólo las cuestiones relativas a la necesidad de firma del mandamiento o ejecutoria, de la identificación adecuada del juez o secretario, de las expresiones de las circunstancias relativas a las partes y al objeto del procedimiento, la necesaria expresión de su firmeza, etc., sino también las que determinan el cumplimiento de las disposiciones legales en orden a establecer el tipo de documento judicial o extrajudicial en cada caso procedente, que es tema en el que confluye también el relativo a la congruencia entre el mandato judicial y el procedimiento seguido. En este sentido en los últimos años viene presentándose con cierta habitualidad en la Dirección General el tema de los límites del contenido

negocial que se pueden incorporar en un Convenio de separación o divorcio aprobado por la correspondiente sentencia judicial.

En este tema resulta paradigmática la Resolución de 4 de septiembre de 2014, conforme a la cual: «2. (...) La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometido a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro, en cuyo artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia Ley, sin que sean documentos intercambiables sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate... Por eso, esta Dirección General ha venido señalando qué actos o transmisiones cabe inscribir en virtud de un convenio regulador aprobado judicialmente, cuya validez no se discute, y qué actos precisan de una escritura pública otorgada con posterioridad al convenio y sin prejuzgar la validez de éste. (...) al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864; 25 de julio de 1880; 14 de junio de 1897; 12 de febrero de 1916; 31 de julio de 1917, y 1 de julio de 1943, entre otras).

5. Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio (o el subsiguiente procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales), no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (artículos 90 del Código Civil y concordantes de

la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los "Vistos"). (...) las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.* "Vistos"), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

6. No quiere decir lo anterior que los cónyuges, en ejercicio de su libertad civil, no puedan incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero en este supuesto y como reiteradamente ha sostenido este Centro Directivo, el hecho de que el convenio contenga un conjunto de acuerdos que excedan de su contenido legal impone su discriminación a efectos de decidir lo que puede como tal acceder al contenido del Registro y lo que no. La aprobación de lo que constituye el contenido legal del convenio no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Es de tener en cuenta que el convenio privado entre las partes, en lo que no es su contenido típico, no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe u homologue lo que constituye su contenido legal. Fuera de lo que constituye su objeto se siguen las reglas generales y las partes pueden compelerse a elevar a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos, lo que constituyen acuerdos privados (*vid.* Resolución de 26 de junio de 2013). De otro modo se estaría utilizando un procedimiento que tiene un objeto determinado para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia y por el procedimiento correspondiente (cfr. artículos 44 y siguientes, 249, 250, 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción de división de la cosa común respecto de bienes

que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, conforme a la nueva redacción dada al artículo 438 número 3.4.^a de la citada Ley de ritos por el apartado doce de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Como ha reiterado este Centro Directivo la existencia dentro del convenio de negocios complejos, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente común se compensa con adjudicación de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa, deben tener su reflejo documental, pero no puede pretenderse su inscripción por el mero hecho de que consten en el convenio regulador de la separación o divorcio cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación del régimen económico matrimonial (cfr. artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria).»

4. OBSTÁCULOS QUE SURGEN DEL REGISTRO

4.1 **Distinción entre obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro y obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria**

Como hemos visto anteriormente, este extremo de la calificación se desdobra en dos: obstáculos que resultan del contenido de los asientos del Registro (como los relativos al tracto sucesivo o derivados de la existencia de prohibiciones de disponer inscritas), y obstáculos que resultan de la legislación hipotecaria, incluyendo la verificación de que los actos y medidas judiciales que pretenden su acceso tabular se corresponden a alguno de los distintos tipos de asientos previstos en la legislación o su no contracción con los principios hipotecarios. Esta idea la ha expresado con claridad la Dirección General en su Resolución de 18 de marzo de 2014:

«(...) Los obstáculos del Registro son de varios tipos. Unos surgen como consecuencia del principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando la finca o derecho no constan inscritos a nombre de la persona a la que se refiere el correspondiente procedimiento. Otros se producen cuando de los propios asientos del Registro resultan prohibiciones de disponer inscritas o anotadas que determinan la imposibilidad de practicar sucesivos asientos, conforme establece el artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Este primer grupo de obstáculos podrían denominarse "obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro". A ellos hace referencia no sólo los artículos 20 de la Ley Hipoteca-

ria y 145 del Reglamento Hipotecario, sino también los artículos 18.1.º y 65.4.º de la Ley Hipotecaria, cuando hacen referencia a la calificación registral atendiendo no sólo a los documentos presentados sino también a los asientos del Registro.

Otro grupo de obstáculos son los que surgen del Registro o de la propia legislación del Registro, que impiden que puedan practicarse asientos contrarios a la naturaleza de los asientos del Registro, al contenido y efectos de los mismos, según la legislación registral. A este tipo de obstáculos de sentido más amplio que el anterior, se refiere el artículo 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando después de señalar la necesidad de acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas, señala la excepción consistente en "que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica". Y también el artículo 738 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando refiriéndose a la ejecución de las medidas cautelares decretadas judicialmente, establece que "si se tratare de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente". En este sentido más amplio de obstáculos del Registro, se tienen en cuenta no sólo los obstáculos derivados de los asientos del Registro sino los obstáculos derivados de las normas del Registro, de la legislación del propio Registro, lo que significa que no se pueden practicar asientos registrales, aun decretados por los tribunales, cuando no se cumplan los requisitos establecidos por la legislación registral o cuando la resolución se refiera a la constancia registral de una medida cautelar o de una garantía que no sólo no está prevista en la legislación del Registro sino que contradice lo que resulta de los propios principios por los que se rige la institución registral».

4.2 Obstáculos que surgen del contenido de los asientos del Registro

4.2.1 EL OBSTÁCULO DE LA FALTA DE TRACTO SUCESIVO

Son muy abundantes las Resoluciones relativas a los obstáculos derivados de la infracción al principio del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos», de forma que para modificar o rectificar el contenido del Registro en virtud de un procedimiento judicial será preciso que en dicho procedimiento haya intervenido el correspondiente titular

registral (*rectius*: «todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho», cfr. art. 40 d) de la Ley Hipotecaria), o bien sus causahabientes o representantes legítimos (cfr. art. 82, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria).

Además de estas normas generales han de tenerse en cuenta otras muchas que ofrecen diversas particularidades, como las relativas a procedimientos criminales, en los que podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento (*vid.* párrafo final del art. 20 de la Ley Hipotecaria —esta norma se ha visto ampliada en cuanto a su ámbito objetivo por la modificación introducida en la misma por la disposición final 1 de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que incluye en dicho ámbito no sólo los procedimientos criminales, sino también los de decomiso—); las relativas a supuestos de transmisión universal (*vid.* art. 16 de la Ley Hipotecaria); las afectantes a procedimientos de ejecución hipotecaria (*vid.* arts. 132.1.º de la Ley Hipotecaria y 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); etc, etc.

No resulta posible en el marco de este trabajo abordar la amplia casuística de esta materia. Por ello nos limitamos a exponer el criterio de la Dirección General en relación con el último punto señalado, en particular sobre el alcance subjetivo, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, de la demanda y de los destinatarios del preceptivo requerimiento de pago previo en los procedimientos de ejecución directa contra bienes hipotecados, ámbito en el que la Dirección General se mueve entre los criterios contradictorios entre sí del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en lo relativo a la posición del tercer poseedor de bienes hipotecados. Constituye ejemplo de esta doctrina la Resolución de 14 de febrero de 2014:

«(...) hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: "Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento".

Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija "frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes"(...)

El Registro de la Propiedad entre otros muchos efectos atribuye el de la eficacia *erga omnes* de lo inscrito (cfr. artículos 13, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), de manera que no puede la entidad acreedora –que además es parte– desconocer la adquisición efectuada por el tercer poseedor inscrito, cuando además consta en la propia certificación de titularidad y cargas solicitada a su instancia en el procedimiento (...)

Según la doctrina del Tribunal Constitucional –reiterada recientemente por la sentencia número 79/2013, de 8 abril–, "(...) el procedimiento de ejecución hipotecaria se caracteriza como un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición y cuya estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título"(...)

Sin embargo, como añade la misma sentencia, "la validez global de la estructura procedimental de la ejecución hipotecaria en modo alguno admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre los que figuran los denominados legalmente como terceros poseedores" y el propietario de los bienes que no se ha subrogado en el contenido obligacional garantizado con la hipoteca (...)

Desde la estricta perspectiva constitucional, una línea constante y uniforme de este Tribunal en materia de acceso al proceso en general (artículo 24.1 CE), y al procedimiento de ejecución hipotecaria en particular, ha promovido la defensa, dando la oportunidad de participar, contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial, al existir una posición privilegiada del acreedor derivada de la fuerza ejecutiva del título.

En este sentido, el artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados "siempre que éste último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes", precepto éste que entendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria.

En efecto, (...) la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos "*erga omnes*", por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral.

Esta solución resulta reforzada por lo dispuesto en el artículo 538.1.3 LEC, de aplicación al proceso especial de ejecución hipotecaria ex artículo 681.1 LEC, donde se reconoce la condición de parte al titular de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda...

(...) la notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se le haya podido realizar no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago (sin que, por lo demás, pueda aplicarse –como pretende la recurrente– el artículo 660.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la ejecución ordinaria y no a la que tiene por objeto directo bienes hipotecados)

Pero, como se ha señalado en la doctrina científica, el tercer poseedor ha de ser demandado y requerido de pago de conformidad con lo dispuesto en los artículos 685 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien, en los casos en que no se hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados –ni se hubiera inscrito– en el momento de formular la demanda sino que hubiera inscrito su derecho posteriormente de modo que aparezca en la certificación registral, debe ser entonces (tras la expedición de dicha certificación para el proceso) cuando se le deberá notificar la existencia del procedimiento».

4.2.2 LA COMPATIBILIDAD DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL TRACTO SUCESIVO Y EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS RESULTANTES DE SENTENCIA JUDICIAL FIRME

¿Cómo se compatibiliza la necesidad de calificar el requisito del tracto sucesivo en relación con las resoluciones judiciales y el principio de intangibilidad de las situaciones jurídicas resultantes de las sentencias firmes?

Es éste un tema que han abordado recientemente varias Resoluciones de la Dirección General tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativa) de 16 de abril de 2013, introduciendo algún matiz en la doctrina anterior en la materia. La primera Resolución que se ocupó de este tema en relación con una Sentencia procedente de un tribunal del orden jurisdiccional civil fue la de 11 de julio de 2014, que aborda la cuestión en los siguientes términos:

«1. Se presenta a inscripción escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa otorgada únicamente por los compradores de la finca. Se incorpora en ella testimonio de sentencia judicial por la que se les declara a éstos dueños del inmueble y se ordena la elevación a público del contrato privado que también se protocoliza.

(...) la registradora deniega la inscripción porque la finca está inscrita a favor de un matrimonio con carácter ganancial, que no comparece al otorgamiento de la escritura. A su juicio el que haya sido demandado en el proceso en que recayó la sentencia declarativa de dominio que se incorpora a la escritura uno solo de los cónyuges y no el otro titular, contraviene el principio del tracto sucesivo.

8. En el expediente que provoca la presente, no consta que uno de los titulares registrales sino sólo el otro cónyuge titular registral, correctamente identificado por la registradora en su calificación, haya tenido oportunidad de intervenir en el procedimiento judicial. Lo cual, como se ha señalado anteriormente, en el ámbito de disposición de bienes gananciales no es suficiente para la eficacia dispositiva (...). Cuestión distinta sería que se acreditara que el tribunal competente, en trámites de ejecución de la sentencia que se incorpora, o en el incidente previsto en el número 2 del artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo para pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de la sentencia, aun siendo ésta constitutiva, o en cualquier otra forma legalmente procedente, haya declarado, previo cumplimiento de las garantías de la contradicción procesal (*vid.* arts. 105 y 109 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 522, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2007 y 15 de noviembre de 2012), que la sentencia resulta oponible a tales titulares con las consecuencias registrales de ello derivadas.

Se compatibilizan así las exigencias derivadas del principio registral del tracto sucesivo (arts. 20 y 82 de la Ley Hipotecaria), con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución Española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, que impone que la ejecución de tales sentencias se lleve a cabo en sus propios términos, salvo cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución de forma sobrevenida (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional número 285/2006, de 9 de octubre, fundamento jurídico 6), decisión que corresponde, previa valoración de las circunstancias de cada caso concreto, al propio órgano judicial competente para decidir sobre la ejecución a través de los trámites del correspondiente incidente, de forma que en caso de decisión favorable a la ejecución el obstáculo del tracto registral quedaría superado».

4.2.3 DISTINCIÓN ENTRE ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE DISPONER Y ANOTACIÓN DE PROHIBICIÓN DE INSCRIBIR

Las diferencias entre las prohibiciones de disponer y las prohibiciones de inscribir las aclara, a su vez, la Resolución de 27 de junio de 2014, afirmando que:

«Como cuestión previa en el presente recurso debe examinarse la naturaleza y efectos de la suspensión de una inscripción establecida en el artículo 432.1.d del Reglamento Hipotecario por la reforma del mismo de 1982. Dicho precepto tuvo por objeto recoger la doctrina de este Centro Directivo citada en el "Vistos", según la cual debía producir efectos registrales el mandamiento judicial ordenando la suspensión de la práctica de la inscripción de un documento presentado, en determinados supuestos excepcionales. Se trata de casos en que, o bien es la propia transmisión presentada la que constituye un acto delictivo cometido por todos los otorgantes, o bien se trata de procedimiento en que se enjuicia la falsedad del documento presentado.

4. El mecanismo del artículo 432 del Reglamento Hipotecario sin embargo es distinto. Está basado en la posibilidad legalmente prevista de "otras anotaciones registrales" en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin del procedimiento (cfr. artículo 727.6.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y consiste específicamente en la suspensión del despacho de un determinado título, que por definición ha sido formalizado antes de la adopción de la medida cautelar. Aquí el principio de prioridad no juega, de manera que la medida cautelar consiste precisamente en que el juez –con las garantías de "*bonus fumus iuris*", prestación en su caso de caución y audiencia de los afectados– ordena al registrador que se abstenga de calificar y despachar un título ya autorizado incluso ya presentado en el Registro de la Propiedad».

4.3 Obstáculos que surgen de la legislación hipotecaria

Se trata de obstáculos que están vinculados con los principios hipotecarios (especialidad, rogación, prioridad, tracto, etc.) y con exigencias institucionales básicas del Registro de la Propiedad, como institución al servicio del principio de seguridad jurídica.

En este capítulo entran una gran miscelánea de casos. Bastará que citemos dos ejemplos para dar una idea general.

4.3.1 NO CABE ANOTAR UN EMBARGO SOBRE UN DERECHO HEREDITARIO SIN QUE SE HAYA ACREDITADO LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Así resulta de la Resolución de 1 de febrero de 2014, que respecto de una solicitud de anotación preventiva de embargo del derecho hereditario *in abstracto*, aclara que conforme al artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario, «es necesario hacer constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante, practicándose la anotación de embargo únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin que pueda afectar, como es evidente, a las porciones hereditarias que puedan corresponder a otros herederos».

4.3.2 NO CABE INSCRIBIR UNA ADJUDICACIÓN EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SIN QUE SE ACREDITE EL CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES EN MATERIA DE SOBRANTE

Según la Resolución de 24 de junio de 2014, «respecto a la posibilidad de utilizar el exceso la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, esta Dirección General ha manifestado que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues la cantidad sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores. Así se deduce del artículo 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes citado, al proscribir expresa y literalmente a que «lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos (principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas) exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria».

5. EL REQUISITO DE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

5.1 Fundamento legal

El artículo 22, apartado 1, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dispone que «La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en particular en los artícu-

los 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido».

A su vez, el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». La misma firmeza requiere el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refiere a las ejecutorias, y el artículo 82, párrafo primero, en relación con el 76 de la misma Ley, en materia de cancelaciones.

5.2 Aplicación del requisito de la firmeza en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Este requisito debe ser objeto de calificación rigurosa. Así lo ha sostenido reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras muchas en sus Resoluciones de 20 de noviembre de 2007, 15 de julio de 2010 y 15 de marzo de 2013, y 23 de mayo de 2014. Así, en esta última se afirma lo siguiente:

«3. Uno de los extremos susceptibles de calificación en relación con las resoluciones judiciales es precisamente el requisito de su firmeza y ejecutabilidad. En efecto, del artículo 3 de la Ley Hipotecaria resulta que los títulos que contengan actos o contratos inscribibles deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico, expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Por tanto, en relación con los documentos de origen judicial se exige que el título correspondiente sea una ejecutoria, siendo así que conforme al artículo 245.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la ejecutoria es "el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme". Por su parte, de acuerdo con el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por ésta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos". Conforme dispone el artículo 207, apartado 2, de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil: "Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando

previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado".

Este mismo criterio es aplicable al caso de las transmisiones del dominio a que dé lugar un procedimiento de apremio, procedimiento al que se remite, como reconoce el propio recurrente, el artículo 149.1.3.^a de la Ley Concursal, en relación con el cual el artículo 674.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el título presentado a inscripción debe reunir los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, lo que reenvía a lo anteriormente indicado en el sentido de que tratándose de resoluciones judiciales de las que resulte la transferencia del dominio inscrito, la Ley exige que hayan adquirido firmeza pues sólo de este modo se garantiza que el titular registral ha agotado los medios de defensa de su titularidad (artículos 76 y 82 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), requisito cuya concurrencia ha exigido reiteradamente este Centro Directivo para proceder a la inscripción cuando las resoluciones judiciales produzcan un asiento definitivo en los libros del Registro (*vid.* Resoluciones de 20 de noviembre de 2007, 15 de julio de 2010 y 15 de marzo de 2013)».

La misma Resolución de 23 de mayo de 2014 explica el fundamento último de esta exigencia recordando que la doctrina hipotecarista ha destacado el hecho de que «esta solución legal se justifica por la necesidad de prevenir la aparición de un titular protegido por la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, supuesto que podría producirse en caso de que el adjudicatario de la finca objeto del procedimiento de apremio inscribiese tal adjudicación en un momento anterior a la firmeza del auto o decreto de aprobación y amparado en la legitimación registral transmita a un tercero que, a su vez, inscriba su adquisición, si finalmente los recursos contra la citada resolución judicial interpuestos por el ejecutado prosperasen. En tal caso la resolución de anulación de las actuaciones sería inejecutable, ante la imposibilidad de retrotraer las actuaciones ante la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral, ya que éste debe ser "mantenido en su adquisición» produciéndose una situación de indefensión y de perjuicio en el ejecutado".

Por ello es necesario que, con carácter general, las resoluciones judiciales cuya ejecución tengan lugar mediante inscripciones registrales firmes y definitivas, no mediante asientos provisionales como los de anotaciones preventivas, deben ser resoluciones que hayan ganado firmeza. Como afirmó la Dirección General en su Resolución de 12 de noviembre de 1990, «este criterio no se ve alterado por los preceptos que permiten la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes, porque esta ejecución sólo puede compren-

der medidas de efectividad que no estén en contradicción con su provisionalidad, como ocurre con la ejecución de las mismas sentencias firmes cuando aún es posible el recurso de audiencia en rebeldía».

La Dirección General también explica que esta solución legal no supone el cierre del Registro a todas las consecuencias de las sentencias y resoluciones judiciales no firmes, pues en tales casos «las situaciones litigiosas que afectan a la existencia de los derechos inscritos tienen acceso al Registro a través de la anotación preventiva de demanda, conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Esta posición del Centro Directivo, anterior a la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vino a ser confirmada por esta última cuyo artículo 524.4 dispone, como hemos visto, que "mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por ésta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos", criterio que obviamente, por su propia lógica y fundamento, es aplicable a las resoluciones cuya ejecución se instrumente a través de la formalización mediante escritura de la correspondiente adjudicación o transmisión dominical, como sucede en el presente supuesto, transmisión cuya validez es tributaria de la propia validez de la correspondiente resolución aprobatoria».

IV. ESPECIALIDADES EN CUANTO AL ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN RESPECTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES RECAÍDAS EN PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La doctrina científica y la oficial de la Dirección General de los Registros y del Notariado han explicado la naturaleza especial de la jurisdicción voluntaria y su carácter «no jurisdiccional», vinculándola a la función legitimadora del Estado, como función que no se reconduce en rigor ni a la función de administrar, ni a la función de juzgar.

En este sentido es particularmente esclarecedora la Resolución de 1 de febrero de 2007 (recaída en recurso en materia de Registro Civil), conforme a la cual «la jurisdicción voluntaria pertenece a ese «agregado de actividades que se ha dado en llamar la Administración pública del Derecho privado, también identificada genéricamente como función legitimadora, y cuyas actividades vienen atribuidas por la Ley ya a órganos jurisdiccionales, ya a órganos administrativos, ya a notarios o registradores. Esta función legiti-

madora, como categoría propia del Estado y con autonomía específica dentro de la administrativa, pero claramente diferenciada de la jurisdiccional, ha sido explicada por la civilística moderna con precisión. Así se afirma que la misión del Estado en orden a la realización del Derecho no sólo supone formular abstractamente la norma jurídica, tarea que entraña la función legislativa, y declarar el Derecho en los casos de violación de la norma, actividad consistente en la función jurisdiccional, sino que exige, además, coadyuvar a la «formación, demostración y plena eficacia» de los derechos en su desenvolvimiento ordinario y pacífico, no litigioso, mediante instituciones que garanticen su legitimidad, confieran autenticidad a los hechos y actos jurídicos que les dan origen y faciliten la publicidad de los derechos que tales actos originen». Se trata pues de una función distinta a la de juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado, es decir, distinta a la función jurisdiccional en sentido estricto, que es a la que se limita la interdicción de la revisión del fondo en la calificación registral».

Por ello la Dirección General distingue en punto a la extensión de la calificación registral entre resoluciones judiciales amparadas en la eficacia de la cosa juzgada material (las vinculadas al ámbito de lo jurisdiccional en sentido estricto) y las recaídas en expedientes o procedimientos de jurisdicción voluntaria. Ejemplo paradigmático de esta distinción se contiene en la Resolución de 10 de noviembre de 2012, que reiterando la doctrina antes transcrita de la Resolución de 1 de febrero de 2007, en un supuesto de declaración judicial de herederos abintestato, afirma lo siguiente:

a) Supuesto de hecho:

- Doña F. A. A. falleció el día 26 de marzo de 2008, sin descendientes ni ascendientes, en estado de casada con don R. R. T. que falleció el día 2 de abril de 2008. En auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gavá, de 23 de enero de 2009, se nombran herederos abintestato a doña R. y don M. A. A, hermanos de la causante. La escritura de partición de herencia presentada se otorga por los declarados herederos.
- El registrador considera que no constando la renuncia de los herederos de don R. R. T., no pueden tener esta condición los designados en el auto de declaración de herederos abintestato, y que él mismo es competente para calificar dicho extremo conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.
- Los recurrentes, sin entrar a rebatir ni discutir el fondo del asunto, limitan su recurso a sostener la incompetencia del

registrador para calificar, conforme al mismo artículo 100 del Reglamento Hipotecario, al ser el auto de declaración de herederos abintestato un documento judicial.

b) Doctrina:

La Dirección General desestima el recurso en base a la siguiente doctrina:

«4. ... La razón esencial que fundamenta la desestimación del recurso es que este procedimiento pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en el sentido indicado. En efecto, de los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y, además, pero sin carácter de exclusividad, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (cfr. Autos del Tribunal Constitucional 599/1984, de 17 de octubre, y 5856/2005, de 13 de diciembre). Dentro de esta segunda esfera se sitúa la impropia denominada jurisdicción voluntaria, que encuentra su amparo en el apartado 4 del citado precepto constitucional, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, amparado en el artículo 117.3.

Ambos tipos de procedimientos, los contenciosos o propiamente jurisdiccionales, y los de jurisdicción voluntaria, tienen un ámbito de aplicación y unas características claramente diferenciadas, siendo los respectivos principios rectores de cada uno de dichos procedimientos también distintos. De este modo, el principio de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, está ausente en la jurisdicción voluntaria, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante. Tampoco está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de

cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional.

En definitiva, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses, según resulta con claridad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, conforme a la cual los actos de jurisdicción voluntaria son "aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas" (cfr. art. 1811) (...).

Y no hay duda de que los procedimientos de declaración de herederos abintestato participan de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. En los mismos no hay propiamente partes procesales, ni actúa el principio de contradicción, ni generan efectos de cosa juzgada. Así lo confirma la propia naturaleza de la función concreta de las resoluciones judiciales de declaración de herederos abintestato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 la define con claridad: "la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente '*ope legis*'". De tal manera que todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Así lo entendieron ya la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 1945, el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993 y la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 11 de julio de 2007.

5. No se olvide, como se ha dicho, que la declaración de herederos abintestato no produce excepción de cosa juzgada en juicio declarativo y que los herederos legales de doña F. A. A. no han sido citados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de declaración de herederos. En efecto, en el caso que nos ocupa, del relato fáctico de la resolución, como se ha indicado, resulta de modo inequívoco que corresponde la condición de heredero de doña F. A. A. a su cónyuge y no a sus hermanos, por lo que la resolución es incongruente con el procedimiento en el que se ha dictado y la calificación del registrador debe ser confirmada. Además, tratándose de un llamamiento legal, y pudiendo el registrador conocer quiénes son los herederos abintestato del causante, a la incongruencia de la resolución se añaden los obstáculos que surgen del Registro, al otorgarse la escritura de partición por quienes no son los herederos

del causante afectando a la validez del propio negocio jurídico particional (cfr. artículos 14 y 20 de la Ley Hipotecaria, y 80 del Reglamento Hipotecario). Sostener lo contrario supondría admitir el carácter constitutivo del auto dictado, al atribuir la condición de herederos a quienes no han sido llamados por la ley, prescindiendo de los verdaderos herederos y sin que los mismos hayan podido intervenir en el procedimiento en el que la resolución se ha dictado.

Insiste en la misma doctrina la Resolución de 12 de junio de 2012, reiterando el criterio mantenido en la antes transcrita y en otra anterior de 10 de noviembre de 2011, recordando que "el procedimiento de declaración de herederos abintestato pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria..."».

Obviamente con mayor fundamento se aplica plenamente el artículo 18 de la Ley Hipotecaria en relación con los documentos y actuaciones que en relación con los expedientes de jurisdicción voluntaria corresponda tramitar y resolver a los notarios por haber sido «desjudicializados» y extraídos del ámbito de la Administración de Justicia por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a los que dicho precepto se aplica de forma directa y plena.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Universidad de Málaga

Libros *

AUER, Marietta: *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, 236, 204 pp.

El libro que traemos a colación ha sido calificado por Reinhard Zimmermann en *Juristenzeitung* como uno de los mejores libros jurídicos alemanes del año 2015 e incluso ha sido objeto de discusión en un simposium monográfico en la Universidad de Münster organizado por Niels Jansen y Michael Grünberger, donde actuaron como ponentes Hans-Peter Haferkamp, Oliver Lepsius y Galf-Peter Calliess, que será objeto de publicación en breve en un volumen también de Mohr Siebeck: ello nos da ya de entrada una idea de la relevancia e interés que la obra ha despertado en el público jurídico alemán (y, por ende, europeo). Se trata en realidad del trabajo de habilitación de su autora, discípula de Claus-Wilhelm Canaris y profesora de Derecho civil de la Universidad de Gießen, defendido en la facultad de Derecho de Múnich en 2012. Para un lector acostumbrado al manejo de trabajos de habilitación alemanes, resulta un poco llamativo su reducido tamaño (solo 167 páginas, excluidos índices y bibliografía), pero ello también ofrece de entrada un indicio de su excelencia y calidad de contenidos, porque es una verdad bien asentada que en la Universidad alemana no precisamente cualquier trabajo sirve para habilitar a su autor para la docencia universitaria. La lectura del libro no defrauda, desde luego, las expectativas creadas.

En efecto, a pesar de su densidad de contenidos y su marcada carga filosófica y sociológica, el libro está escrito con un estilo ágil y resulta de agradable, incluso apasionante, lectura, si bien en ocasiones puede parecer algo rebuscado debido a esta mezcla de elementos y nociones tomadas del ámbito de la hermenéutica, el funcionalismo sociológico y el Derecho civil alemán, con su alto grado de abstracción y especialización. Con todo, es un libro accesible para el lector medio acostumbrado al estilo de la civilística germana.

Tras un prólogo y una corta introducción (pp. 1-9) en que Marietta Auer expone brevemente el propósito central de su obra, la monografía se divide en dos partes de similar extensión, aunque de diferente enfoque. La tesis de fondo de la autora es, básicamente, intentar explicar que la creciente carga de valoraciones material (de carácter ético y social) en el Derecho privado moderno no supone en realidad ninguna ruptura con el soporte y la estructura teórica del modelo de sistema jurídico correspondiente a una sociedad regida por el Derecho privado alejada del Estado. La autora busca hacer una descripción del estatus del Derecho privado actual que evite las simplificaciones metodológicas y materiales (como p. ej. su calificación como «liberal» o «social») y que pueda así salvar el diagnóstico pesimista lanzado sobre todo

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

por Franz Wieacker de un inevitable declive por un retroceso hacia un modelo de sistema jurídico-privado normativamente cerrado, así como una fatal sobrevaloración de la teoría crítica que pretende deshacerse de la persistente eficacia del modelo del Derecho privado liberal mediante una simple refutación de sus fundamentos teóricos. La autora se propone, por tanto, formular un cambio de visión frente a las tomas de postura tradicionales de la teoría crítica del Derecho privado y de la ética jurídico-normativa. Si lo consigue plenamente o no, es algo sujeto a discusión y lleno de incertidumbres, de lo que da cuenta precisamente la importante polémica surgida en Alemania en torno a sus controvertidas tesis.

Veamos estas con un poco más de detalle.

La primera parte (pp. 11-90) trata, con un fuerte componente filosófico y sociológico, sobre la teoría del Derecho privado en la época moderna (entendiendo por tal la que parte del iusnaturalismo racionalista hasta la actualidad, suponiendo que la actualidad pueda seguir considerándose «moderna» y no más bien «postmoderna»), distinguiendo a este respecto entre una primera y una segunda Modernidad. La primera modernidad se centra en el giro del concepto de sujeto de derecho hacia la persona humana, el tránsito de la noción de deber al de derecho subjetivo como concepto central del Derecho privado, la separación tajante del Estado y la sociedad, así como la integración del moderno sistema del Derecho privado. La segunda, en cambio, se produce como consecuencia de la reflexividad inherente en el concepto de lo «moderno» sobre la base de una dialéctica negativa que se funda en una contramodernidad immanente y una continua puesta en riesgo de su propia identidad, conduciendo así al destronamiento del papel central del sujeto de derecho, la deconstrucción del derecho subjetivo y la irrupción de lo público en el ámbito del Derecho privado. La tesis de fondo es que esta segunda modernidad no ocasiona ninguna negación del Derecho privado considerado «liberal» como consecuencia de la intervención de agentes destructivos externos calificados como de índole «social» o «estatal», sino que es una derivada propia del mismo concepto de lo moderno, esto es, que la Modernidad en el Derecho privado lleva implícita su propia puesta en cuestión y, por consiguiente, su misma autocorrección (una síntesis de sus planteamientos puede encontrarse asimismo en el artículo de la autora titulado «Privatrechtswissenschaft in der Moderne: Ein Tryptichon», publicado en Grimm/Kremmerer/Möllers, eds., *Rechtswege – Kontextsensible Rechtswissenschaft von der transnationalen Herausforderung*, Baden-Baden, 2015, pp. 13-34).

Para la defensa de esta controvertida tesis (en la que es de capital importancia la influencia del pensamiento del sociólogo Ulrich Beck, cfr. p. ej. *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*, trad. esp., Madrid, 1997), Marietta Auer pasa revista en un primer apartado (pp. 11-44) al desarrollo del discurso filosófico y sociológico de la Modernidad occidental a partir del giro de la Edad Moderna (sobre todo desde el racionalismo del s. XVII) y su relevancia polifacética en el desarrollo de la teoría del Derecho privado actual. La Modernidad ilustrada puede identificarse con una creciente individualización, racionalización y secularización de las instituciones sociales y de los correspondientes discursos. A juicio de la autora, el impulso sistematizador contenido en los sistemas del Derecho natural racionalista tuvo una importancia decisiva en el surgimiento del concepto moderno de Derecho privado (frente a las inercias arrastradas desde el Derecho romano). En la instancia de legitimación, constatable hasta el Derecho actual, de las teorías jurídicas liberales de la Ilustración se puede

vislumbrar una causa de que hasta hoy el Derecho privado se conforme como un sistema normativo unitario sobre la base del concepto de autonomía privada y el ejercicio individualista de los derechos «liberado de la acción estatal» («staatsfreie» individualrechtlicher Rechtsausübung). Sin embargo, como se constata en el apartado siguiente (pp. 46-73), a partir del siglo XIX van apareciendo corrientes crecientemente críticas de una «segunda Modernidad» que coinciden en el tiempo con la emergencia de los primeros problemas teóricos de legitimación de la primera sociedad industrial fundada en el Estado nacional. Estas posiciones críticas exteriorizan, en opinión de la autora, el punto de vista de la reflexividad, tanto teórica como práctica, de la sociedad moderna, y se dirigen, en primer término, a aplicarse sobre los propios criterios racionalistas de la Ilustración y, por tanto, a someter a prueba a los límites de la capacidad normativa de sus criterios individualistas (la reflexividad como deconstrucción). En un tercer apartado de esta primera parte (pp. 74-87), Marietta Auer describe esos rasgos de la segunda Modernidad en tanto que reflexividad como dialéctica negativa (aquí es destacable la influencia del pensamiento de Jürgen Habermas, cfr. v. gr. *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. esp., Madrid, 1989): tales rasgos son la inmanente puesta en riesgo de los propios conceptos fundamentales y la inmanente contramodernidad contenida en su seno. La autora destaca cómo en la sociedad moderna existe una tendencia inherente hacia la reflexión sobre sus propios fundamentos y a una sistemática puesta en riesgo de los mismos. Sobre esa base se observa que algunos ataques hacia la unidad normativa del Derecho privado (sobre todo los referidos a los criterios de la fuerza vinculante de la voluntad individual, la coherencia del derecho subjetivo y la consistencia de su separación del Derecho público) pueden encuadrarse inmediatamente en el contexto del discurso filosófico y sociológico de esta segunda Modernidad. Y consiguientemente, puesto que, a pesar de las tendencias divergentes con respecto a la primera, en la base hay una coincidencia en una fundamentación esencialmente racional, se explica de ahí, en parte, que esos ataques hasta el momento no hayan conseguido contrarrestar firmemente el modelo de Derecho privado «liberal» de la primera Modernidad, de manera que hasta el presente afirmación y crítica vienen a coincidir en ese punto.

La segunda parte del libro (pp. 91-164) va dirigida a confrontar los resultados obtenidos en la primera parte con los hechos concretos del desarrollo del Derecho privado moderno, concretamente centrándose en el concepto clave del derecho de propiedad. Acertadamente, la autora escoge como banco de pruebas de sus tesis el elemento central del sistema del Derecho privado moderno desde el racionalismo, es decir, se dirige al auténtico núcleo del discurso jurídico-privado: es obvio que si sus tesis funcionan en este ámbito podrían extenderse a la totalidad del sistema. Como consecuencia, en esta parte de la monografía destaca también el análisis histórico-jurídico de las cuestiones planteadas. En un primer apartado (pp. 93-119), Marietta Auer investiga cómo se produjo la integración del derecho de propiedad en el Derecho privado moderno como un concepto clave. En la tradición romanista, la propiedad no poseía un carácter tan central como después adquiriría en el Derecho privado «liberal»; el paso decisivo, en palabras de la autora, se produjo cuando se produjo la unión de dos tradiciones diversas sobre la propiedad en la historia de las ideas jurídicas, a saber, la concepción «estrecha» jurídico-real de la tradición del *ius commune* y la concepción «amplia», basada en la noción de autonomía, del iusnaturalismo racionalista. De ahí que en el concepto moderno de propiedad se observe una inmanente relación conflictiva

va entre «realidad» y personalidad que se traslada a la constante expansión de posibles objetos del derecho de propiedad. Por esta razón, ya antes de toda crítica se encuentra hasta hoy la idea moderna de propiedad en una permanente dinámica que lleva a una progresiva «espiritualización», es decir, a la expansión de los derechos absolutos y excluyentes respecto de bienes inmateriales y derechos de la personalidad, que difícilmente puede conciliarse con las garantías institucionales del tipo del principio del *numerus clausus* de los derechos reales. En el segundo apartado de esta parte (pp. 120-142) se analiza, sin embargo, cómo la segunda Modernidad ilustra la inmanente propensión a la crítica que presenta este concepto «amplio» de propiedad de la primera Modernidad. Para la investigación de este punto se revelan como teóricamente provechosos los principios sobre la deconstrucción del derecho subjetivo y la imposibilidad de separar Derecho público y Derecho privado. Para su análisis de este punto, Marietta Auer se basa sobre todo en las ideas de Wesley N. Hohfeld en torno a la deconstrucción del concepto de derecho y su «teoría del haz de derechos» (*Bündeltheorie*) de la propiedad (cfr. Hohfeld, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», en *Yale L. J.* 23 [1913], pp. 16 ss., y *Yale L. J.* 26 [1917], pp. 710 ss.; cfr. trad. esp. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, 1968). Desde este punto de vista se revela como escasamente consistente, en opinión de la autora, la tesis, sostenida a menudo hasta la actualidad, de un cambio del concepto moderno de propiedad hacia un modelo «social»: más bien sucede, a su juicio, que tanto el paradigma «liberal» de una propiedad libre de limitaciones como su crítica «social» representan en su respectiva persistencia derivaciones de la propio carácter ambiguo de la Modernidad y, por tanto, como partes inseparables en el contexto del discurso jurídico-privado moderno. Por fin, en un tercer apartado de esta parte (pp. 143-164), se analiza la dialéctica de la propiedad a través de la autolimitación y el paternalismo estatal. La reflexividad del mundo conceptual moderno se muestra no solo en el ámbito teórico, sino también en el práctico. Y en concreto, en el caso del concepto moderno de propiedad, se da, a juicio de Marietta Auer, una tendencia hacia su propia disolución práctica en la medida en que, de entrada, se le ponen límites en ciertos ámbitos a la constante expansión de los derechos exclusivos y absolutos, de modo que los efectos de una mayor apropiabilidad se convierten en su contrario y se frustran sus objetivos. A partir de esta constatación se dirige la mirada hacia el modo en que el ordenamiento jurídico reacciona frente a la necesidad de una limitación de carácter estatal de la ordenación jurídico-privada de los derechos de propiedad. Según la autora, muchas de estas limitaciones o necesarias condiciones funcionales del ejercicio de los derechos de propiedad se revelan como expresión de un pensamiento paternalista antimoderno, lo que conduce una vez más a la conclusión de que la Modernidad, también en el caso de la idea de la propiedad, paradójicamente ha de considerarse más bien solo como semimodernidad (*Halbmoderne*).

En una consideración final (pp. 165-167), la autora, como resultado de sus reflexiones, ve que la aportación del Derecho privado moderno se encuentra en crear una esfera autónoma para la actuación de la voluntad a partir de las reglas de la actuación libre del individuo y en legitimarla como universal, en la medida en que sirve a la acción de la voluntad individual, y por eso la esencia del discurso jurídico-privado moderno está en la permanencia del principio de autonomía privada, incluso frente al progresivo avance de su propio resquebrajamiento.

En opinión de Reinhard Zimmermann, que compartimos, la tesis central del libro, según la cual el pensamiento y la praxis de la Modernidad, a pesar de su crítica fundamental y sus relativizaciones prácticas, han permanecido intactos hasta la fecha y así permanecerán durante el tiempo que se alcanza a vislumbrar, es para cualquier iusprivatista, y en realidad para cualquier jurista, una consideración extraordinariamente estimulante (*JZ* 23 [2015], p. 1153), y aunque el libro no presentara ninguno de sus otros muchos méritos, ya solo por eso sería digna Marietta Auer de nuestra felicitación y agradecimiento.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Valladolid

**BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/
VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato. Propuesta de
regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 227 pp.**

El título de la obra objeto de recensión refleja de una manera clara el contenido que en ella vamos a encontrar: una propuesta de regulación de lo que se conoce como teoría general del contrato. Esta Propuesta ha sido realizada principalmente con perspectivas a una futura reforma del Código Civil de Cataluña, dada la ausencia en el Proyecto de Ley del Libro Sexto de una regulación sobre la teoría general del contrato. No obstante, en ningún momento se abandona por sus autores una pretensión más general, dentro de este contexto de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el que actualmente nos encontramos inmersos.

La Propuesta que se presenta como texto articulado aparece estructurada en dos partes claramente diferenciadas: una primera parte, en la que se contiene el propio texto articulado, dividido en cuatro capítulos con sus distintas secciones e integrados por un total de sesenta y tres artículos; y una segunda parte, en la que se contienen las concordancias de cada artículo, de manera que puedan conocerse las fuentes consultadas; junto con los comentarios al articulado, que incluyen una explicación detallada de los pormenores del contenido de cada uno de ellos, incorporando respecto de algunos preceptos, como es el caso del artículo 13, en materia de contrato a favor de tercero, o del artículo 34, respecto del precontrato, la jurisprudencia existente sobre la materia, así como la mejor doctrina que ha sido consultada para su elaboración. Esto permite al lector disponer de una interpretación auténtica del contenido de cada uno de los preceptos.

El Capítulo primero del texto articulado, dedicado a las disposiciones generales del contrato, aparece integrado por cuatro secciones, en las que se recogen tanto la definición de contrato, como su contenido obligacional, las reglas relativas a los sujetos de la eficacia del contrato y lo que los autores han denominado «otros elementos del contrato». Tras definir el contrato, en el artículo 1, como «un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales», la Propuesta hace mención al principio de autonomía de la voluntad y sus límites de un modo similar a la regulación contenida en el Código Civil español, aunque sustituyendo el término

moral por el de buena fe como límite a este principio. De este primer capítulo, me gustaría destacar dos cuestiones que me parecen fundamentales, teniendo en cuenta la orientación que han seguido las últimas reformas legislativas, así como las distintas propuestas de armonización tanto a nivel interno como europeo. Me refiero al tratamiento que los autores realizan de la causa del contrato y la inclusión en el Código Civil de una regulación sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

Por lo que respecta a la causa, es interesante subrayar su configuración como elemento esencial del contrato, apartándose así la Propuesta de la tendencia seguida por las últimas reformas legislativas, como es el caso del Código Civil francés, y de las distintas propuestas armonizadoras, en las que la causa no aparece como un elemento esencial del contrato. Sirva de ejemplo la regulación del *Draft Common Frame of Reference*. Aunque la sistemática pueda confundir un poco, ya que se incluye la causa entre las reglas que llevan por título «otros elementos del contrato», el tratamiento que la Propuesta realiza de la causa es claramente de elemento esencial. Ello se deduce no solamente de su propia regulación, sino también de las reglas de ineficacia contractual, que convierten al contrato sin causa en un contrato nulo de pleno derecho. La causa se asocia en la Propuesta a la idea de «función jurídica y económica que se pretende obtener con el contrato», sin que en ningún momento se incluya, como viene siendo habitual en otras legislaciones, en un mismo precepto junto al resto de elementos esenciales del contrato, y sin que se haga referencia a aspectos tales como la falsedad de la causa o su ilicitud; según explican los autores en sus comentarios, de manera totalmente intencionada, pues su pretensión no es la de regular la causa en sentido subjetivo.

La Propuesta incluye en este mismo capítulo una escueta regulación en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Esta regulación, que aparece inserta en la sección dedicada al contenido del contrato, establece una definición de condiciones generales de la contratación y de cláusula abusiva, en la línea ya marcada por la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de Consumidores de 2007.

Para hablar de condiciones generales de la contratación es necesario que una de las partes contratantes determine de manera unilateral el contenido del contrato, incluyendo dichas cláusulas en un número indeterminado de ellos. Esta exigencia coincide plenamente con lo que ya prevé la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que exige la imposición, predisposición de una de las partes y, por ende, la falta de negociación, así como la inserción en una pluralidad de contratos. Por otra parte, una cláusula será abusiva y, por consiguiente nula, cuando produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos. La consecuencia que se prevé para estos casos es la nulidad. Sin embargo, del artículo 6.3 parece desprenderse la posibilidad de integrar el contrato, si es necesario; solución que se apartaría de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha obligado al legislador español a modificar el artículo 83 del Texto Refundido de Consumidores, para eliminar la posibilidad de integración o moderación, debiendo tenerse la cláusula por no puesta.

Es destacable también la regulación que en el artículo 7 se contiene acerca de la cláusula *rebus*, al permitirse la posibilidad de instar la modificación del contrato con objeto de restablecer el equilibrio de las posiciones jurídicas, cuando se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales tenidas en cuenta en el momento de conclusión del contrato.

En el Capítulo segundo de la Propuesta se regulan distintas figuras dentro del bloque de reglas que integran la formación del contrato. En él encontramos una primera regulación relativa al consentimiento de las partes (sección 1.^a), determinadas reglas sobre la negociación y el acuerdo de voluntades (sección 2.^a), normas sobre el concurso de la oferta y la aceptación (sección 3.^a), una regulación sobre los contratos preparatorios (sección 4.^a) y los contratos de preferencia (sección 5.^a), así como algunas reglas sobre la conclusión del contrato por subasta y concurso (sección 6.^a).

El artículo 16 de la Propuesta establece la necesidad de que el acuerdo de voluntades, con intención de vincularse jurídicamente, tenga el contenido y la certeza suficientes para que lo dote de efectos jurídicos. Esta norma recuerda a la necesidad que prevé el Código Civil español de que el objeto del contrato esté determinado o sea determinable. No obstante, los autores parecen referirse también con la expresión «contenido y certeza suficientes» a la causa del mismo y no solamente al objeto.

En cuanto a las reglas sobre la ruptura de los tratos preliminares, me parece un acierto la regulación que se contiene en la sección segunda. Hacía falta una regulación que clarificase qué tipo de responsabilidad se desprende de la ruptura de los tratos por una de las partes, siendo ésta un cuestión muy discutida y que había sido resuelta en nuestro Derecho a partir de la aplicación de la teoría de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*. La Propuesta, aunque contempla la libertad de las partes para romper las negociaciones encaminadas a la conclusión de un contrato, en el artículo 19 establece la responsabilidad por culpa *in contrahendo* cuando se rompen las negociaciones infringiéndose las reglas de la buena fe. El contenido de la indemnización deberá incluir los gastos de contratación y el coste de la pérdida de oportunidad, sin que englobe la pérdida de ganancias que hubiera originado el contrato concluido.

Otro tema bastante polémico donde los haya y que los autores resuelven de manera muy acertada, es el tema de los contrato preparatorios, que en la Propuesta incluyen tanto la promesa de contrato, como el precontrato y el contrato de opción. Mientras que la promesa de contrato o compromiso de contratar es definido como la obligación de concluir un contrato definitivo en el tiempo pactado; en el precontrato, el contrato ya se ha celebrado, quedando el cumplimiento de las prestaciones en suspenso hasta que cualquiera de las partes decida dar efectividad al mismo en el plazo fijado. Como puede observarse, la Propuesta sigue la tesis más moderna sobre el precontrato, al concebirlo como un contrato definitivo con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, pero respecto del cual las partes dejen en suspenso el despliegue de sus efectos para un momento posterior.

Por lo que respecta al contrato de opción como contrato preparatorio, la Propuesta le otorga también la naturaleza de precontrato, configurándolo como la facultad de una de las partes de poner en funcionamiento el contrato. Establece así el artículo 35 que en el precontrato de opción, «solo una de las partes, llamada optante, tiene la facultad de dar efectividad al contrato».

De una forma separada se regula el contrato de opción de compra, al tratarse de la modalidad de contrato de opción más utilizada en la práctica. Bajo el título «precontrato o derecho personal de opción de compra», el artículo 36.1 aclara que la opción de compra puede tener naturaleza personal o real. En caso de que las partes no hagan referencia a este punto, se presume su naturaleza personal. Ello supone que la opción no será oponible frente a terceros, salvo inscripción en el Registro de la Propiedad, a diferencia de la

opción real, oponible y ejercitable frente a terceros. Por lo que respecta, al acceso de la opción al Registro de la Propiedad, la Propuesta se remite a las normas del Reglamento Hipotecario.

El Capítulo tercero se dedica íntegramente a las reglas de interpretación de los contratos. De esta regulación se extrae la prevalencia del criterio subjetivo de interpretación por encima del objetivo, debiendo buscarse en todo momento cuál ha sido la voluntad de las partes. Respecto a los criterios de interpretación, el artículo 44 de la Propuesta contempla algunos de los más comunes utilizados en las distintas legislaciones europeas y en las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Es el caso de la interpretación de las cláusulas oscuras, que en ningún caso deberán favorecer a la parte que hubiere causado la oscuridad; o la regla relativa a la contradicción entre condiciones generales de la contratación y la prevalencia de la cláusula más beneficiosa para el adherente.

El Cuarto y último capítulo del texto articulado contiene las reglas sobre ineficacia de los contratos. La Propuesta realiza una regulación separada de la acción de nulidad de pleno derecho y la acción de anulabilidad, siguiendo la sistemática de otros Códigos civiles europeos. Entre los casos de nulidad de pleno derecho la Propuesta incluye supuestos comunes a otras regulaciones, como pueda ser el caso del contrato que no contiene alguno de los elementos esenciales; o el supuesto de infracción de normas imperativas, de la buena fe o el orden público; o también aquellos contratos que no reúnan los requisitos de forma cuando ésta sea esencial o haya sido acordada por las partes.

Aunque la Propuesta al regular la causa no hace referencia a los casos de simulación, es en sede de nulidad de los contratos donde encontramos alguna referencia a esta problemática. Señala el artículo 46.3 que «el contrato en el que las partes, de manera consciente y voluntaria, acuerdan un contenido contractual aparente y diferente de lo que realmente quieren, es nulo, si bien produce efectos en relación con los terceros de buena fe». Me parece adecuada esta previsión, con independencia de que se haya decidido regular la causa desde un punto de vista subjetivo.

En cuanto a los efectos de la nulidad, la Propuesta no hace más que recoger las consecuencias típicas de toda declaración de nulidad radical: la ausencia de efectos jurídicos, la restitución de las prestaciones, la imposibilidad de confirmación y la posibilidad de nulidad parcial, salvo que el contrato no pueda subsistir sin tales cláusulas.

Llama la atención la manera en que puede declararse la nulidad del contrato. Aunque la nulidad puede ser declarada por el Juez de oficio, pudiendo ejercitar la acción cualquiera de las partes u otra persona con interés legítimo sin límite temporal alguno, la Propuesta admite la declaración extrajudicial de la nulidad del contrato, en virtud de notificación de una de las partes a la otra, como si se tratase de la resolución de un contrato; o también vía excepción, pudiendo ser alegada como causa legítima de oposición a la pretensión de cumplimiento de la contraparte. Esta regulación refleja de una manera clara lo que es bien conocido por todos: que la nulidad radical opera *ipso iure* y no es imprescindible ejercitarla siempre porque, como afirma Díez-Picazo, «el vicio va ínsito en el mismo contrato» (*Sistema de Derecho Civil*, vol. 2, Madrid, 1999, p. 105).

Por lo que respecta a la anulabilidad de los contratos, la Propuesta contempla los casos de contratos concluidos por personas sin capacidad de obrar, contratos en los que el consentimiento no se presta de forma libre o está

viciado y aquellos contratos en los que se prevea expresamente. No considero del todo acertada la expresión «personas sin capacidad de obrar», que contiene el artículo 50 de la Propuesta. Me parece más adecuado utilizar la expresión «personas que tengan limitada su capacidad de obrar» o «personas que tengan modificada su capacidad de obrar judicialmente». Por otra parte, se echa en falta una regulación relativa a la rescisión de los contratos. Aunque la Propuesta prevé en este capítulo una regulación específica acerca de los efectos del contrato en fraude de acreedores, caso que ha sido regulado tradicionalmente por el Código Civil español como causa de rescisión de los contratos, sin embargo, no se contempla como un caso de rescisión. El efecto que la Propuesta otorga a los contratos celebrados en fraude de acreedores es la inoponibilidad a éstos mientras no haya prescrito su pretensión, ya que el contrato sigue siendo eficaz. Si el adquirente es de buena fe, solo responderá en la medida en que se haya enriquecido, recogiendo aquí la Propuesta un caso claro de enriquecimiento injustificado. Si el adquirente lo fue de mala fe, esto es, si conocía o pudo razonablemente conocer del carácter perjudicial de la transmisión, responderá del perjuicio producido cuando haya enajenado los bienes y cuando éstos se hayan deteriorado o perdido por cualquier causa. Si bien del artículo parece desprenderse que si no los ha enajenado deberá devolverlos al ser ineficaz el contrato, sin embargo, al admitir los autores en sus comentarios que el contrato no ha dejado de ser eficaz, habrá que entender que lo que deberá hacer el adquirente es indemnizar. Considero más adecuado incluir este supuesto como causa de rescisión, declarándose la ineficacia del contrato celebrado con el tercer adquirente.

En resumen, se trata de una obra de gran valor científico, máxime si tenemos en cuenta el grado de dificultad que conlleva elaborar una propuesta de *lege ferenda* sobre cualquier materia de derecho civil, y más aun cuando ésta se centra en la reforma de la teoría general del contrato. Sin lugar a dudas, un referente indiscutible, que con toda seguridad será fuente de inspiración tanto del legislador español como catalán en una futura reforma de la parte general del derecho de contratos.

Laura ZUMAQUERO GIL
Profesora Ayudante-Doctora
Universidad de Málaga

SCHERPE, Jens M. (Ed.): *European Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2016, 1263 pp.

El Derecho de familia es, quizá, una de las ramas del ordenamiento jurídico que más cambios ha experimentado en los últimos años. En España, por ejemplo, como en el resto de Europa, el hecho familiar ha dejado de ser homogéneo para pasar a ser cada vez más heterogéneo, con formas de constituir y organizar la familia distintas de las tradicionales. Entre otros factores han contribuido, sin duda, las reformas al Código civil con el objetivo de incorporar el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio) o el divorcio sin separación previa o alegación de causa legal que lo justifique (Ley 15/2005, de 8 de julio). Desde la perspectiva autonómica, también lo ha hecho el reconocimiento de los efectos legales derivados de la convivencia en pareja estable –aunque desde la STC 93/2013, de 23 de abril,

parece que el modelo que preconizan legislaciones como la navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio), aplicable a las parejas constituidas tanto de manera formalizada como no formalizada, queda seriamente cuestionado por vulnerar, según el tribunal, el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)– o la preferencia de la responsabilidad parental compartida (p. ej: art. 233-8, apdo. 1, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, de 29 de julio de 2010).

La obra *European Family Law*, con cuatro volúmenes, treinta y cinco capítulos y más de mil doscientas páginas, da cuenta de las principales novedades que en la última década se han producido en el seno del mencionado Derecho de familia así como de las tendencias que para un futuro no muy lejano se vislumbran. Y lo hace desde una clara perspectiva comparada, informando al lector sobre la existencia de un emergente Derecho de familia europeo. Debido al enorme alcance y variedad de temas que forman parte de este ámbito de estudio –desde las consecuencias patrimoniales derivadas de la celebración del matrimonio hasta los remedios previstos tras la ruptura pasando por la responsabilidad parental, la adopción o la regulación de las técnicas de reproducción asistida, entre muchos otros– en la mayoría de los capítulos se ofrece una visión relativamente genérica de las muchas preguntas y controversias que suscita cada tema. Sin embargo, como se advierte en la introducción de cada volumen, el objetivo de la obra tampoco es exponer y resolver con exhaustividad todas y cada una de las problemáticas inherentes a esta área del derecho privado. Por razones de espacio, ello es sencillamente imposible. La finalidad es otra: ser un buen punto de partida –que lo es– para el posterior estudio e investigación de las cuestiones que se abordan. Es desde esta lógica que todos los capítulos van acompañados de un listado bibliográfico de referencia.

La iniciativa de llevar a cabo una investigación, ahora en formato de libro, sobre Derecho de familia europeo –que no de la Unión Europea debido a que algunos países que están incluidos en el trabajo (p. ej: Turquía, Suiza o Rusia) no se cuentan entre sus miembros– tiene carácter innovador, aunque no novedoso. Desde 2001, la Comisión de Derecho de familia europeo (CEFL) viene realizando un excelente trabajo desde la perspectiva de su armonización teórica y práctica (*vid.* por ejemplo, los *Principles on Property Relations between Spouses*). Y es gracias a estos antecedentes que después ha sido posible elaborar algo como *European Family Law*. Sin embargo, ello no resta originalidad o valor a la obra. En la actualidad, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas legales donde existe normativa europea propia debido a la cesión de soberanía por parte de los Estados, no hay ningún organismo supranacional con competencias para legislar (y mucho menos imponer) reglamentos o directivas en materia de Derecho de familia. Ello se debe, fundamentalmente, a que esta es una de las ramas del ordenamiento jurídico más enzarzadas con la idiosincrasia de una sociedad: lo que es perfectamente aceptable para la mayoría social de un país puede que no lo sea para otro. Así, en cuestiones como el matrimonio homosexual; la transexualidad; la adopción por parte de cónyuges del mismo sexo o, incluso, el régimen económico matrimonial, existe una gran variedad de posiciones que, muchas veces, son incompatibles entre sí. De ahí que pudiera parecer que, aún con el trabajo de la CEFL, la disparidad de criterios es insalvable. *European Family Law* nos demuestra lo contrario; que es posible hablar de un (aún incipiente) Derecho de familia europeo. En este sentido, tras la lectura de la obra objeto

de recensión, es patente que existen algunos principios e instituciones que, directa o indirectamente, contribuyen a su creación y armonización.

Esta es una de las principales conclusiones –sino la principal– a la que llega el Prof. Jens M. Scherpe, editor de los cuatro volúmenes y autor del último, además de ser el encargado de redactar la introducción de cada uno de ellos. Nacido en Alemania, el Prof. Scherpe se doctoró en el Max-Planck-Institut de Derecho privado de Hamburgo y, actualmente, es *Senior Lecturer in Law* en la Universidad de Cambridge además de *fellow* del *Gonville and Caius College*. Aunque la mayor parte de su actividad académica tiene lugar en Reino Unido, también ha impartido docencia en universidades de otros países y, singularmente, en la de Hong Kong. Además, es autor y/o editor de un importante número de publicaciones y artículos entre los que destaca, por ejemplo, el libro *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, publicado en 2012. Su experiencia y trayectoria académica contribuyen a explicar en gran parte la cuidada y bien seleccionada información que presentan todos y cada uno de los mencionados volúmenes de *European Family Law* a los que a continuación hacemos referencia.

Empezando por el primero, se analiza el impacto que tienen algunas organizaciones e instituciones de carácter supranacional en la configuración del Derecho de familia europeo. Éstas pueden agruparse básicamente en dos categorías, según incidan de forma directa o indirecta en la citada configuración. En el primer grupo encontramos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a la Unión Europea y a su Tribunal de Justicia (TJUE). Las características y jurisprudencia del primero se examinan en el capítulo segundo (Dagmar Coester-Waltjen). Aunque las decisiones del TEDH solamente vinculan a las partes del litigio, lo cierto es que, *de facto*, constituyen un estándar mínimo para todos los estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, decisiones como *Goodwin c. Reino Unido* o *I c. Reino Unido*, ambas dictadas en 2002, han contribuido a la modificación de las respectivas legislaciones nacionales en materia de transexualidad con el fin que sea posible el efectivo reconocimiento legal de la identidad sexual de cada persona. En el mismo plano de incidencia directa, si bien quizá con menos repercusión práctica, se sitúa también la mencionada Unión Europea y el TJUE, especialmente en materia de discriminación, libre circulación de personas o ciudadanía europea. A ambas instituciones se dedica el capítulo primero del volumen (Geert De Baere y Kathleen Gutman). En el segundo bloque, esto es, aquél con impacto indirecto, hallamos instituciones e instrumentos supranacionales que influyen –y cada vez más– en la política legislativa de los países que, de un modo u otro, giran sobre la órbita europea. En este sentido, el capítulo tercero versa sobre el Consejo de Europa (Nigel Lowe); el cuarto sobre la Comisión Internacional del Estado Civil (Walter Pintens); el quinto sobre las Convenciones de la Haya (Hannah Baker y Maja Groff), en particular en lo que respecta a la protección internacional de los menores; el sexto sobre la Comisión de Derecho de familia europeo (Katharina Boele-Woelki) y el séptimo sobre los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea (Dieter Martiny). Finalmente, el capítulo octavo (Jane Mair) aborda la incidencia que tiene la religión cristiana en el Derecho de familia europeo. Desde nuestro punto de vista quizá esta última contribución, aunque interesante, es la que guarda menos coherencia y conexión con el resto.

El segundo volumen se centra en el concepto de familia, con los múltiples cambios que ha experimentado y sus retos futuros. Si en el primer volu-

men se estudia el Derecho de familia europeo desde un punto de vista institucional, esto es, de las organizaciones e instituciones que directa o indirectamente contribuyen a su formación, el segundo se focaliza en su dimensión «orgánica», es decir, en aquellas normas aprobadas por parlamentos nacionales que, aún con sus diferencias, siguen una misma tendencia o se rigen por unos principios en común. De este modo se entra en el aún no resuelto debate sobre si es o no deseable una progresiva y mayor armonización del Derecho de familia a escala europea. Los ordenamientos jurídicos que se desarrollan en este volumen reflejan bastante bien la diversidad legal existente entre los binomios norte y sur; este y oeste de Europa. A cada uno de ellos corresponde un capítulo. Hay hasta dieciséis: el Benelux (Frederik Swennen); Inglaterra y Gales (Gillian Douglas); Francia (Laurence Francoz Terminal); Alemania (Dieter Martiny); Grecia (Eleni Zervogianni); Hungría (Orsolya Szeibert); Irlanda (Brian Sloan); Italia (Maria Giovanna Cubeddu Wiedemann); los países nórdicos (Tone Sverdrup); Russia (Olga Khazova); Escocia (Kenneth McK. Norrie); Eslovaquia (Gabriela Kubíčková); Eslovenia (Barbara Novak); España y Cataluña (Albert Lamarca Marquès); Suiza (Ingeborg Schwenzer y Tomie Keller) y Turquía (Esin Örüci). Cada contribución analiza el Derecho de familia desde tres perspectivas distintas: la horizontal; la vertical y la individual. La primera aborda las relaciones entre adultos y, en particular, cuestiones como el matrimonio, la convivencia en pareja estable, las relaciones entre personas del mismo sexo o el divorcio; la segunda trata las relaciones entre adultos y menores, especialmente en lo relativo a adopción, la responsabilidad parental o las técnicas de reproducción asistida; finalmente, la tercera versa sobre el estatus de los individuos, fundamentalmente en lo que se refiere al nombre y al reconocimiento del cambio de sexo.

En el tercer volumen se desarrollan diez cuestiones problemáticas a las que el actual Derecho de familia debe hacer frente. Hay un capítulo por cuestión, a saber: el matrimonio (Caroline Sörgjerd); el divorcio (Masha Antokolskaia); la convivencia en pareja estable (Joanna Miles); las relaciones entre personas del mismo sexo (Ian Curry-Sumner); las consecuencias económicas del divorcio (Jens M. Scherpe); el bienestar de los menores (Rob George); la parentalidad y la subrogación (Katarina Trimmings y Paul Beaumont); la responsabilidad parental (Josep Ferrer Riba); la adopción (Claire Fenton-Glynn) y las personas mayores (Jonathan Herring). El análisis se realiza desde una óptica global, partiendo de la información expuesta en los volúmenes precedentes (aunque no es necesario haberlos leído previamente) y sin entrar en el detalle de cada país concreto. Los temas están bien escogidos: cada uno de ellos presenta retos e incógnitas concretas como consecuencia de los rápidos cambios sociales que tienen lugar. En este sentido, todos, sin excepción, han evolucionado en las últimas décadas. En el caso de la convivencia en pareja estable, por ejemplo, si bien tiempo atrás la mayoría de los países no les reconocía ningún tipo de efecto legal, actualmente el Derecho de familia de los estados ha cambiado y sí lo hace, aunque en distinto grado. Así, mientras que en los países que integran la zona de los Balcanes los convivientes gozan de una protección equivalente a la de los cónyuges sin necesidad de registrarse como pareja, en otros, como Bélgica o Francia, las parejas inscritas tienen un nivel de protección inferior al del matrimonio. Similar grado de evolución puede predicarse del divorcio –que a día de hoy está reconocido en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos que *European Family Law* toma en cuenta– o del cambio de modelo en las relaciones verticales entre

adultos y menores (si bien antes éste giraba entorno a los padres, ahora lo hace sobre el menor y su bienestar).

El cuarto volumen, escrito por el Prof. Scherpe, es, quizá, el que más valor añadido aporta a la obra. A partir del análisis de la jurisprudencia y de los cambios legislativos acontecidos en varios países durante la última década, se hace una síntesis de las cuestiones más relevantes tratadas en los tres libros anteriores para, después, razonar con profundidad acerca del Derecho de familia europeo y su porvenir. Hay dos partes diferenciadas: la institucional y la orgánica. En la primera se hace hincapié en varios casos resueltos por el TEDH (p. ej: *Marckx c. Bélgica* o *Schalk y Kopf c. Austria*) y por el TJUE (p. ej: *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* o *García Avello c. Bélgica*). Así se consigue exponer tanto algunos de los problemas a los que el actual Derecho de familia europeo debe hacer frente –singularmente, en materia de transexualidad y relaciones entre personas del mismo sexo– como el decisivo e importante papel que en su configuración juegan los tribunales antes mencionados. En la segunda parte, la orgánica, el discurso se divide siguiendo la ya expuesta clasificación de Derecho de familia horizontal, vertical e individual. Dentro de la primera categoría es especialmente interesante la crítica que se hace al actual modelo de convivencia en pareja estable que rige en Inglaterra y Gales, el único ordenamiento jurídico europeo donde las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo tienen más instrumentos de reconocimiento (matrimonio y *civil partnership*) que las uniones heterosexuales (matrimonio). En de la segunda categoría, la vertical, se incide sobretodo en cuestiones ligadas a la reproducción asistida y la responsabilidad parental. Desde esta perspectiva, y asumiendo la creciente complejidad derivada tanto de los avances médicos como de la mayor heterogeneidad del hecho familiar, se defiende idea de que, cada vez más, debería distinguirse entre *parentage*, *parenthood* y *parental responsibility*. En la tercera categoría, la individual, el discurso se centra básicamente en el género y, más concretamente, en los requisitos necesarios para optar al reconocimiento legal del cambio de sexo.

European Family Law ofrece al lector la oportunidad de ampliar su visión del Derecho de familia desde una perspectiva amplia y europea. Es una obra donde se observa claramente un trabajo académico serio, riguroso y exhaustivo; una gran empresa universitaria colectiva que, aunque seguramente costosa de gestionar y coordinar, llega a buen puerto gracias al esfuerzo de todos sus autores y, especialmente, de su editor, el Prof. Scherpe. El estudio de los distintos temas y problemas es preciso y está bien escrito. Además, a pesar de su extensión, se aprecia un claro hilo conductor en todos los volúmenes y, singularmente, en el cuatro: la efectiva existencia de un incipiente Derecho de familia europeo que, gracias al desarrollo de sus vertientes institucional y orgánica, va abriéndose camino progresivamente. Y lo hace para quedarse.

Sergi MORALES MARTÍNEZ
Investigador predoctoral de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra



Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

- CAZORLA PRIETO, Luis María: «El principio de transparencia en el procedimiento legislativo en el Congreso de los Diputados», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 69 ss.
- DEL BARRIO, Natalia: «Cosmopolitismo jurídico: hacia un nuevo Derecho Comparado», en *AC*, núm. 3, 2015.
- DUVE, Thomas: «La investigación histórico-jurídica hoy: desafíos y oportunidades», en *RJUAM*, núm. 33, 2016, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: racionalización de competencias y procedimiento judicial garantista», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 13 ss.
- ROJO GALLEGO-BURÍN, Marina: «La literatura jurídico-política castellana y portuguesa de los siglos XVI y XVII», en *RJUAM*, núm. 33, 2016, pp. 233 ss.
- TORMO CAMALLONGA, Carlos: «Nuevas aportaciones para el estudio de la ciencia y la práctica jurídicas novohispanas del siglo XVIII», en *RJUAM*, núm. 33, 2016, pp. 267 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Sobre la inclusión de las personas jurídicas en el concepto legal de consumidor de crédito. Consecuencias «en cadena» de la inaplicabilidad de la normativa protectora de consumidores a un con-

trato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por persona jurídica: Comentario al Auto AP Madrid de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 14494)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 245 ss.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a Mercedes: «La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial», en *AC*, núm. 2, 2015.

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: «Luces y sombras de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014», en *AC*, núm. 4, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *AC*, núm. 4, 2015.

— «Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 febrero 2016. Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 565 ss.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «El Tribunal Supremo concede prevalencia al honor frente a la libertad de expresión: sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2014», en *AC*, núm. 1, 2015.

CONDE-PUNPIDO TOURÓN, Cándido: «Novedades legislativas en la lucha contra la piratería», en *AC*, núm. 4, 2015.

CONSTENLA, Carlos R.: «El Defensor del Pueblo. Presente y futuro desde una perspectiva iberoamericana», en *RGLJ*, núm. 2, 2016, pp. 257 ss.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María: «¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», en *AC*, núm. 4, 2015.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa: «Transparencia, corporaciones profesionales y rendición de cuentas», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 789 ss.

DÍAZ GARCÍA, Rodrigo: «El «Hotlinking» y las técnicas de extracción de datos en la nube: consideraciones sobre su legalidad», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 83 ss.

FERNÁNDEZ CARRASCO, Antonio: «La nueva Ley de Propiedad Intelectual y su repercusión en las entidades de gestión», en *AC*, núm. 4, 2015.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Sentencia 13 mayo 2015. Proceso de modificación de la capacidad. Principio de proporcionalidad y principio de autonomía», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 111 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y tarifas generales: el nuevo régimen tras la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AC*, núm. 4, 2015.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «¿Qué es el derecho al olvido?», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 187 ss.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La videovigilancia privada, ¿tratamiento de datos con fines personales o domésticos?: comentario de la STJUE, Sala 4.^a, de 11 de diciembre de 2014», en *AC*, núm. 3, 2015.

- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia 21 septiembre 2015. Protección de datos personales», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 269 ss.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales», en *RDC*, núm. 3, 2016, pp. 1 ss.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», en *RDP*, núm. 7-8, 2016, pp. 3 ss.
- POLONIO DE DIOS, Gema: «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: administración y beneficios fiscales», en *RJNot*, núm. 97-98, 2016, pp. 111 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «La publicidad ilícita por utilizar a la mujer como un objeto», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 175 ss.
- «La publicidad televisiva y radiofónica de bebidas alcohólicas», en *RDP*, núm. 9-10, 2016, pp. 19 ss.
- RIVERO SÁNCUEZ-COVISA, Fernando José: «La intervención del Notario en la configuración del estado civil de las personas», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 333 ss.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La copia privada y el canon», en *AC*, núm. 4, 2015.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «La adquisición de la nacionalidad: los ordenamientos español y portugués», en *RJNot*, núm. 97-98, 2016, pp. 11 ss.
- SANCHO LÓPEZ, Marina: «Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y del nuevo marco legal», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 135 ss.
- SCHÜTZ, Rose Noëlle: «La représentation des personnes protégées en Droit français», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 1 ss.
- SULTÁN BENGUIGUI, Ariel: «Ley de nacionalidad de sefardíes: una deuda histórica», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 299 ss.
- TATO PLAZA, Anxo: «La protección de los resultados de los ensayos clínicos y preclínicos», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 37 ss.
- TRUJILLO PONS, Francisco: «El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 119 ss.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Sobre la estrenada reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *RDP*, núm. 7-8, 2016, pp. 41 ss.

- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Uso y control de la información genética humana: dudas y retos para el Derecho privado», en *RDP*, núm. 9-10, 2016, pp. 45 ss.
- «La absoluta desprotección del menor desde que se produce la ruptura parental hasta su judicialización», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1917 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ADÁN DOMENCH, Federico: «La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 13 ss.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Sobre la inclusión de las personas jurídicas en el concepto legal de consumidor de crédito. Consecuencias "en cadena" de la inaplicabilidad de la normativa protectora de consumidores a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por persona jurídica: Comentario al Auto AP Madrid de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 14494)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 245 ss.
- ALBA FERRÉ, Esther: «Soluciones a problemas prácticos en las enajenaciones forzosas de bienes embargados e hipotecados», en *AC*, núm. 2, 2015.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Opciones legales para la transposición pendiente de la Directiva 2014/17/UE y cuestiones concretas de los contratos de crédito para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial», en *RDP*, núm. 5-6, 2016, pp. 3 ss.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», en *Indret*, núm. 3, 2016.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», en *Indret*, núm. 3, 2016.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Sentencia 3 diciembre 2015. Daños causados por amianto. Reclamación de trabajadores, de familiares y de amas de casa que manipularon la ropa. Cambio de doctrina jurisprudencial sobre la jurisdicción competente», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 461 ss.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Sentencia 20 octubre 2015. Responsabilidad civil. Prescripción de daños causados por fármacos con talidomida. Daños permanentes continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 333 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Los intereses en el crédito al consumo tienen límite máximo», en *RDC*, núm. 3, 2016, pp. 93 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «La nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos o ilegales en el contrato de préstamo», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 115 ss.
- BARRIO DEL OLMO, Concepción Pilar: «El monitorio notarial», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 245 ss.

- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «La contratación de viajes vinculados», en *ACM*, núm. 6, 2016, pp. 29 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Enero de 2015», en *AC*, núm. 3, 2015.
- «La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. En especial, los intereses remuneratorios y los intereses de demora», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 253 ss.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: «Cuestiones acerca de las causas de extinción de la cofianza», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 69 ss.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Una visión global sobre la protección jurídica de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 1, 2015.
- «La protección de los consumidores en los contratos electrónicos», en *AC*, núm. 3, 2015.
- BOTELLO HERMOSA, José María: «Los arrendamientos por temporada en la ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1959 ss.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «La responsabilidad civil del habitante principal de un inmueble respecto a los daños causados por cosas que caigan o se arrojen desde el mismo», en *RDP*, núm. 9-10, 2016, pp. 3 ss.
- BUENO DE MATA, Federico: «Mediación electrónica e inteligencia artificial», en *AC*, núm. 1, 2015.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el *common law*: una visión panorámica», en *Indret*, núm. 4, 2016.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «El requerimiento de pago en el proceso de ejecución hipotecaria: a propósito de la STS de 13 de marzo de 2014», en *AC*, núm. 2, 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», en *Indret*, núm. 3, 2016.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «La extensión del deber de aplicación de oficio del derecho de consumo de origen comunitario al juez concursal. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 177 ss.
- CARRANCHO HERRERO, M.^a Teresa: «Sentencia 10 diciembre 2015. Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 501 ss.
- CARVAJAL GARCÍA PANDO, José Luis: «Las subastas notariales», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 627 ss.
- CASADO CASADO, Belén: «Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía», en *Indret*, núm. 4, 2016.

- CASADO ROMÁN, Javier: «Elementos esenciales del contrato de *coworking*», en *AC*, núm. 12, 2014.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia 24 junio 2015. Renuncia del arrendatario al derecho de denegación de prórroga del arrendamiento de la vivienda por causa de necesidad para sí mismo o su familia», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 167 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre la subrogación por pago del hipotecante por deuda ajena: Comentario a la Sentencia del TS de 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 6437)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 219 ss.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la Sentencia Ferreira da Silva», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 83 ss.
- CRESPO MORA, María Carmen: «La cesión de créditos en el contexto europeo. Especial referencia a las propuestas de Derecho contractual europeo», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2705 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 33 ss.
- DE LA TORRE OLID, Francisco: «Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1801 ss.
- DÍAZ GARCÍA, Rodrigo: «El exceso de explotación de derechos en el contrato de creación publicitaria verbal sin cesión de derechos expresa», en *AC*, núm. 12, 2014.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia 9 diciembre 2015. Consecuencias del impago de los diferentes plazos de primas anuales a los efectos de la cobertura del seguro y en lo referido a la posibilidad de la reclamación del pago cuyo plazo es de prescripción», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 475 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El ofrecimiento de pago y consignación, en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2601 ss.
- EBERS, Martín: «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?», en *InDret*, núm. 3, 2016.
- EMPARANZA SOBJEANO, Alberto: «Sentencia 1 abril 2015. El impago de portes. Sujetos responsables y acciones de reclamación», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 75 ss.
- «La pérdida de la limitación de responsabilidad del transportista: la existencia de dolo o culpa grave. Comentario de la sentencia del Tribunal

- Supremo (Sala Primera) de 9 de julio de 2015», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 321 ss.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El acuerdo extrajudicial de pagos: una opción a disposición de pymes y consumidores», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 125 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1229 ss.
- FERNÁNDEZ BALDOMERO, Eugenia: «Problemática de las medidas de aseguramiento en la norma reguladora del percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 109 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: «La transparencia en la contratación administrativa», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 95 ss.
- FERRANTE, Alfredo: «Sentencia 23 noviembre 2015. Contrato de seguro de accidente, muerte e intencionalidad del asegurado», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 415 ss.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Revocación por justa causa del mandato del Administrador de la Comunidad de Propietarios», en *AC*, núm. 1, 2015.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen: «El contrato de alimentos una década después de su inclusión en el Código Civil», en *AC*, núm. 1, 2015.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sentencia 9 julio 2015. Régimen de responsabilidad del porteador en el transporte nacional de mercancías. Daños en las mercancías debido a una manipulación negligente. Omisión del debido cuidado a pesar de la existencia de un signo inequívoco en el embalaje de las mercancías que identificaba su naturaleza frágil. Inaplicación de la limitación de responsabilidad porque la conducta de los porteadores infringe el deber jurídico que produce daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 209 ss.
- GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen: «La subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme», en *RDP*, núm. 5-6, 2016, pp. 73 ss.
- GIL ALEGRÍA, María Elena: «La uniformización a nivel internacional de la contratación», en *AC*, núm. 1, 2015.
- GINÉS CASTELLET, Nuria: «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Sentencia 8 septiembre 2015. La infracción del deber de información asistencial genera responsabilidad médica por traslado de los riesgos al facultativo aunque la causa del fracaso del tratamiento se deba a otras patologías del paciente», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 231 ss.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián A.: «Ilícitud y Justificación: algunas notas sobre la antijuridicidad en el derecho de daños chileno», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 147 ss.

- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «La protección del consumidor y la función notarial (o sobre la crisis de la escritura pública en el mercado financiero)», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 747 ss.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 163 ss.
- JUBERÍAS SÁNCHEZ, Antonio: «Los medicamentos como productos de consumo», en *RGLJ*, núm. 2, 2016, pp. 283 ss.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio del derecho de huelga», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 139 ss.
- LÓPEZ DE LA TORRE, Inmaculada: «Sentencia 9 julio 2014. Responsabilidad del avalista y excepciones disponibles frente al acreedor cambiario», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 19 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Derecho hereditario y responsabilidad por deudas de los inmuebles inscritos a favor del causante», en *AC*, núm. 12, 2014.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Límites a propósito de la autorregulación del comercio electrónico: una aproximación desde el derecho comparado», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 73 ss.
- «ADR y ODR en el comercio electrónico: un análisis desde la incidencia de la autorregulación», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 29 ss.
- LORA-TAMAYO VILLACIEROS, Manuel: «Ofrecimiento de pago y consignación», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 513 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «El incumplimiento del pacto de cesión fiduciaria de marca en el ámbito de un contrato de master franquicia: reflexiones sobre la ineficacia del derecho de marcas en caso de cesión a terceros y de retención tras la extinción del contrato», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 197 ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «El "Favor debitoris" y el beneficio de competencia», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 847 ss.
- MASTROPIETRO, Barbara: «La circulación de los bienes culturales: el modelo italiano», en *RGLJ*, núm. 2, 2016, pp. 317 ss.
- MESA GARCÍA, Francisca y RAMÓN FERNÁNDEZ, Olaya: «La trazabilidad como instrumento de garantía para la seguridad alimentaria», en *RDC*, núm. 3, 2016, pp. 109 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia 3 de diciembre 2015. Contratación telefónica de productos financieros y confirmación escrita», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 427 ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.^a del Carmen: «Aspectos registrales de la adjudicación para pago de deudas», en *AC*, núm. 2, 2015.
- MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 27 ss.

- MONTOLIO HERNÁNDEZ, José María y MONTOLIO JUÁREZ, Irene: «Enajenación de inmuebles municipales de naturaleza patrimonial y registro de la propiedad: estado de la cuestión», en *RDU*, núm. 50, 2016, pp. 153 ss.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «La protección de los consumidores en relación a los pagos adicionales y el uso de las tarjetas de pago. Especial referencia al transporte aéreo», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 155 ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Concepto de incumplimiento del contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de *soft law*)», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 29 ss.
- OSUNA NAVAJAS, M.^a Isabel: «Consideraciones sobre el arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos tras la reforma de la Ley 60/2003 y la aplicación en los litigios agrarios», en *AC*, núm. 2, 2015.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «El régimen de responsabilidad aplicable al médico interno residente: "*Lex artis*", extralimitación y falta de diligencia exigible», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 129 ss.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1315 ss.
- PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «Procedimiento y acuerdo de mediación. La formalización del título ejecutivo», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1885 ss.
- PÉREZ VEGA, Ángeles: «Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 167 ss.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Buena fe *ex art.* 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- PONS-ESTEL TUGORES, Catalina: «Novedades legislativas en torno a la eficacia civil del matrimonio religioso en España», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 171 ss.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «El mecanismo de "segunda oportunidad" y el principio constitucional de "seguridad jurídica": primeras reflexiones», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 101 ss.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «Cessió de crèdits litigiosos i protecció del deutor cedit», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Sentencia 15 octubre 2015. Indemnización por daños al derecho al olvido. La responsabilidad por la no exclusión de una hemeroteca digital por los buscadores generales (Caso El País)», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 289 ss.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Compraventa internacional de especias contaminadas con aditivos no permitidos por las autoridades sanitarias europeas», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 141 ss.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «El sistema de remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 65 ss.
- «Opacidades» y «transparencias» en el control (de transparencias e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as)», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 773 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia 18 septiembre 2015. El derecho de adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe. Límite temporal y relación con el enriquecimiento sin causa», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 245 ss.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «La protección del comprador de vivienda: Ley 57/1968 *versus* disposición adicional primera de la LOE», en *RDC*, núm. 3, 2016, pp. 49 ss.
- SOLÉ I FELIÚ, Josep: «La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- SPINDLER, Gerald: «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», en *InDret*, núm. 3, 2016.
- VAQUERO PINGO, María José: «Sentencia 19 noviembre 2015. Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por Afinsa Bienes Tangibles SA y repercusiones en el concurso de acreedores», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 3897 ss.
- VEGA CARDONA, Raúl José: «El cumplimiento forzoso en específico de las obligaciones de hacer y no hacer en Cuba», en *AC*, núm. 1, 2015.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «La interpretación del valor del contenido de las declaraciones publicitarias en la jurisprudencia española y francesa», en *ACM*, núm. 6, 2016, pp. 63 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «*Duty of mitigation*, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables», en *InDret*, núm. 4, 2016.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave», en *RDGP*, núm. 25, 2016, pp. 93 ss.
- ALBA FERRÉ, Esther: «Soluciones a problemas prácticos en las enajenaciones forzosas de bienes embargados e hipotecados», en *AC*, núm. 2, 2015.
- ADÁN DOMENCH, Federico: «La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 13 ss.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Sobre la inclusión de las personas jurídicas en el concepto legal de consumidor de crédito. Consecuencias «en cadena» de

la inaplicabilidad de la normativa protectora de consumidores a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por persona jurídica: Comentario al Auto AP Madrid de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 14494)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 245 ss.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», en *InDret*, núm. 3, 2016.

AVIÑÓ BELENGUER, David: «La tutela inhibitoria de inmisiones a través de la pretensión de cesación y abstención de la acción negatoria», en *AC*, núm. 7, 2015.

— «El abuso del derecho en materia de inmisiones en las relaciones de vecindad industrial», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2429 ss.

— «La tutela jurídico-privada de los particulares frente a ciertas inmisiones excesivas o intolerables», en *RGLJ*, núm. 2, 2016, pp. 231 ss.

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor Sergio: «Luces y sombras de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014», en *AC*, núm. 4, 2015.

BAREA MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «El nuevo expediente de dominio notarial», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 803 ss.

BARREDA, Naiví Chikoc: «Posesión civilísima y *saisine* hereditaria: confusiones, contradicciones y diversidad de funciones en los sistemas español y francés», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 65 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *AC*, núm. 4, 2015.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Enero de 2015», en *AC*, núm. 3, 2015.

— «Pérdida de la condición de comunero por el incumplimiento de su obligación de pago y otorgamiento de poder a una sociedad gestora», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 165 ss.

CABANAS TREJO, Ricardo: «La extensión de la garantía hipotecaria respecto del devengo de intereses en el concurso. La masa como tercero perjudicado», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 43 ss.

CALLEJO CARRIÓN, Soraya y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «El requerimiento de pago en el proceso de ejecución hipotecaria: a propósito de la STS de 13 de marzo de 2014», en *AC*, núm. 2, 2015.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre la subrogación por pago del hipotecante por deuda ajena: Comentario a la Sentencia del TS de 30 diciembre 2015 (RJ 2015, 6437)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 219 ss.

CONDE-PUNPIDO TOURÓN, Cándido: «Novedades legislativas en la lucha contra la piratería», en *AC*, núm. 4, 2015.

DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María: «¿La Ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?», en *AC*, núm. 4, 2015.

- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La inscripción en el Registro de la propiedad de los documentos públicos extranjeros en las nuevas Leyes de Jurisdicción Voluntaria y de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», en *RCDI*, núm. 754, 2016, pp. 737 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1229 ss.
- FERNÁNDEZ CARRASCO, Antonio: «La nueva Ley de Propiedad Intelectual y su repercusión en las entidades de gestión», en *AC*, núm. 4, 2015.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Revocación por justa causa del mandato del Administrador de la Comunidad de Propietarios», en *AC*, núm. 1, 2015.
- «El deber de reembolsar las obras necesarias realizadas por los propietarios en los elementos comunes: requisitos y efectos: Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 2 de febrero de 2016 (RJ 2016, 4999)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 287 ss.
- GARCÍA RUIZ, Encarnación: «Transmisiones de unidades productivas en concurso y créditos hipotecarios», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 139 ss.
- GÓMEZ DÍEZ, Justo José: «Renuncia a la propiedad horizontal y a la multipropiedad (resoluciones de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014)», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2511 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Derechos reales y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 17 ss.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 163 ss.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «La viabilidad del derecho de usufructo sobre la nuda propiedad, a propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2011», en *AC*, núm. 2, 2015.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Derecho hereditario y responsabilidad por deudas de los inmuebles inscritos a favor del causante», en *AC*, núm. 12, 2014.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, Javier: «Tutela judicial del software», en *AC*, núm. 7, 2015.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo: «Posesión, detentación y tenencia. La posesión en el Código Civil de Cataluña», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2549 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y tarifas generales: el nuevo régimen tras la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AC*, núm. 4, 2015.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia 16 diciembre 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia al cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 35 ss.

- MASTROPIETRO, Barbara: «La circulación de los bienes culturales: el modelo italiano», en *RGLJ*, núm. 2, 2016, pp. 317 ss.
- MATE SATUÉ, Loreto Carmen: «¿Qué es el derecho al olvido?», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 187 ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, M.^a del Carmen: «Aspectos registrales de la adjudicación para pago de deudas», en *AC*, núm. 2, 2015.
- MONTOLIO HERNÁNDEZ, José María y MONTOLIO JUÁREZ, Irene: «Enajenación de inmuebles municipales de naturaleza patrimonial y registro de la propiedad: estado de la cuestión», en *RDU*, núm. 50, 2016, pp. 153 ss.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- REQUEIXO SOUTO, Xaime Manuel: «El nuevo art. 14, ap. 1.º, de la Ley Hipotecaria tras las reformas de 2015», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 107 ss.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La copia privada y el canon», en *AC*, núm. 4, 2015.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Sentencia 18 septiembre 2015. El derecho de adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe. Límite temporal y relación con el enriquecimiento sin causa», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 245 ss.
- VENTURA VENTURA, Juan Manuel: «El venidero Derecho europeo de propiedad intelectual: Lo que puede esperar a la vuelta de la esquina y algunos kilómetros más atrás», en *InDret*, núm. 3, 2016.

DERECHO DE FAMILIA

- ALASCIO CARRASCO, Laura: «Sentencia 24 abril 2015. Reclamación de los alimentos abonados por los hijos desde la sentencia de separación y hasta la declaración de la no paternidad», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 93 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes. Al Hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus predecesoras», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 129 ss.
- AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: «La salida de la vivienda familiar y sus consecuencias en el posterior proceso: análisis jurisprudencial», en *RDF*, núm. 72, 2016, pp. 29 ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 157 ss.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «Problemas actuales relacionados con la adopción», en *RDF*, núm. 72, 2016, pp. 49 ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2471 ss.

- GARCÍA ALGUACIL, María José: «¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 27 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El régimen económico matrimonial español: Código civil y regulaciones autonómicas», en *RJNot*, núm. 97-98, 20167, pp. 153 ss.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Si el «señorito» falleció antes de la Constitución de 1978, el «hijo de la criada» no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada): Comentario a la Sentencia del TS de 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 319 ss.
- MARIÑO PARDO, Francisco: «Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales», en *RDF*, núm. 71, 2016, pp. 81 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Sentencia 11 diciembre 2015. La autorregulación de la crisis conyugal en relación con la pensión por desequilibrio y la compensación del art. 1438 CC», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 519 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La Sucesión Nobiliaria y la Filiación», en *RCDI*, núm. 754, 2016, pp. 773 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «El problema de la presencia de elemento extranjero para la inscripción de una escritura de disolución de gananciales, adjudicación de herencia y donación: Comentario a la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 10466/2015 de 29 julio 2015 (RJ 2015, 4446)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 335 ss.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La filiación en caso de gestación heteróloga por error», en *AC*, núm. 7, 2015.
- ORTEGA REINOSO, Gloria: «El análisis del ADN en los procesos civiles de filiación desde una perspectiva constitucional y jurisprudencial», en *AC*, núm. 7, 2015.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)», en *ACM*, núm. 6, 2016, pp. 123 ss.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Sentencia 24 junio 2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 191 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Sentencia 6 marzo 2015. Extinción del precario de vivienda conyugal», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 67 ss.
- «Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad: En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015», en *RDF*, núm. 71, 2016, pp. 349 ss.
- «La comaternidad en el ámbito de la reproducción asistida», en *RDF*, núm. 72, 2016, pp. 293 ss.
- «El parentesco por afinidad y su problemática jurídico-práctica», en *RJNot*, núm.97-98, 20167, pp. 141 ss.

- RUBIO TORRANO, Enrique: «El matrimonio celebrado en forma religiosa en España», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 103 ss.
- «Sobre la sucesión en títulos nobiliarios de hijos no matrimoniales», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 137 ss.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores: «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio», en *RDF*, núm. 71, 2016, pp. 31 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Sentencia 16 enero 2015. Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 47 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La absoluta desprotección del menor desde que se produce la ruptura parental hasta su judicialización», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1917 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon: «Sentencia 23 junio 2015. La preterición y la petición de herencia ¿constituyen pretensiones, finalmente, autónomas o disposición del legitimario?», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 151 ss.
- BARREDA, Naiví Chikoc: «Posesión civilísima y *saisine* hereditaria: confusiones, contradicciones y diversidad de funciones en los sistemas español y francés», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 65 ss.
- DE BARRÓN ARNICHEs, Paloma: «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Algunas cuestiones controvertidas de la revocación presunta de los legados de cosa específica: transformación y enajenación», en *ACM*, núm. 7, 2016, pp. 107 ss.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio: «Los artículos 1057 y 1060 del Código Civil vistos desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 127 ss.
- FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel: «Ejecución de legados en ausencia de herederos y albacea: a propósito de una consulta a la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia de Cuba», en *AC*, núm. 1, 2015.
- «Reducción e inoficiosidad. Apreciaciones desde la intangibilidad cuantitativa de la legítima (A propósito de los veinticinco años del Código Civil Cubano)», en *RJNot*, núm. 97-98, 20167, pp. 171 ss.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Ignacio: «La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 77 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El contenido de la herencia: algunas precisiones sobre los derechos transmisibles mortis causa», en *AC*, núm. 2, 2015.

- HORNERO MÉNDEZ, César: «Si el “señorito” falleció antes de la Constitución de 1978, el «hijo de la criada» no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada): Comentario a la Sentencia del TS de 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 319 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «Derecho hereditario y responsabilidad por deudas de los inmuebles inscritos a favor del causante», en *AC*, núm. 12, 2014.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «(LJV) Aspectos notariales del beneficio de inventario», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 119 ss.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «La exclusión del hijo en la herencia del testador. (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)», en *RCDI*, núm. 756, 2016, pp. 1847 ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia 16 diciembre 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia al cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 35 ss.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Nuevos expedientes sucesorios», en *AAMN*, núm. 477, 2016, pp. 13 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La Sucesión Nobiliaria y la Filiación», en *RCDI*, núm. 754, 2016, pp. 773 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «El problema de la presencia de elemento extranjero para la inscripción de una escritura de disolución de gananciales, adjudicación de herencia y donación: Comentario a la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 10466/2015 de 29 julio 2015 (RJ 2015, 4446)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 335 ss.
- QUESADA PAÉZ, Abigail: «Comentarios al Reglamento Europeo de Sucesiones», en *AC*, núm. 2, 2015.
- RIPOLL SOLER, Antonio: «La *professio iuris*: pieza angular del sistema sucesorio europeo», en *RDC*, núm. 2, 2016, pp. 23 ss.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «Sobre la sucesión en títulos nobiliarios de hijos no matrimoniales», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 137 ss.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «El artículo 754 del Código Civil y la incapacidad para suceder del notario que autoriza el testamento», en *RJNot*, núm.97-98, 2016, pp. 254 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique y VIGUERA REVUELTA, Rodrigo: «Limitación de la protección de denominación de origen frente a marca fonéticamente semejante: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2016, de 1 de marzo (RJ 2016, 723)», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 437 ss.

- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «Sentencia 17 diciembre 2015. Contrato de abanderamiento y derecho de la competencia», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 539 ss.
- GONZÁLEZ-GALLARZA GRANIZO, Rafael: «Recuperación y resolución de entidades de crédito: un marco propio y diferente para la insolvencia de los bancos», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 113 ss.
- JARNE MUÑOZ, Pablo: «Aproximación a la problemática de los objetivos comerciales en los contratos de concesión mercantil», en *RDCD*, núm. 18, 2016.
- MIRANDA SERRANO, Luis María y SERRANO CAÑAS, José Manuel: «Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales: Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo», en *RDCD*, núm. 18, 2016.
- NARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «La posible configuración de las actividades de comercio paralelo como actos desleales de confusión o de engaño en el marco de la distribución selectiva», en *RDCD*, núm. 18, 2016.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «La publicidad ilícita por utilizar a la mujer como un objeto», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 175 ss.
- «La publicidad televisiva y radiofónica de bebidas alcohólicas», en *RDP*, núm. 9-10, 2016, pp. 19 ss.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «La flexibilización de la culpa en precios excesivos», en *RDCD*, núm. 18, 2016.
- SALGADO ANDRÉ, Elena: «Las prácticas promocionales engañosas relativas a la oferta de premios», en *RDCD*, núm. 18, 2016.
- TATO PLAZA, Anxo: «La protección de los resultados de los ensayos clínicos y preclínicos», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 37 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: «El interés social y los deberes de lealtad de los administradores», en *AFDUAM*, núm. 20, 2016, pp. 213 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «El derecho del accionista a la información», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 13 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «El cierre en falso del concurso: la liquidación societaria como solución consecutiva al concurso», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 59 ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 301 ss.
- GADEA SOLER, Enrique: «Configuración general de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas: referencia a los aspectos del órgano de administración que necesitan una urgente reforma», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1283 ss.

- GÁLLEGO LANAU, María: «El conflicto de intereses en la cesión global de activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente», en *RDS*, núm. 46, 2016, pp. 193 ss.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las *loyalty shares* introducidas por el *decreto-legge*, núm. 91, de 24 de junio», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 173 ss.
- «Acciones de voto plural y *loyalty shares*. Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la reciente introducción del voto privilegiado en Italia», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 61 ss.
- GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José: «Límites y oportunidades de la responsabilidad social corporativa», en *AFDUAM*, núm. 20, 2016, pp. 253 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «A vueltas con el 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital», en *RJNot*, núm.97-98, 20167, pp. 253 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social», en *RDS*, núm. 46, 2016, pp. 131 ss.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Sentencia 2 junio 2015. La impugnación de los acuerdos negativos de la Junta General de la Sociedad Anónima. Rechazo de la propuesta de ejercer acciones contra los administradores», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 131 ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «El gobierno corporativo de las empresas públicas», en *RDS*, núm. 46, 2016, pp. 25 ss.
- LLEONART CASTRO, Jesús: «Comentarios a la resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 2015 sobre la revocación del poder otorgado por dos administradores mancomunados», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 325 ss.
- LLORENTE GONZALVO, Miguel: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 10 de julio de 2015. Análisis del artículo 160 de TRDLEG /2010, de la Ley de Sociedades de capital, tras la Reforma por la Ley 31/2014: autorización de la Junta General para la transmisión de activos esenciales», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 185 ss.
- MARTÍNEZ-CORTÉS JIMENO, Jesús: «El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 39 ss.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «La competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de activos esenciales», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 13 ss.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «La comisión de auditoría de las sociedades cotizadas tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo y la nueva Ley de auditoría: ¿avanzando hacia un verdadero órgano de control?», en *RDS*, núm. 46, 2016, pp. 167 ss.
- ORTIZ DEL VALLE, M.^a del Carmen: «Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 143 ss.

- PANIZA FULLANA, Antonia: «Oferta pública de suscripción de acciones y error en el consentimiento: causas y consecuencias», en *ACM*, núm. 6, 2016, pp. 111 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016», en *ACM*, núm. 5, 2016, pp. 167 ss.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «La comisión de auditoría de las sociedades cotizadas tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo y la nueva Ley de auditoría: ¿avanzando hacia un verdadero órgano de control? », en *RDS*, núm. 46, 2016, pp. 167 ss.
- SURROCA, Jordi: «Estudios empíricos sobre la RSC: aspectos positivos y negativos de la RSC», en *AFDUAM*, núm. 20, 2016, pp. 237 ss.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca: «El contenido del acuerdo de la junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 65, 2016, pp. 119 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 93 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «La nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos o ilegales en el contrato de préstamo», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 115 ss.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «Sentencia 17 diciembre 2015. Contrato de abanderamiento y derecho de la competencia», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 539 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia 9 diciembre 2015. Consecuencias del impago de los diferentes plazos de primas anuales a los efectos de la cobertura del seguro y en lo referido a la posibilidad de la reclamación del pago cuyo plazo es de prescripción», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 475 ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «La pérdida de la limitación de responsabilidad del transportista: la existencia de dolo o culpa grave. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de julio de 2015», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 321 ss.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El acuerdo extrajudicial de pagos: una opción a disposición de pymes y consumidores», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 125 ss.
- FERRANTE, Alfredo: «Sentencia 23 noviembre 2015. Contrato de seguro de accidente, muerte e intencionalidad del asegurado», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 415 ss.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Límites a propósito de la autorregulación del comercio electrónico: una aproximación desde el derecho comparado», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 73 ss.
- «ADR y ODR en el comercio electrónico: un análisis desde la incidencia de la autorregulación», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 29 ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «El incumplimiento del pacto de cesión fiduciaria de marca en el ámbito de un contrato de master franquicia: reflexiones sobre la ineficacia del derecho de marcas en caso de cesión a terceros y de retención tras la extinción del contrato», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 197 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia 3 de diciembre 2015. Contratación telefónica de productos financieros y confirmación escrita», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 427 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización», en *RdPat*, núm. 40, 2016, pp. 27 ss.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «La protección de los consumidores en relación a los pagos adicionales y el uso de las tarjetas de pago. Especial referencia al transporte aéreo», en *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 155 ss.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1315 ss.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», en *InDret*, núm. 4, 2016.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Opacidades» y «transparencias» en el control (de transparencias e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as)», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 773 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 93 ss.
- ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizados con fianza», en *RCDI*, núm. 754, 2016, pp. 709 ss. (1.^a parte); y núm. 755, 2016, pp. 1181 ss. (2.^a parte).
- BLANCH NOUGUÉS, Juan Manuel: «Tratado de los quebrados o fallidos», en *ADCon*, núm. 38, 2016, pp. 149 ss.

- CABANAS TREJO, Ricardo: «La extensión de la garantía hipotecaria respecto del devengo de intereses en el concurso. La masa como tercero perjudicado», en *CDC*, núm. 64, 2015, pp. 43 ss.
- «El cierre en falso del concurso: la liquidación societaria como solución consecutiva al concurso», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 59 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «La extensión del deber de aplicación de oficio del derecho de consumo de origen comunitario al juez concursal. Comentario a la STJUE (Sala Tercera) de 21 de abril de 2016», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 177 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 33 ss.
- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «El acuerdo extrajudicial de pagos: una opción a disposición de pymes y consumidores», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 125 ss.
- FLORES SEGURA, Marta: «La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores», en *ADCon*, núm. 38, 2016, pp. 11 ss.
- GARCÍA RUIZ, Encarnación: «Transmisiones de unidades productivas en concurso y créditos hipotecarios», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 139 ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Derechos reales y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 17 ss.
- GONZÁLEZ-GALLARZA GRANIZO, Rafael: «Recuperación y resolución de entidades de crédito: un marco propio y diferente para la insolvencia de los bancos», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 113 ss.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 163 ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Aumento de capital por compensación de créditos (*debt-equity-swap*), derecho de información y soluciones concursales», en *ADCon*, núm. 38, 2016, pp. 105 ss.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Concurso y ley de ordenación de seguros», en *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 151 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Las acciones de responsabilidad de los administradores en el ámbito internacional: ¿Societarias o concursales?», en *ADCon*, núm. 38, 2016, pp. 67 ss.
- VAQUERO PINGO, María José: «Sentencia 19 noviembre 2015. Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por Afinsa Bienes Tangibles SA y repercusiones en el concurso de acreedores», en *CCJC*, núm. 101, 2016, pp. 3897 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- BASSOLS COMA, Martín: «Sobre los orígenes y evolución del derecho ambiental», en *RDA*, núm. 32, 2015, pp. 27 ss.
- GARCÍA URETA, Agustín María: «Contaminación «huérfana» y principio «quien contamina paga»: consideraciones sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RDA*, núm. 32, 2015, pp. 107 ss.
- JUSTE RUIZ, José: «Los recursos de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional como patrimonio común de la humanidad», en *RDA*, núm. 33, 2016, pp. 25 ss.
- MULÀ ARRIBAS, Anna: «La protección de los animales en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)», en *RDA*, núm. 34, 2016, pp. 135 ss.
- NÚÑEZ LOZANO, M.^a del Carmen: «El régimen jurídico de los suelos contaminados por actividades industriales, comerciales y de servicios en Andalucía», en *RDA*, núm. 33, 2016, pp. 65 ss.
- SORO MATEO, Blanca: «Análisis interdisciplinar sobre el destino de miembros amputados y restos abortivos: ¿residuos sanitarios o restos de entidad?», en *RDA*, núm. 33, 2016, pp. 249 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: «El procedimiento de evaluación ambiental estratégica en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDA*, núm. 34, 2016, pp. 101 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALCOCEBA GALLEGO, M.^a Amparo: «La nueva naturaleza de la (des)Unión Europea: flexibilidad y crisis de integración», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 47 ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: «Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 109 ss.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: «Arbitraje internacional de inversiones y «Derecho a regular» de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 13 ss.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y el reforzamiento de la cuestión pre-judicial): la Sentencia Ferreira da Silva», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 83 ss.

- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José: «El plazo extraordinario de la oposición fundada en cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 143 ss.
- MANCANO, Leandro y MARTINICO, Giuseppe: «An Italian tale of two Courts. Judgment 49/2015 of the Italian Constitutional Court and its relationship with Strasbourg», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 199 ss.
- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos Javier: «El juez nacional de medidas cautelares y la tutela del orden público y del interés público de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 54, 2016, pp. 473 ss.
- VON BOGDANDY, Armin: «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», en *RDCE*, núm. 54, 2016, pp. 441 ss.

DERECHO PROCESAL

- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El ofrecimiento de pago y consignación, en la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria», en *RCDI*, núm. 757, 2016, pp. 2601 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria», en *RCDI*, núm. 755, 2016, pp. 1337 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: «Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación judicial internacional en materia civil», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 665 ss.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José: «El plazo extraordinario de la oposición fundada en cláusulas abusivas: reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015», en *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 143 ss.
- MORENO BLESA, Lidia: «Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas (1)», en *AC*, núm. 1, 2015.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La conciliación», en *AAMN*, núm. 56, 2016, pp. 559 ss.
- SANCHO LÓPEZ, Marina: «Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y del nuevo marco legal», en *RDNT*, núm. 41, 2016, pp. 135 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal

ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Diario La Ley
InDret www.indret.com
La Ley Derecho de Familia
La Ley Mercantil
La Ley Unión Europea

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Isué VARGAS BRAND** (Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derecho al honor. Inclusión de datos personales en un registro de morosos. Día inicial del cómputo del plazo de la acción de protección del derecho al honor.–El plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor por la inclusión indebida en un registro de morosos se inicia desde que los datos dejan de estar incluidos en el fichero (STS 29 de

enero de 2014), o, más exactamente, desde que el afectado supo que sus datos habían dejado de estar incluidos en el fichero (STS de 4 de junio de 2014), pues los daños producidos por la inclusión indebida en un registro de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor del afectado hasta que no se produce la baja del demandante en el citado registro, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública.

Acción de protección del derecho al honor. Plazo de caducidad.—Esta Sala ha declarado (SSTS de 25 de febrero de 2013 y 29 de enero de 2014, y las que en ella se citan) que el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos ni por la incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos.

Derecho al honor y reclamaciones judiciales o extrajudiciales de supuestas deudas. Para apreciar si se ha vulnerado el derecho al honor ha de valorarse las circunstancias a fin de determinar si se trata de la reclamación de una deuda aparentemente existente o si se incurre en una actuación vejatoria o denigrante.—En principio, afirmar tener un derecho de crédito frente a otra persona, y ejercitar las acciones que se derivan de tal afirmación, no puede considerarse en sí mismo una vulneración del honor del considerado deudor, aunque finalmente las reclamaciones no prosperen porque el órgano judicial desestime la reclamación, o porque el que afirmaba ser acreedor desista de continuar su reclamación. Una consideración diferente llevaría al absurdo de considerar vulnerado el derecho al honor de cada demandado que resulta absuelto de la reclamación que se formula contra él. Excepcionalmente, ciertas conductas significativamente agresivas, coactivas, ofensivas o persistentes, en las que se formulan insistentes reclamaciones de pago de un crédito contra quien razonablemente no puede ser considerado como deudor, o se le trata de un modo coactivo, vejatorio o desconsiderado (como era el caso de la STS de 2 de abril de 2001), pueden tener una potencialidad vulneradora del derecho al honor por el carácter degradante del trato sufrido por el considerado como moroso, por la valoración social negativa de las personas que son tratadas como morosas y porque la imputación de ser «moroso» lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación, y pueden llegar a suponer un trato vejatorio o incluso coactivo para con el supuesto deudor. Para valorar si se ha producido una vulneración del derecho al honor han de examinarse las concretas circunstancias concurrentes a fin de apreciar si fue razonable que las demandadas consideraran que el demandante era su deudor, y si el trato al que se sometió al supuesto deudor no fue degradante o vejatorio. (STS de 16 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El demandante fundamenta la vulneración de su derecho al honor en dos conductas: a) la inclusión indebida de su nombre en un registro de morosos y b) la trasmisión de los supuestos créditos a terceros que a su vez habían encargado la gestión del

cobro de las deudas a otras empresas, las cuales le habían reclamado reiteradamente su pago. Se da la circunstancia de que las deudas, que originaron las conductas denunciadas, no habían sido contraídas por el demandante sino por una antigua novia que se prevaleció de su relación personal con él para solicitar una serie de servicios cuyo gasto cargaba en las cuentas del demandante. Por estos hechos la exnovia fue condenada por un delito de estafa. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por caducidad de la acción de protección del derecho al honor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación respecto a la sentencia de la Audiencia que consideró caducada la acción, pero desestima la demanda en cuanto que considera que las actuaciones de los demandados no pueden ser consideradas vulneradoras del derecho al honor. (C. O. M.)

2. Derecho al honor. Colisión con otros derechos: derecho a la creación y producción literaria y artística. Ponderación de los derechos en conflicto. Ausencia del canon de veracidad en la obra literaria o artística.—La intromisión en el derecho al honor se produciría por la producción y emisión de una película. Una obra audiovisual es una obra protegida por la propiedad intelectual y su producción y difusión estaría amparada por el derecho a la producción y creación literaria y artística del artículo 20.1.b) CE., que en nuestro ordenamiento jurídico está configurado como un derecho autónomo e independiente de la libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE]. Mediante este derecho se protege la libertad del propio proceso creativo, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa y protegiéndolo de toda interferencia ilegítima procedente de los poderes públicos o de los particulares (STC de 14 de abril de 2008). Si bien, las obras audiovisuales o literarias basadas en hechos reales, y en las que puede reconocerse a personas también reales en sus personajes, presentan una especial problemática pues en ellas no puede negarse la potencialidad ofensiva para el honor de determinadas personas, amén de que concurren rasgos propios de las libertades de expresión e información, siendo exigible los requisitos de legitimidad en su ejercicio exigidos habitualmente en estas libertades. Cuando los hechos y las personas a las que se refiere la novela o la película son fácilmente reconocibles por los lectores o espectadores, no hay duda de que se produce una fuerte vinculación entre la libertad de información (cuyo objeto es la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente) y la libertad de creación artística (que ampara la desconexión con la realidad e incluso su transformación). Esta segunda está excusada del canon de veracidad y, además, le está permitido el uso de licencias creativas con el fin de hacer la obra más interesante y atraer la atención del espectador.

Derecho al honor. No se produce intromisión ilegítima cuando la obra, pese al empleo de ciertas licencias creativas, tiene una clara voluntad de reflejar los hechos de una manera fidedigna aunque con matices.—La ponderación de los derechos en conflicto muestra que no ha existido la alegada intromisión, ya que pese a la potencialidad ofensiva de la película, los hechos en ella expuestos son veraces, las escenas en las que se vierten sospechas difusas sobre los hijos de los asesinados forman parte de una sospecha más general que se cierne sobre todas las personas relacionadas con las víctimas y puede entenderse como un aceptable empleo de una licencia

creativa tendente a crear cierta tensión y captar el interés del espectador. Asimismo, se toma en cuenta la emisión previa de un documental en el que se reproducen las declaraciones realizadas a los medios de comunicación por las personas relacionadas con los hechos y, entre ellas, las del demandante refutando las acusaciones. De manera que no existió intromisión ilegítima en el derecho al honor, ya que los hechos expuestos eran veraces y las licencias creativas empleadas estaban justificadas y no llegaron a tergiversar los hechos acaecidos ni a acusar al demandante de haber tomado parte en el crimen de sus padres. (**STS de 29 de julio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En 1980 se produjo el asesinato de un matrimonio perteneciente a la aristocracia española. Como resultado del mismo fueron condenados como autor el yerno de estos y, posteriormente, otra persona como encubridora. Casi treinta años después, en 2009, RTVE emitió dentro de la serie «La huella del crimen», un capítulo titulado «El crimen de los Marqueses de U.», precedido de un documental sobre los hechos en el que se explicaron los pormenores del caso tal como resultaban de las declaraciones realizadas a los medios de comunicación por las personas relacionadas con el caso. Se explicaba en el documental que el condenado había cambiado su declaración para incriminar a los hijos del matrimonio asesinado. También aparecían imágenes de declaraciones públicas de dichos hijos negando los hechos imputados. El capítulo en cuestión escenificó de manera dramatizada dichos acontecimientos, incluidas aquellas imputaciones, aunque finalizando luego con la condena del principal sospechoso. El hijo menor del matrimonio asesinado demandó a RTVE y a la productora PCPC, S. A. al considerar que la emisión de dicho capítulo se había hecho de modo que suponía una intromisión ilegítima en el honor del demandante al presentársele como el autor intelectual o inductor y colaborador necesario en el asesinato de sus padres. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

3. La libertad de expresión.—El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Según el Tribunal Supremo, cuando en un mismo texto concurren elementos informativos y valorativos y no es posible separarlos, ha de atenderse al elemento preponderante.

Ataques al prestigio profesional.—El Tribunal Supremo comienza señalando que no toda crítica sobre la actividad laboral profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. El ataque debe revestir un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una lesión del derecho fundamental. La protección del artículo 18.1 CE sólo impide aquellas críticas que constituyan en el fondo una descalificación personal al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o

su ética en el desempeño de aquella actividad, lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido. No obstante, en la delimitación del honor, se ha de tener en cuenta el propio comportamiento de la persona.

El derecho al honor de personas jurídicas.—Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación también lo ostentan las personas jurídicas. Mediante los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad. La persona jurídica puede ver así lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a ella cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En tal caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia de daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que tal intromisión no es legítima. A pesar de todo, el Tribunal Supremo considera que la intromisión respecto de personas jurídicas no se puede valorar con los mismos parámetros que si fueran personas físicas. No debe atenderse al aspecto interno o personal de la persona jurídica, sino al externo, a la consideración pública, que no cabe identificar simplemente con la reputación empresarial, comercial, o, en general, del mero prestigio con que se desarrolla la actividad.

Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.—A la hora de valorar cuál prevalece, hay que tener en cuenta que la libertad de expresión garantiza un interés constitucional relevante, como es la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, y que alcanza un máximo nivel cuando la libertad de expresión es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública, que es la prensa. Deberán tomarse en cuenta dos parámetros: 1) si las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos tenían interés general; 2) si en su difusión no se utilizaron términos o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, innecesarias para lograr transmitir aquella finalidad crítica.

Por lo que respecta al interés general, la jurisprudencia ha considerado existente dicho interés en el marco de informaciones y opiniones objetivamente susceptibles de lesionar el honor de asociaciones de consumidores. Y se ha llegado a indicar que debe prevalecer el derecho de información y de expresión en estos casos, no sólo por el amplio colectivo al que va dirigida, los consumidores y usuarios, sino también por la materia a la que se refiere, la protección y defensa de éstos.

En cuanto al segundo presupuesto, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor. Señala el Tribunal Supremo que, a la hora de apreciar dicho matiz, se ha de prescindir del análisis separado de cada término o de su mero significado gramatical para, en cambio, optar por su contextualización. La jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la opinión que se pretende comunicar o con la situación política o

social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible.

Finalmente, hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de ésta son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública. (**STS de 16 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Se produce un enfrentamiento entre dos asociaciones de consumidores (AD y AU). La demandada publicó diversos artículos en varios números de una revista entre los años 2007 a 2010. Del conjunto de todos los artículos resulta fundamentalmente una crítica a la actuación de AD y su presidente en el asunto de las filatélicas, al asumir la defensa de los intereses de la mayoría de los afectados, poniendo de manifiesto su incoherente y perjudicial comportamiento procesal, a la obtención de beneficios en forma de subvenciones a cambio de exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado y, en el caso de su presidente, a la defensa de sus propios intereses por encima de los de los consumidores y usuarios. AD apuntó que dichos artículos formaban parte de una campaña de descrédito de los demandados hacia AD y su presidente, iniciada hace años y que sólo obedecía a intereses particulares de AU y al hecho de ostentar AD un liderazgo en el sector del consumo financiero con competencia directa con la demandada. Ésta se opuso a la demanda señalando que los artículos, además de referirse a hechos veraces sobre la actuación de AD en los procedimientos judiciales sobre *Forum* y su financiación, afectaban a asuntos de interés general, sin que en su comunicación se hubieran empleado términos o expresiones insultantes o atentatorias contra el honor.

El Juez de Primera Instancia situó el conflicto en el ámbito del derecho al honor y de las libertades de expresión e información, puesto que los artículos litigiosos contenían tanto hechos noticiosos como meras opiniones no afectadas por el requisito de la veracidad. Desestimó la demanda por los siguientes motivos: a) las informaciones y los juicios de valor divulgados venían referidos a asuntos de relevancia pública e interés general; b) la proyección pública de los demandantes, al tratarse de una asociación de consumidores con implantación nacional y de la persona de su presidente; c) las palabras o frases empleadas no tenían carácter injurioso, insultante o desproporcionado; d) en cuanto a las informaciones, eran veraces las relativas a la actuación de AD en los procedimientos judiciales de *Forum* y las relativas a la obtención de subvenciones públicas por dicha asociación. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de apelación.

En casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso, compartiendo la decisión de la sentencia recurrida, al entender que lo que predomina en los textos enjuiciados es la expresión de una opinión crítica, por más que su exteriorización necesite apoyarse en la narración de hechos. Más que la difusión de un hecho noticioso, la razón última de los artículos en cuestión vino constituida por la exposición de una valoración crítica del comportamiento de los

demandantes. Además, el Alto Tribunal mantiene la misma ponderación de derechos que realizaron la Audiencia Provincial y el Juez de Primera Instancia, realizando una valoración conjunta y no aislada de las expresiones utilizadas –aunque alguna de ellas, tomada aisladamente, pudiera resultar efectivamente ofensiva–. Entiende que deben aplicarse en atención al contexto y las circunstancias subjetivas y objetivas de la cuestión, las cuales justifican un aumento del grado de tolerancia exigible, debiendo prevalecer el derecho de crítica. En este caso, una entidad, constituida para defender los intereses de todos los ciudadanos como potenciales consumidores y usuarios, y su presidente deben soportar la fiscalización de su actuación en todos los ámbitos que le son propios.

NOTA.–Sobre la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, *vid.* SSTC 104/1986 y 139/2007 y SSTS de 26 de febrero de 2014, 24 de marzo de 2014, 6 de octubre de 2014, 15 de octubre de 2014, 31 de octubre de 2014 y 16 de octubre de 2012, entre las más recientes. En relación a los criterios para ponderar el derecho al honor y la libertad de expresión, *vid.* SSTS de 12 de septiembre de 2012, 2 de octubre de 2014, 20 de octubre de 2014 y 31 de octubre de 2014. Respecto al derecho al honor de personas jurídicas, *vid.* SSTC 214/1991, 223/1992, 76/1995 y 139/1995 y SSTS de 15 de abril de 1992, 19 de julio de 1996, 27 de julio de 1998, 3 de enero de 2014 y 1 de julio de 2014. Sobre la prevalencia de la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor, *vid.* SSTS de 16 de octubre de 2012, 2 de diciembre de 2013, 1 de julio de 2014 y 30 de septiembre de 2014. El Tribunal Supremo ya había resuelto previamente otros conflictos entre las mismas partes también por supuestas vulneraciones del derecho al honor. Así, cabe citar las SSTS de 2 de diciembre de 2013, 16 de octubre de 2012 y 11 de febrero de 2009. (*S. L. M.*)

4. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima: publicación no consentida de la imagen de un menor en un medio de difusión cultural gratuito.–La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines (STS 19 de noviembre de 2008), lo que no es del caso, y el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo de 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008). La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que, siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes

legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre de 2013; 27 de enero de 2014, entre otras). En definitiva, es la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención. **(STS de 30 de junio de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La representante legal del menor demanda por la publicación de la imagen de su hijo en una revista de difusión cultural gratuita. La imagen, tomada en una muestra de cetrería, consiste en la representación del menor en brazos de su tía en una zona próxima a un ave rapaz y tratando de acariciarla. Se da la circunstancia de que la fotografía fue tomada por el tío del menor que era director de exposiciones de la entidad que organizó el evento de cetrería. La publicación carecía de fines publicitarios y estaba dirigida a dar información cultural al público infantil y familiar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que había habido consentimiento para su difusión y que la revista no tenía fines publicitarios sino informativos. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (C. O. M.)

5. Protección de menores extranjeros no acompañados: prueba de la edad: doctrina legal.—Esta Sala en sus sentencias de Pleno de 23 y 24 septiembre de 2014 se ha pronunciado sobre la cuestión aquí planteada, fijando la siguiente doctrina:

Al inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

Esta doctrina ha sido posteriormente aplicada por dos sentencias de 16 de enero de 2015 (rec. núm. 1406/2013 y núm. 21/2014) con el mismo resultado de estimar los recursos interpuestos y reconocer que el demandante en cada caso debió ser considerado menor y, por tanto, debió haber quedado bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Menor provisto de pasaporte: no está indocumentado.—De la jurisprudencia invocada resulta, en síntesis, que el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 2/2009, de 11 diciembre, y los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería deben ser interpretados en el sentido de que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de

determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Para la Sala *se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.*

Criterio para utilizar pruebas de edad invasivas.—En cualquier caso, también declara esta jurisprudencia, *que ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo. La emigración provoca por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondiente.*

Protección del superior interés del menor.—Para la Sala, *un menor no acompañado, como expresa la Resolución del Parlamento europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la UE en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas.* La misma Resolución deplora, además, el carácter inadecuado e invasivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden traumatizar al sometido a ellas, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificada, especialmente en el caso de las niñas.

Menor ghanés provisto de pasaporte que prueba su minoría de edad: estimación del recurso.—El recurso debe ser estimado, pues como en el caso de la STS de 16 de enero de 2015, el demandante-recurrente cuando compareció ante la policía, disponía de un pasaporte, expedido con objeto de posibilitarle que pudiera viajar documentado al extranjero, tratándose de documento oficial que, además de acreditar su identidad, también establecía la fecha de su nacimiento. El dato de la fecha de nacimiento acreditaba la minoría de edad del demandante, tanto en la fecha en que se personó voluntariamente en dependencias policiales – 17 de febrero de 2011– y se acordó su protección, como en la fecha en que se dictó la resolución administrativa impugnada dejando sin efecto la protección – 3 de marzo de 2011–. La fecha en que cumplía la mayoría según el pasaporte no ha sido controvertida. La segunda de las sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo en esta materia, de 24 de septiembre de 2014 declara que el pasaporte «hace prueba

plena de la fecha de su nacimiento», lo que impone a la Administración la carga de probar que el dato no es cierto, por ejemplo, cotejándolo con el certificado de nacimiento, lo que no ha sido el caso. Por tanto, en atención a la doctrina expuesta, no puede aceptarse que el recurrente fuese un extranjero indocumentado cuya minoría pudiera ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, y menos aún cuando las pruebas a que fue sometido dieron como resultado una edad mínima de 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad que esta no podía quedar descartada. En consecuencia, el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. Asumiendo la instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda en el sentido de declarar que cuando se dictó la resolución ahora impugnada (3 de marzo de 2011) el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados (**STS de 3 de julio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Doctrina que viene aplicándose ininterrumpidamente desde las dos sentencias dictadas por el Pleno de la Sala 1.^a Tribunal Supremo en 2014. Debe añadirse, a las citadas en la extractada, la STS de 23 de mayo de 2015, en un caso en el que el refugiado —también ghanés— solicitó inicialmente que se declarase su situación de desamparo y subsiguiente adopción, y ante su archivo demandó en juicio verbal a la Entidad Administrativa, y presentó en el Juzgado Primera Instancia una certificación de nacimiento expedida en su país cuya validez confirmó su embajada en Madrid, expidiéndole pasaporte. En la sentencia extractada se reitera la doctrina jurisprudencial que puede considerarse ya plenamente consolidada, y que resulta adecuada en las actuales circunstancias internacionales. (*G. G. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratación de productos financieros complejos. Aplicación del TRLGDCU. Necesidad de actuación en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional.—De acuerdo con el artículo 3 TRLGDCU, la protección que dicha Ley dispensa a quien ostenta el estatuto de consumidor exige que la persona actúe en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, sin que baste la condición de persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de dicha norma. En el caso, al haberse vinculado la solicitud del préstamo hipotecario multidivisa a las actividades de promoción inmobiliaria del actor, no procede entender que tenga la condición de consumidor y, por ende, impide la aplicación de las reglas del mencionado TRLGDCU.

Hipoteca multidivisa. Normativa aplicable a efectos de determinar el contenido de la obligación de información de la entidad prestataria.—No es una cuestión pacífica la determinación de las reglas jurídicas aplicables a este tipo de operaciones para establecer el contenido de la obligación de información de la entidad prestataria. La Sala considera que la «hipoteca multidivisa», en tanto que préstamo, es un producto financiero. Se trata, además, de un producto financiero derivado toda vez que la cuantificación de la

obligación de una de las partes se hace depender de la cuantía que alcance otro valor distinto (activo subyacente), que en este caso es una divisa extranjera. Como instrumento financiero derivado está incluido en la Ley del Mercado de Valores (art. 2.2 LMV) con la categoría de instrumento financiero complejo (art. 79 bis 8 LMV). Por tal motivo, la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada LMV en la redacción vigente tras la reforma introducida por la Ley 47/2007 que traspuso la Directiva 2004/39/CE MiFID.

Contratos sobre productos financieros complejos. Deber general de información. Consecuencias de su incumplimiento.—Los deberes de información responden al principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate, como una consecuencia directa del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe *ex* artículo 7 CC. Este deber genérico conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información se le ha de proporcionar en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad y, en función de esto, suministrar al cliente la información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS de 20 enero de 2014). El incumplimiento de este deber genera unas consecuencias que es preciso delimitar. De acuerdo con la doctrina en esta materia (STJUE de 30 mayo de 2013 y STS 15 de diciembre de 2014), la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el caso de incumplimiento de los deberes de información, sino otro efecto distinto, de naturaleza administrativa, consistente en calificar esta conducta como una infracción muy grave y la apertura del correspondiente expediente sancionador por la CNMV (art. 97 LMV), de manera que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

Influencia de la omisión de información en la conformación de un juicio equivocado que provoca un error vicio. No se da cuando el cliente, pese a ser minorista, presenta un perfil experimentado y con conocimientos sobre los riesgos que asume en la operación.—Viene siendo doctrina reiterada de la Sala (SSTS de 20 enero 2013 y de 15 diciembre 2014), que el incumplimiento de los deberes de información por sí mismo no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Sin embargo, ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio del consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la condición de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (STS de 23 de abril de 2015). Lo relevante, pues, para decidir si ha existido error vicio no es si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es

por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas y no ganancias. (**STS de 30 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En 2008, D. J y Dña. Z, matrimonio en el que el primero actuaba en representación de la segunda con poder para ello, suscribieron con la entidad bancaria K., S. A. un producto financiero complejo del tipo préstamo «multidivisa» con hipoteca conocido en el mercado como «hipoteca multidivisa», consistente en un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, utilizándose comúnmente el Libor o similares. A la ventaja para el prestatario de utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de intereses son más bajos que los de la zona euro, así como la posibilidad que tiene de cambiar la moneda si la elegida altera su relación con el euro en perjuicio del cliente, se opone el mayor riesgo que se asume en estas operaciones derivado de las posibles fluctuaciones de la moneda, pues el tipo de cambio se usa también para determinar el importe en euros del capital pendiente de amortización, por lo que la fluctuación de la moneda impone un recálculo constante del importe del capital prestado, de suerte que con el tiempo, si la moneda se ha apreciado respecto del euro, no solo deban abonarse cuotas de mayor importe, sino que además el prestatario puede adeudar al prestamista un capital mayor en euros que el que le fue entregado al concertar la operación. En 2012 D. J y Dña. Z interpusieron demanda para que se declarase la nulidad o anulabilidad del préstamo y se fijase su cuantía en un importe menor del adeudado así como que se declarasen abusivas ciertas cláusulas del contrato, basándose para ello en la ausencia de información suficiente para hacerse una cabal representación del significado y consecuencias de la operación acometida. La entidad bancaria se allanó en cuanto a la declaración de abusivas de ciertas cláusulas pero se opuso a la pretendida anulación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid la revocó al considerar que, aunque el incumplimiento de la normativa administrativa sobre el deber de información tiene trascendencia para determinar si el cliente era consciente de las obligaciones y riesgos que asumía, no podía por sí solo determinar la anulación del contrato por error, sino que era necesario atender a la preparación financiera, nivel de formación y experiencia del mismo, que en el caso de autos reflejaban un perfil de persona conocedora y experta en este tipo de negocios, de manera que consideró que no había concurrido un error excusable que viciara el consentimiento prestado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los actores.

NOTA.—La LMV empleada para la resolución del conflicto sometido al Alto Tribunal ha sido derogada por la entrada en vigor

del RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. En consecuencia, las alusiones al deber de diligencia y transparencia (art. 79) y al deber de información (art. 79 bis) deben entenderse hechas en la actualidad a los arts. 208 y 209 del TR-LMV de 2015. Por su parte, la calificación de estos incumplimientos como infracción muy grave (art. 99.2.z bis) se corresponde con el actual artículo 284 TR-LMV, sin que parezca que la nueva normativa, al igual que sucedía con la ahora derogada, ligue al incumplimiento de estos deberes otras consecuencias distintas de la sanción administrativa.

De otra parte, el litigio en cuestión vuelve a presentar un problema que, con la pervivencia de la crisis económica, parece perpetuarse. Este es, el derivado de la contratación de productos financieros complejos y sumamente volátiles en los que a las posibilidades de rápidas y altas ganancias se les opone el acusado riesgo de sufrir pérdidas cuantiosas. De manera que se pone énfasis por los tribunales en que el sujeto tenga un pleno conocimiento de la verdadera entidad del riesgo que asume al acometer estas operaciones. El fundamento de la protección dispensada al cliente no se debe tanto al hecho de que sea la parte débil del contrato como a que le son transferidos los riesgos derivados de los instrumentos financieros. Por ello, la información sobre éstos y la advertencia sobre los eventuales conflictos de interés constituyen un elemento esencial de la conformación de la voluntad, cuya ausencia, falta de corrección o exhaustividad podrá comportar para la entidad la obligación de resarcir el daño sufrido por el cliente (Así, FERRANDO VILLALBA, M. L. «Extensión y límites del deber de informar al inversor en MIFID II: conflictos de interés y asesoramiento financiero». RDMV, n.º 13 (2013), p. 101 y ss.). Sin embargo, en ocasiones se ha llamado la atención sobre el carácter no determinante de la asimetría en la información con la que cuentan proveedor y cliente, sino que aun teniendo la información suficiente y adecuada, el sujeto no es capaz de hacer un uso racional de la misma. Así, se alude a la «ilusión de entender» [NAVAS NAVARRO, S. «Cláusulas sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia». CESCO-DC, núm. 14 (2015), p. 158], o se habla también de «racionalidad imperfecta», por la cual los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman y, en consecuencia, tienden paralelamente a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos [v. DE LA MAZA GAZMURI, I. «El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información». RDUCN, núm. 2 (2010), p. 28]. En este sentido, es de alabar la doctrina jurisprudencial en la medida que no permite al cliente escudarse en su condición de minorista para eludir los riesgos propios del negocio emprendido, cuando no parece justo, por sus condiciones de preparación y experiencia, que traslade el coste de la información en exclusiva a la entidad financiera o de inversión [en este sentido, AGÜERO ORTIZ, A. «El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos». CESCO-DC, núm. 8 (2013), p. 501-503]. (*L. A. G. D.*)

7. Contratos bancarios. Adquisición de bonos. Plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio del consentimiento: el día inicial del cómputo será aquél en que se tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción.—Al interpretar hoy el artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*, tal como establece el artículo 3 CC. En la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la *actio nata*, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal premisa se halla recogida actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (STS de 12 de enero de 2015).

El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio del consentimiento.—Pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error (STS de 20 de enero de 2014).

Consecuencias del desconocimiento de aspectos esenciales del riesgo que determinó la pérdida de la inversión.—El desconocimiento de aspectos esenciales del riesgo constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato (STS de 10 de septiembre de 2014). (STS de 7 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 21 de septiembre de 2005, la demandante, una congregación religiosa, contrató con Bankinter, entidad demandada, un producto financiero, bono senior, por un importe de 343.000 euros, que ofrecía un interés del 7,25% durante los cinco primeros años, y transcurrido este tiempo, pasaba a ser variable. El emisor de

estos bonos era Lehman Brothers, aunque en el contrato inicialmente convenido entre la demandante y la demandada no aparecía esta entidad como emisora. En la descripción del valor aparecía lo siguiente: «Bono Senior Rating A1, A, A+; Vcto 5/10/35 Cupón 7,25 5 años, luego flotante [4x(10-2)]». No quedó acreditado que Bankinter entregara, antes de la suscripción de la orden de compra, un folleto, documento o explicación escrita que describiera las características y connotaciones esenciales del producto que se adquiriría. Con la quiebra de Lehman Brothers, en septiembre de 2008, Bankinter comunicó a la demandante la pérdida de la inversión. Bankinter realizó una reclamación colectiva, para la que fue autorizado por la demandante, con la que consiguieron la devolución de 14.093,45 euros. También después de la quiebra de Lehman Brothers, Bankinter pasó a la demandante otros documentos a firmar, entre los que se encontraba un contrato fechado no entonces, sino en diciembre de 2006, en el que sí aparecía como emisor de los bonos Lehman Brothers. En primera instancia prosperó la nulidad del contrato por error en el consentimiento al haber faltado una correcta información sobre el producto por la demandada. La Audiencia estimó el recurso de apelación, al apreciar la caducidad de la acción de nulidad por error. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (I. D.-L.)

8. Características del consentimiento informado.—Según el Tribunal Supremo, el consentimiento informado es un presupuesto esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial de la profesión médica. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, lo contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Además, entiende el Alto Tribunal que la información es más acusada en la medicina voluntaria que en la asistencial, pues en aquélla el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo, habida cuenta de la innecesariedad o falta de premura de la misma.

Responsabilidad médica.—La responsabilidad del profesional médico es de medios y, como tal, no puede garantizar un resultado concreto. Su obligación es poner a disposición del paciente los medios adecuados, comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. La intervención médica está sujeta al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas pueden proceder no de una mala praxis, sino de simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico. Hay que tener en cuenta que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. (STS de 17 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—E, aconsejada por su odontólogo que, en 2007, comenzó a aplicar un tratamiento de ortodoncia en una clínica, decidió que le colocaran unos implantes de titanio. El día 31 de octubre de 2008, la doctora R, que prestaba servicios como profesional no dependiente de la citada clínica, le practicó la intervención con anestesia local, con la técnica de infiltración que debía permitir mantener la sensibilidad del nervio dental inferior. Antes de la intervención había estudiado, con una ortopantomografía, la estructura de la zona donde había de operar y decidió que no requería ninguna prueba. Tras ello empezaron a surgir complicaciones y la demandante comenzó a sufrir diversas dolencias (pérdida de sensibilidad en la zona, vértigos, ruidos en los oídos o dolores de cabeza, entre otros). E interpone una demanda, alegando: 1) la obligatoriedad de prestar el consentimiento expreso de la paciente previo a la intervención quirúrgica realizada para la colocación de los dos implantes; 2) que la información es inherente al derecho fundamental del paciente a la integridad física; 3) que la relación entre médico y paciente es de naturaleza contractual cuando se trata de colocación de implantes —estamos ante medicina voluntaria en la que se exige un resultado y se extrema la obligación de informar de los riesgos y complicaciones de la mismas, sin que se haya logrado el resultado comprometido—; 4) que existe nexo causal por vulneración negligente de la *lex artis*.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al igual que la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Esta última concluyó que: a) no había lesiones como consecuencia de la colocación de los implantes, pues las que tiene quedaban fuera del alcance de los implantes y de los instrumentos quirúrgicos; b) no había nexo causal; c) la posibilidad de que se hubiera podido producir una lesión del nervio dental inferior se planteaba como una simple hipótesis, no acreditada; d) no hubo mala praxis, pues entiende la Audiencia que las pruebas realizadas previamente fueron suficientes y resulta discutible que la intervención se pudiera incluir dentro del ámbito de la cirugía puramente facultativa, dado que la prótesis debía tener una repercusión funcional positiva, como es mejorar la función de masticar; e) no hay daño desproporcionado; f) es irrelevante la existencia de un documento de consentimiento informado, pues hubo información suficiente —la paciente reconoció que el médico que le había hecho el tratamiento precedente de ortodoncia le había explicado que la mejor forma de reparar la ausencia de dos piezas era la colocación de unos implantes, habiendo tenido la oportunidad de decidir con conocimiento de causa el tratamiento que más le convenía—.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que debe considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, conforme a la cual se ha probado que se informó a la paciente de la naturaleza de la actuación médica y las alternativas y que no ha sido privada de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía, no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. A juicio del Tribunal Supremo, queda acredita la existencia de consentimiento, sin que sea necesario que sea proporcionado por escrito.

NOTA.—Sobre el consentimiento informado como presupuesto fundamental de la *lex artis* y para toda actuación asistencial, *vid.* también las SSTs de 29 de mayo de 2003, 23 de julio de 2003, 21 de diciembre de 2005, 15 de noviembre de 2006 y 7 de mayo de 2014. En relación al diferente nivel de intensidad del deber de información en la medicina voluntaria y en la medicina asistencial, *vid.* SSTs de 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 29 de junio de 2007, 27 de septiembre de 2010 y 20 de enero de 2011. El Tribunal Supremo también ha señalado varias veces que la responsabilidad del profesional médico es de medios y no de resultado, y que se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa. Así, por ejemplo, cabe destacar las SSTs de 12 de marzo de 2008, 30 de junio de 2009, 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010, 19 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014. (S. L. M.)

9. Control de incorporación de condiciones generales de la contratación suscritas por relación o por referencia expresa.—Las exigencias de claridad, sencillez y transparencia inherentes al control de incorporación de condiciones generales de la contratación (art. 5.5 LCGC) son aplicables también a la redacción del documento en que las condiciones generales se aceptan, por relación o referencia, mediante la firma del adherente. No sólo cuando el adherente acepta las condiciones generales mediante la firma del documento donde se contienen. La referencia ha de ser precisa y expresa a unas condiciones generales perfectamente identificadas y debe ser suficientemente visible en el documento que el consumidor rubrica. A lo anterior debe acompañarse la entrega efectiva del documento que recoge dichas condiciones. De este modo, el adherente tiene oportunidad real de conocer las condiciones generales que, de manera completa, acepta al tiempo de contratar. En caso contrario, las condiciones generales no pueden entenderse incorporadas al contrato.

Carácter abusivo de la cláusula no negociada de interés de demora en contratos de préstamo personal con consumidores.—Lo determinante para resolver sobre el carácter abusivo del interés de demora establecido en una cláusula no negociada, dentro del marco de un contrato con consumidores, es decidir si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento (art. 85.6 TRLGDCU). Para decidir sobre la abusividad de la cláusula no negociada de interés de demora el juez ha de estar a las normas aplicables en defecto de pacto, al tipo de interés de demora fijado respecto al tipo de interés legal y a si el profesional podía estimar que el consumidor habría aceptado la cláusula de haber negociado individualmente con él (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz).

En el caso de préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado. Por lo tanto, resulta abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal (art. 576 LEC). La Sala 1.^a vuelve a confirmar así el criterio sentado por la STS 265/2015, de 22 de abril.

Consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.—La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora debe ser supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta el reintegro de la suma prestada (SSTS de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015).

Cláusula de vencimiento anticipado en contratos de financiación de bienes muebles a plazos.—La cláusula que permite al vendedor dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación de la compra del bien mueble a plazos no puede considerarse abusiva cuando es la simple transcripción del régimen legal que regula el contrato (art. 10.2 LVPBM). (**STS de 7 de septiembre de 2015**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Santander Consumer celebró un contrato de financiación de bienes muebles a plazos, en febrero de 2007, con D. Sabido, como prestatario, y D. Federico, como fiador. El contrato tenía como objeto financiar la adquisición de un automóvil. La cantidad prestada devengaba un interés remuneratorio al tipo nominal del 7,4669% (TAE 8,87%). El interés de demora se fijó en un 2% mensual (equivalente a un 24% anual). Estas estipulaciones se contenían en un documento de condiciones particulares suscrito con las firmas de los contratantes. Además, el contrato se regía por las condiciones generales depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, recibiendo los firmantes un ejemplar de las mismas. En las condiciones generales se incluía una cláusula según la cual la falta de pago de dos plazos facultaba al financiador para exigir al prestatario el abono de la totalidad de la deuda pendiente. Las cuotas de amortización resultaron impagadas desde diciembre de 2008 hasta noviembre de 2009.

Santander Consumer promovió procedimiento monitorio contra el prestatario y el fiador reclamando el capital pendiente de amortización más los intereses de demora. El fiador se opuso al monitorio, ante lo cual Santander Consumer presentó demanda de juicio ordinario. El fiador contestó invocando la nulidad de determinadas cláusulas del contrato (cláusula de interés de demora y cláusula de vencimiento anticipado) y alegando que no se le había entregado copia de las condiciones generales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues estimó que no podía considerarse aceptado el contrato por los demandados. Santander Consumer recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. A juicio de la Audiencia Provincial, la mención a las condiciones generales en el documento contractual y la entrega de un ejemplar de las mismas bastaba para superar el control de incorporación. También consideró la Audiencia que la cláusula de interés de demora no era abusiva, por no ser desproporcionada, al superar el tipo de interés de demora ligeramente 2,5 veces el interés remuneratorio. El fiador interpuso recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

10. Control de abusividad de la cláusula no negociada de interés de demora en contratos de préstamo personal con consumidores.—La cláusula que establece el interés de demora en contratos con consumidores es susceptible de control de abusividad de su contenido, no sólo en cuanto a su transparencia, sino también a si, en contra de las expectativas de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82.1 TRLGDCU), pues no se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE.

El incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 LEC para la fijación de la mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización desproporcionada al consumidor que no cumpla con sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU). Este criterio evita, para la Sala 1.^a, que el interés de demora sea inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños irrogados al prestamista y contiene un factor disuasorio para que el condenado no se demore en exceso en el cumplimiento de la sentencia.

Consecuencias de la nulidad de la cláusula no negociada que fija un interés de demora abusivo.—La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula abusiva del interés de demora es la supresión del tal cláusula (art. 6.1. Directiva 93/13/CEE), sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho interno prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato (art. 1.258 CC), toda vez que no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor.

La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula del interés de demora no debe, en consecuencia, ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje considerado como aceptable (reducción conservadora de la validez) ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevea el devengo del interés legal (art. 1.108 CC) o cualquier otra que prevea interés de demora en diversos sectores de la contratación (art. 83 TRLGDCU). Pero la consecuencia tampoco puede ser el cese en el devengo de cualquier interés: el interés remuneratorio continúa devengándose hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada (STS de 22 de abril de 2015). **(STS de 8 de septiembre de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Asbury Park, S. A. (en adelante, Asbury) interpuso demanda contra Dña. Coro reclamando a ésta el pago de la deuda derivada de un contrato de préstamo personal. El interés remuneratorio del préstamo ascendía a un 9% anual (revisable tras el primer año añadiendo un diferencial al tipo de referencia pactado), mientras que el interés de demora consistía en la adición de 20 puntos porcentuales al interés remuneratorio aplicable en cada momento.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció el carácter de consumidora de Dña. Coro y adoptó el punto de vista doctrinal que excluye la cláusula de intereses moratorios de la protección conferida a los consumidores por el TRLGDCU. Entendía el Juzgado que esta cláusula no forma parte de las prestaciones constitutivas del objeto del contrato, ya que la entrada en juego de esta estipulación sólo depende del comportamiento incumplidor del consumi-

dor no siendo posible calificar la cláusula como una condición abusiva de crédito.

Dña. Coro recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó que una cláusula que fija el interés de demora en un tipo superior en 20 puntos el interés remuneratorio no resulta abusiva al no alcanzar el triple del interés remuneratorio pactado.

Dña. Coro interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

11. Condiciones Generales de la Contratación: alcance.—Un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación. Por tanto, aunque las partes no se encontrasen en un plano de igualdad o el adherente no haya tenido posibilidad de negociar el contenido del contrato, integrado por condiciones generales de la contratación, al no tener tal adherente la cualidad legal de consumidor, es aplicable el régimen general.

Condiciones Generales de la Contratación. Nulidad cláusulas abusivas: finalidad.—En nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente. También se concluye que en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 del CC, y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC.

Contratos. Interpretación: principio rector.—La jurisprudencia viene entendiendo la jurisprudencia las reglas legales de interpretación de los contratos, en orden a su finalidad. El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

Contratos. Interpretación: sentido literal.—El sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpreta-

tiva, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del artículo 1281 CC. Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282 – 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

Contratos. Condiciones resolutorias expresa y tácita: diferencias.—La jurisprudencia considera que una cosa es la condición resolutoria expresa, propia de las obligaciones condicionales (arts. 1113, 1114, 1123) y otra la condición resolutoria tácita o implícita que confiere al acreedor el art. 1124 del CC pues esta tiene su origen en la ley y aquella en la voluntad de las partes. La tácita, a diferencia de la condición resolutoria propia, no actúa automáticamente, sino que únicamente faculta a la otra parte para resolver el contrato. No obstante, ambos actúan con efecto retroactivo.

Contratos. Condición resolutoria tácita: no es obligación condicional.—La doctrina científica ha señalado que la facultad resolutoria tácita no tenga relación con las obligaciones condicionales ni por su origen ni por su mecanismo, concluyendo que nada justifica que el Código Civil incluya el artículo 1124 en la sección relativa a las obligaciones condicionales. Por ello, la jurisprudencia ha reiterado que no procede la aplicación del artículo 1124 del CC por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la ‘facultad’ de resolver que otorga el dicho artículo 1124 CC.

Contratos. Autonomía de la voluntad: validez de pactos resolutorios por incumplimiento.—El artículo 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria. Igualmente, lo que en principio puede calificarse como obligación accesoria puede constituirse en obligación esencial del contrato, al configurarlo las partes como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de una cláusula penal. (STS de 28 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad G. G. I. S. L., interpuso demanda contra la C. S. L., solicitando el cumplimiento y elevar a escritura pública los contratos de compraventa de locales y de plazas de garaje suscritos entre las partes. La representación procesal de C. S. L., formuló demanda reconvenzional suplicando se declaren resueltos los contratos objetos de la *litis*. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 24 de Sevilla estimó parcialmente la demanda y la reconvencción y declaró que no había *no lugar a la resolución contractual instada, y condeno a la entidad demandada C. SL al cumplimiento de los contratos de*

compraventa de locales y plazas de garaje. Recurrida en apelación por la representación procesal de C. S. L., la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

12. Contratos. Integración e interpretación.—La integración del contrato, propiamente dicha, opera en un plano diferenciado y específico dentro del ámbito general de la interpretación del contrato. En este sentido, la integración acompaña necesariamente a la valoración jurídica de la relación negocial, de forma que puede proyectarse tanto en el ámbito de la citada interpretación del contrato, como en la conformación de la eficacia resultante del mismo artículo 1258 CC.

Contratos. Integración: efectos.—La integración, unas veces, se traduce en una mera complementación objetivada de la reglamentación acordada por las partes, casos, entre otros, de la existencia de lagunas o de imprecisión del clausulado. Otras veces, en un sentido más específico, su aplicación se traduce en la configuración de auténticas obligaciones accesorias de las prestaciones contempladas como en su caso, supuesto que nos ocupa, en una corrección de lo ejecutado por alguna de las partes por infringir los deberes legales que se derivan de los criterios de integración contractual previstos por la norma; especialmente con relación al principio de buena fe contractual. Principio estrechamente conectado tanto con la conducta de las partes como medio o criterio de interpretación (art. 1282 CC), como con la doctrina de los actos propios (art. 7.1 del CC).

Contratos. Integración: alcance.—Su aplicación confluye complementariamente en torno al eje central de la voluntad querida por las partes, sin posibilidad de alterarla o modificarla en lo expresamente pactado o querido por las mismas. De esta forma, aunque su aplicación objetivada nos permita, por ejemplo, adscribir una determinada obligación o deber, no expresamente asignado, a una de las partes por razón de la naturaleza del negocio en cuestión, no obstante, por su propio carácter instrumental y subordinado, su aplicación no permite resolver la cuestión interpretativa cuando ésta, se centra en el ámbito de la base económica que conformó la razón de ser del contrato, integrando su causa concreta o propósito práctico querido inicialmente por las partes.

Contratos. Integración: buena fe.—La buena fe, como fuente objetiva de integración normativa del contrato, sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en el desenvolvimiento contractual resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de la palabra dada y de la confianza que razonablemente derivó del acuerdo de voluntades, entre las partes. De forma que el acto o la reclamación, en una relación contractual, que vulnere estos deberes impuestos por la buena fe contractual resultan abusivos y pueden ser impugnados o excepcionados por la parte afectada. (STS de 20 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad financiera BBVA, S. A. interpuso ante Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cornellá de Llobregat demanda contra C. L. D. S., S. A., don J. M. y doña C. Reclamado el importe de las cantidades que ha satis-

fecho la actora a la Comunidad de Propietarios de los Locales Comerciales. Las partes suscribieron en su día un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra sobre un local de una galería comercial, previa adquisición de la propiedad del local por la parte actora, en dicho contrato de arrendamiento financiero la parte demandada se obligaba al pago de las cuotas de la comunidad de propietarios. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de BBVA, S. A., la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó el recurso de apelación interpuesto revocando la sentencia de instancia, condenando a los codemandados al pago solidario la cantidad solicitada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

13. Cláusula penal incorporada en el contrato de compraventa. Imprudencia de la moderación judicial.—De acuerdo al artículo 1154 CC, el juez podrá moderar equitativamente la pena convenida cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. La jurisprudencia (entre muchas otras, SSTS 4 de enero de 2007 y 30 de abril de 2013) ha establecido que la moderación de la cláusula penal es un mandato que el juez debe cumplir sin ser instado por las partes. No obstante, dicho mandato debe quedar condicionado a la concurrencia del supuesto de incumplimiento previsto en el contrato, fuere parcial o irregular, pues la facultad moderadora no puede operar si se produce exactamente la infracción prevista (entre muchas otras, SSTS 14 de junio de 2006 y 20 de junio de 2007). Lo anterior, responde a la idea de la «potencialidad normativa creadora de los contratantes» (art. 1255 CC) y su efecto vinculante de la «*lex privata*» (art. 1091 CC) [SSTS 31 de marzo de 2010 y 2 de julio de 2010, entre otras]. Por tanto, la finalidad del artículo 1154 CC no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por ser elevada, sino en interpretar si las partes, al pactar, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (SSTS 15 de octubre de 2008 y 26 de marzo 2009). El Alto Tribunal considera que en el caso concreto la cláusula penal no puede moderarse por el juez, pues se había pactado libremente por las partes, con una doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor y, concretamente, para el supuesto que los compradores desistieran unilateral e injustificadamente de sus obligaciones contractuales esenciales (escriturar y pagar en ese momento el precio restante). (**STS de 18 de junio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los señores H y R, compradores, demandan a la sociedad mercantil A, vendedora, para que se declare resueltos los contratos de compraventa de ciertos bienes inmuebles suscritos por las partes. Asimismo reclaman que se devuelvan las cantidades percibidas por la vendedora de los compradores. En uno de los apartados de los contratos se incorporó una cláusula penal, que establecía que en caso que el incumplimiento del comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la Escritura Pública cuando fuera requerido por la vendedora, o de su deber de satisfacer cualquier pago de contrato, dará derecho a la vendedora a resolver el contra-

to, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador.

En su sentencia de 7 de diciembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Totana estimó parcialmente la demanda. El juez estimó la demanda pero para declarar resueltos los contratos por no haber atendido los compradores a los requerimientos de la vendedora para escriturar, reconociendo el derecho contractual de la vendedora a retener las cantidades percibidas.

En la sentencia de 18 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes. La Audiencia revocó la sentencia apelada solo para moderar la penalización. La Audiencia no la consideró abusiva la cláusula penal, pero sí dispuso que podía ser moderada (art. 1154 CC) dado que la vendedora seguía siendo propietaria del bien y que había cumplido parcialmente el contrato. Por tanto, moderó la cláusula penal disminuyéndola en un 50% de las cantidades entregadas.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la mercantil demandada. El Alto Tribunal consideró que no cabía moderación de pena convencional, pues los compradores desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos, obligación que estaba contemplada en el supuesto de la cláusula penal. (*I. V. B.*)

14. Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: régimen jurídico.—La reforma introducida por el Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, incorpora en el artículo 172 bis LC la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, lo que ha cambiado sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit. Se introduce un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Este nuevo régimen de responsabilidad debe aplicarse a los casos en que la sección de calificación se hubiera abierto con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley 4/2014. Esto es, el régimen legal aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación.

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: presupuestos.—La jurisprudencia que interpretó el artículo 172.3 LC, en su redacción originaria, ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit giraba en torno a tres consideraciones: *i)* La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (...) no es, según la letra de la norma (art. 172.3 LC), una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. *ii)* Para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza. Además de la con-

currencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172, la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164, haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo, haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado. *iii*) Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social y, al fin, a la sociedad y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: exigencia de justificación añadida.—La exigencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique. Esta, no necesariamente tenía que ser la generación o agravación de la insolvencia, pero, obviamente podía serlo, en la medida en que formara parte de los elementos objetivos y subjetivos de alguna de las conductas que habían motivado la calificación culpable. Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es la tipificada en el artículo 164.1 LC, y, más en concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el artículo 172 bis LC, la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos.

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: supuestos.—La justificación añadida en el caso de los pagos de retribuciones injustificadas, radica en la correlación que puede establecerse entre estos pagos que minoraron el activo de la sociedad y lo que no llegaron a cobrar los acreedores concursales con la liquidación concursal de la masa activa. En el caso del retraso en la solicitud, la justificación añadida radica en el agravamiento de la insolvencia provocada por el retraso en la solicitud de concurso. En ambos casos, la justificación añadida guarda relación con el agravamiento de la insolvencia que estas dos conductas provocaron. Tiene sentido en la medida en que en los dos casos los elementos normativos de la conducta tipificada como culpable inciden en el agravamiento de la insolvencia. En el caso de las enajenaciones fraudulentas porque, a no ser que se haya restituido el perjuicio ocasionado a través de otros medios, como la acción rescisoria (art. 73.1 LC) o la condena a restituir lo indebidamente percibido (art. 172.2.3.º LC), los pagos injustificados han provocado una reducción del activo, lo que ha impedido en el mismo importe de los pagos la satisfacción de los créditos en la liquidación concursal. Y por lo que respecta al retraso en la solicitud de concurso, calificar culpable el concurso por retra-

so en su solicitud, al amparo de la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC, supone integrar esta presunción con la causa de calificación culpable regulada en el art. 164.1 LC. De acuerdo con este precepto, el concurso se declara culpable porque la insolvencia se agravó debido a un comportamiento de los administradores de la sociedad, realizado con dolo o culpa grave. Este comportamiento fue el retraso en la solicitud. De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del artículo 172.3 LC (en su redacción original).

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: administrador de hecho.—La jurisprudencia ha declarado que quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general.

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: administrador de hecho y ausencia de designación formal.—La noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad. No se requiere que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que se admitía que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el artículo 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: concurrencia de administradores de hecho y de derecho.—La jurisprudencia, no descarta que pudiera existir algún supuesto en que, en atención al específico deber legal de actuación quebrantado, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador de hecho, no pueda eludir su responsabilidad el de derecho. Pues, aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otros de hecho, singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento, como

regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho ya que, al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad. (STS de 22 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los administradores concursales de la entidad I. P. S. L., solicitaron del Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Barcelona que declarase el concurso como culpable, así como la determinación como personas afectadas por la calificación culpable del concurso en su condición de administradores de hecho de la concursada a don E. y don R. y al administrador de derecho don J. A. al tiempo que se les considere solidariamente responsables del pago. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y calificó como culpable el concurso y consideró como persona afectada por tal calificación a don J. A. y a don R., en calidad de administradores de derecho de la concursada, así como a don E., como administrador de hecho de la compañía, condenando a don E. y don J. A. a satisfacer conjunta y solidariamente la deuda reclamada. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don E., la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

15. Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: concepto.—El perjuicio para la masa puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: ausencia de justificación y prueba.—La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: criterio general en el supuesto de pagos.—En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: excepcionalidad en el supuesto de pagos.—Un pago debido, realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*. (STS de 24 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—El Administrador concursal de P. I. de E. 2003, S. L., interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Badajoz por incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración contra la entidad financiera C. de A. de E., en la que solicitaba la declaración de rescisión por ser perjudiciales para la masa activa, básicamente de la disposición de fondos para pago de deudas personales, vencidas y exigibles, representadas por dos pagarés, novaciones hipotecarias, contratos de prenda, operaciones de transformación de créditos personales en hipotecarios, así como la calificación de ciertos créditos como subordinados. La sentencia de instancia estimó la demanda salvo en la calificación de subordinados de los créditos que pretendía la administración concursal. En este sentido, decretó la rescisión de las novaciones hipotecarias y los contratos de prenda, las operaciones de transformación de los créditos personales en hipotecarios y condenó a la demandada a reintegrar a la masa activa una suma de dinero. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la C. de A. de E., la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

16. Compraventa de vivienda en construcción. Terminación fuera de plazo: alcance de la acción rescisoria del comprador fundada en el artículo 3 de la Ley 57/68, de 27 de julio, en relación con el artículo 1124 CC.—El retraso en la entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver (*rescindir*) el contrato, pero con la condición, eso sí, de que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega. Además, esta doctrina doctrina no excluye que la *rescisión* o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador (SSTS de Pleno de 20 de enero y 30 de abril de 2015).

Equiparación de la rescisión a que se refiere el artículo 3 de la Ley 57/68, de 27 de julio, a la resolución por incumplimiento regulada en

el artículo 1124 CC: Efectos.—Como declararon la STS de Pleno de 5 de mayo de 2014 y la STS de 30 de abril de 2015, equiparando la *rescisión* a que se refiere el artículo 3 de la Ley 57/68 a la resolución por incumplimiento regulada en el CC, no procedía resolver el contrato por retraso en la terminación de la vivienda, a instancia del comprador, porque al requerir este de resolución al vendedor la vivienda estaba ya estaba terminada, contaba con licencia de primera ocupación y el comprador había sido previamente requerido por el vendedor para consumir el contrato. **(STS de 10 de septiembre de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El pleito nace de un contrato de compraventa de vivienda en construcción en el que cada parte contratante alegó el incumplimiento de la parte contraria: la promotora-vendedora, demandante inicial, para pedir la condena de la compradora a cumplir totalmente el contrato concurriendo al otorgamiento de escritura pública y pagando el resto pendiente del precio; y la compradora, mediante reconvencción, para pedir la resolución del contrato por entender que este había sido previamente incumplido por la promotora-vendedora al haberse retrasado en la entrega de la vivienda y sus anejos. Quedó acreditado que hubo un retraso en dicha entrega de seis meses, que la fecha de entrega no se pactó como esencial y que la compradora nada dijo sobre dicho retraso cuando fue requerida por la entidad vendedora para escriturar una vez que la vivienda estaba concluida y en plena disposición de ser entregada. El juez estimó íntegramente la pretensión de la actora y desestimó la reconvencción. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo para limitar la condena dineraria al pago de la parte del precio que restaba por abonar y a sus intereses. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 25 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, tenía por finalidad, principalmente, asegurar y garantizar tanto la aplicación efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como la efectiva devolución de lo anticipado con sus intereses, en caso de que la construcción no se llevase a efecto [Véase LLAMAS POMBO, E., *La compraventa* (Madrid 2014) pp. 1026 a 1035].

Por último, la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación y supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*, ha modificado, entre otras leyes, la LOE, y derogado la Ley 57/1968, de 27 de julio (cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2015). La LOE se modifica para introducir como alternativa a la suscripción obligatoria de un sistema de seguros, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo. Además, se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor al garantizarse desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales (esta modificación entró en vigor el 1 de enero de 2016). (*I. D.-L.*)

17. Revocación de donación por ingratitud: el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC.—La interpretación sistemática del artículo 648.1 CC, en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a los siguientes criterios:

a) En primer lugar, aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (art. 648 CC), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

b) En segundo lugar, ha destacado esta Sala la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto 648 CC, tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos *persona, honra y otros bienes*, por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

c) Por último, en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC (SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015). (**STS de 20 de julio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los donantes, padres de la donataria, demandaron a esta última por ingratitud y, en consecuencia, solicitaron la revocación de las dos donaciones que habían efectuado en favor de su hija. Asimismo, pidieron que se declarase la titularidad de los demandantes sobre unos determinados fondos bancarios. Quedó acreditado que en los años anteriores a la demanda el comportamiento de la donataria no fue el que debe tener un hijo con relación a sus padres. La desconsideración y maltrato se colmaron cuando la hija propina una bofetada a su padre insultando gravemente tanto a éste como a su madre. El juez estimó parcialmente la demanda, declarando la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.1 CC, por lo que revocó las donaciones efectuadas. Además, consideró la titularidad privativa de los fondos bancarios solicitada por los demandantes. La audiencia revocó la anterior sentencia, al estimar que el artículo 648 CC es de interpretación restrictiva y que sus causas son taxativas, de forma que no cabe la integración del maltrato o desconsideración denunciado en ninguna de las causas contempladas por la norma. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora al fijar como doctrina jurisprudencial que el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante, queda califi-

cado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 CC.

NOTA.—El maltrato realizado por la donataria a los padres, como conducta socialmente reprobable o condenable, es suficiente para justificar la revocación, sin necesidad de que haya sido declarado formalmente como delito. Todo ello, mediante una interpretación conforme a la realidad social del tiempo presente y al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC), y no desde su mera literalidad, de la ingratitud del donatario como causa de revocación de la donación del artículo 648.1 CC. En consecuencia, no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos expresamente contemplados en el artículo 648.1 CC, bastando la realización por el donatario de comportamientos, socialmente reprobables o condenables, por los que el donante resulte ofendido y revelen ingratitud. Esta doctrina jurisprudencial sobrepasa los casos que taxativamente menciona el artículo 648 CC, al extenderse más allá de los supuestos en él previstos. (*I. D.-L.*)

18. Arrendamiento de vivienda. Renuncia a la denegación de prórroga.—El artículo 6.3 LAU establece el carácter dispositivo de los beneficios y derechos del arrendador. La jurisprudencia (entre otras, SSTS 24 de febrero de 1961, 30 de junio de 1984 y 9 de abril 1999) señaló que el artículo 6.3 LAU autorizaba la renuncia voluntaria de los arrendatarios de locales de negocio, salvo el beneficio de prórroga forzosa, y que dicha renuncia se proyecta tanto en derecho nacidos, como en los que, aún sin nacer, constituyen expectativa de derecho, siempre que se trate de un derecho reconocido por la legislación vigente. El Alto Tribunal señala que la renuncia a la denegación de la prórroga no es un derecho personalísimo del acreedor, tanto es así que la ley le otorga el derecho al arrendador y a los que les sucedan en la posición contractual (el art. 62 LAU recoge como supuesto genérico la denegación de la prórroga). Por tanto, el Tribunal sostiene que el arrendador, al renunciar al derecho de denegación de prórroga, no solo podía estar pensando en su situación personal, sino que debía saber que dicha renuncia afectaría a ulteriores personas que asuman su posición contractual de arrendador. La renuncia a la denegación de la prórroga tampoco viola los derechos de terceros (art. 6.2. CC), pues, como declara la doctrina, es válida la renuncia que no afecte a otros derechos que a los propios del renunciante, aunque en el futuro pueda perjudicar a sus herederos. Por otro lado, el Tribunal señala que la renuncia a la denegación de la prórroga no es un acto irrelevante del arrendador, pues tiene gran repercusión en los intereses del arrendatario, ya que con ello goza de una posición más estable en la vivienda, que puede determinar su elección por la misma. Lo anterior, máxime cuando, como ocurre en el caso concreto, la contrapartida de la renuncia al derecho a la denegación de la prórroga generó un beneficio económico en la renta a percibir. (**STS de 24 de junio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El señor A, como sucesor de la posición de arrendador, demanda a la señora B para que se deniegue la prórroga forzosa y se resuelva el contrato de arrendamiento suscrito entre la

señora B y la antigua arrendataria, por necesidad de vivienda del arrendador.

En su sentencia de 29 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla desestima la demanda.

La Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia del 27 de noviembre de 2012, estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes. La Audiencia declaró resuelto el contrato y ordenó su desalojo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y revoca la sentencia de la Audiencia. (I. V. B.)

19. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico sujetos a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho.—En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley (STS de 15 de enero de 2015).

Consecuencias de la nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho: La nulidad de los contratos de préstamo vinculados.—La nulidad del contrato conlleva la de los vinculados que se celebraron con la entidad financiera, también demandada, pues se desprende de la documentación aportada con la demanda el acuerdo para la financiación existente entre los demandados, lo que da lugar a la ineficacia en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley 42/1998 que, aunque sólo se refiere expresamente al desistimiento o a la resolución, comprende necesariamente los supuestos de nulidad como el presente. (STS de 8 de septiembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Lucas y doña Leonor interpusieron, con fecha 17 de noviembre de 2009, demanda contra Inversiones Gormes SL y Banco Guipuzcoano SA, solicitando que se declarara el derecho de desistimiento o, subsidiariamente, la nulidad o la resolución del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, que habían celebrado con la demandada Inversiones Gormes, S. L. en fecha 25 de noviembre de 2007. Igualmente se pretendía la declaración de ineficacia de otros contratos relacionados con el indicado, en especial el de préstamo que se concertó con la demandada Banco Guipuzcoano SA. La demanda alegaba la omisión de la inserción en el contrato de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que regulaba dichos contratos, con la finalidad de ocultar el derecho de desistimiento y resolución que establecía dicha ley. Quedó probado que se había entregado a los actores, tras la firma del contrato, un anexo en forma de cuaderno, de letra pequeña, complejidad lingüística y difícil lectura, lo que afectaba especialmente al anexo V de dicho cuaderno, relativo a la nota informativa de los artículos 8 y 9 de la Ley. En primera y segunda instancia no prospera la pretensión de los actores. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.—Esta doctrina jurisprudencial afecta a la mayoría de los contratos de Tiempo Compartido que se firmaron bajo la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Todos los contratos que tengan una duración superior a cincuenta años serán nulos de pleno derecho. Las consecuencias de esta jurisprudencia y el impacto que ha tenido en la realidad social, está generando *consumidores de mala fe*, motivados por causas totalmente ajenas a las que se recogen por el TS para declarar la nulidad de los contratos, como son el haberse cansado de usar la semana, o porque no quieren seguir pagando la cuota de mantenimiento, o ya sea porque quieren revender su semana y no pueden hacerlo a un precio satisfactorio. En todos estos casos y en algunos similares, los consumidores de estos productos están acudiendo a la vía judicial para solicitar la nulidad del contrato y obtener la devolución del precio de la semana de Tiempo Compartido, al amparo del art. 1.7 de la Ley. Véase RODRÍGUEZ PERDOMO, E., *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral inédita leída en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en marzo de 2016, pp. 539, 540 y 548. (I. D.-L.)

20. Enriquecimiento sin causa.—La figura del enriquecimiento sin causa tiene su origen en sendos textos prácticamente idénticos de POMONIO recogidos en el Digesto: «nadie debe enriquecerse en detrimento de otro» (S., 12, 6, 14) y «es equitativo por Derecho natural que nadie se enriquezca en detrimento o en daño de otro» (D., 50, 17, 206). El enriquecimiento sin causa se aplicó, desde antes del Código Civil, por la jurisprudencia como principio vigente contenido en Las Partidas. El Alto Tribunal señala que su fundamentación reside en la «atribución patrimonial sin causa» del que se ha enriquecido, el cual, debe restituir al empobrecido aquello que se enriqueció (en el BGB se regula en su § 812). La jurisprudencia (entre muchas otras, SSTS 12 de enero de 1943, 1 de diciembre de 1980 y 19 de julio de 2012) ha proclamado el enriquecimiento injusto, de forma explícita o de forma implícita, como un auténtico principio general del Derecho. El enriquecimiento sin causa tiene tres requisitos: el enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra parte y la falta de causa que justifica la atribución patrimonial (SSTS 27 de septiembre de 2004, 18 de noviembre de 2005 y 9 de febrero de 2009, entre muchas otras).

Subsidiariedad del enriquecimiento injusto.—El Tribunal sostiene que no hay tal falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal. Por tanto, es clave la situación de subsidiariedad del enriquecimiento injusto; si la ley prevé un supuesto en que la atribución patrimonial corresponde a un precepto del ordenamiento o a una relación contractual, no pueden mantenerse las doctrinas del enriquecimiento injusto. Aunque hay jurisprudencia que sostiene la no subsidiariedad del enriquecimiento sin causa (como las SSTS 14 de diciembre de 1994 y 5 de mayo de 1997), el Tribunal considera que sí es subsidiaria (entre muchas otras, SSTS 18 de diciembre de 1996, 19 de febrero 1999, 28 de febrero de 2003 y 30 de abril de 2007). De acuerdo a la STS 19 de febrero de 1999, si la ley dispone de acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se aplica, pues ni

su fracaso o falta de ejercicio legitiman la aplicación del enriquecimiento injusto (SSTS 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987 y 3 de marzo de 1990). La jurisprudencia que sostiene la no subsidiariedad del enriquecimiento sin causa (citada anteriormente), lo ha hecho mediante meros *obiter dicta*, y no como *ratio decidendi*, por lo que tales pronunciamientos no son jurisprudencia vinculante. En cambio, la jurisprudencia si ha admitido con claridad la confluencia entre la acción de enriquecimiento sin justa causa y la aquiliana del artículo 1902 CC (SSTS 12 de abril de 1955 y 5 de mayo 1964, entre otras), pero, en el caso concreto, la demandante no pide los daños y perjuicios por vía de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por la acción pauliana, y subsidiariamente por el enriquecimiento sin causa.

La concreción de la aplicación subsidiaria del enriquecimiento sin causa comporta las siguientes consideraciones (STS 19 de julio de 2012): 1. Si con la pretensión de enriquecimiento injusto se pide lo mismo o no queda otra acción; 2. Si la pretensión de fondo viene regulada por normas concretas o por previsión normativa; 3. Si la norma preferente elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que persiga el mismo resultado u otro parecido; 4. Si el ordenamiento al señalar una acción específica y preferente otorga un plazo de prescripción, para cerrar la cuestión ante cualquier otra reclamación referida al mismo objeto; y 5. Si la acción específica ha perdido viabilidad del éxito por defecto de la prueba o interacción de alguna causa imputable al actor. (STS de 29 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los señores A, B y C demandaron a la Promotora P por incumplimiento de los contratos de permuta de cambio de solares por obra futura, solicitando la resolución de los contratos y la indemnización de daños y perjuicios por valor de las cantidades entregadas a cuenta por la promotora. La demandada formuló reconvencción, solicitando que se condenara a los demandantes al pago de los gastos de la urbanización de los solares.

En su sentencia de 23 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, estima la demanda y desestima la reconvencción. El Juzgado considera que no hay enriquecimiento injusto, pues se había previsto en el contrato la obligación de urbanizar, cuyo importe es el que se reclama como indemnización de daños.

En su sentencia de 10 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia estima la reconvencción. La Audiencia señala que con la resolución de la relación contractual y la cláusula convencional que permite que los demandantes hagan suyas las cantidades percibidas, se debe dilucidar si ha existido un enriquecimiento sin causa. La Audiencia considera que si cabe el enriquecimiento injusto porque el contrato había quedado resuelto *ex tunc* y no puede alegarse como apoyo del principio de subsidiariedad. Por tanto, condena a los demandantes a que abonen a la promotora una importante cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los gastos habidos por la urbanización.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes. El Alto Tribunal sostiene que el contrato prevé la obligación de urbanizar a cargo de la constructora, por lo

que ésta no puede alegar que se ha producido en la otra parte un enriquecimiento sin causa correspondiente al importe de la urbanización, pues la causa está en el mismo contrato, ya que urbanizar era una de sus obligaciones. (*I. V. B.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Propiedad horizontal. Trato discriminatorio de la comunidad de propietarios hacia un comunero.—No cabe apreciar desigualdad de trato de la comunidad hacia el comunero, cuando las actuaciones emprendidas por la comunidad se encuentran amparadas por la ley. Una comunidad de propietarios no vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), cuando ejercita una acción contra un comunero concreto, que emprende obras sin autorización, y no lo hace en otros casos de obras similares o iguales acometidas por otros comuneros. Adviértase que a Sala 1.^a concede importancia a que no haya sido acreditado que la comunidad haya renunciado a ejercitar acciones contra los otros comuneros.

Tampoco resulta discriminatorio, para la Sala 1.^a, que la junta de propietarios, en el ejercicio de su competencia, varíe, en un determinado momento y de cara al presente, su postura acerca de las obras meramente consentidas.

Propiedad horizontal. Abuso del derecho.—No constituye ejercicio anormal o abusivo del derecho una acción ejercitada por la comunidad de propietarios, expresamente amparada por una norma y que persigue una finalidad beneficiosa para el conjunto de propietarios. (**STS de 17 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Uno de los comuneros de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal realizó obras sin recabar el previo consentimiento de la junta de propietarios, que resultaba exigible al afectar las obras a elementos comunes (fachada). El comunero no solicitó autorización a la junta de propietarios ni comunicó el inicio de las obras. La comunidad interpone demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción declarativa. El motivo principal de oposición del comunero a la acción ejercitada de adverso se fundamentaba en la existencia de obras similares efectuadas por otros vecinos dentro de la comunidad, que habían sido consentidas por ésta al no haberse impugnado las obras. No obstante, ha de destacarse que la comunidad sólo había autorizado el cerramiento en la zona del salón a los propietarios de los pisos bajos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque el silencio de la comunidad respecto de las obras ejecutadas por los otros comuneros debía interpretarse en sentido positivo, es decir, entendiéndose que habían existido consentimientos informales para la realización de las obras resultando la estimación eventual de la demanda un agravio comparativo para el comunero.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia. Para la Audiencia, el hecho de que otros propietarios hayan incurrido en ilegalidad no justifica la infracción de la ley de propiedad horizontal por parte del comunero demandado: las obras que afectan a la

estructura del edificio exigen para su realización el acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios (arts. 12 y 17.1.º LPH).

El comunero interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Divorcio: guarda y custodia compartida de hijos menores: doctrina jurisprudencial.—Se ha de partir (STS de 16 de febrero de 2015) de que este régimen debe ser lo normal y deseable, señalando la Sala (STS de 29 de abril de 2013, 25 de abril y 22 octubre de 2014) que la redacción del art. 92 Cc no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto y cuanto lo sea. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido todo ello a las amplias facultades que aquélla fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor.

Interés del menor.—Partiendo de la asunción de ese principio hay que enmarcar lo declarado por la Sala sobre este sistema cuando afirma (SSTS de 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 de noviembre de 2014, y 16 de febrero de 2015, entre otras) que *la interpretación del art. 92, números 5, 6 y 7 Cc, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la STS de 29 de abril de 2013*. Se pretende aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Estimación del recurso.—Los hechos que contiene la sentencia recurrida conducen a este régimen: (i) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (ii) Ambos tienen también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psico-social; (iii) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor; (iv) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (v) No existen por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo, etc.); (vi) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que el cambio suponga para el hijo una alteración sustancial

de la estructura social en que se integra, con facilidades tanto para la pernocta como para el estudio; (vii) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida.

Surge la pregunta de si puede verse perjudicado ese interés del menor por las circunstancias que retiene la sentencia de instancia en las manifestaciones del padre. La respuesta ha de ser que no, pues, aun partiendo de que ese fuese el interés del progenitor, de lo que se trata es de indagar si el sistema pretendido es beneficioso para el menor, y ya se ha dado una respuesta afirmativa. De otra parte que sea más beneficiosa para el padre prestar su obligación alimenticia en su domicilio no es un interés espurio si las circunstancias lo permiten, como es el caso, hasta el punto de que así lo prevé el propio legislador en el artículo 149 CC cuando regula los alimentos entre parientes. Otro tanto cabe decir respecto del uso de la vivienda familiar, pues como recoge la STS de 18 de mayo de 2015, el interés del menor «es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *status*, si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y estos se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros». (STS de 15 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—La actitud de los tribunales civiles españoles y, en particular, del Tribunal Supremo en relación con la guarda compartida que puede ejercerse por los padres separados o divorciados en relación con sus hijos menores ha sufrido una evolución, calificada de lenta y prudente, al comienzo de la segunda década del presente siglo y que recibe un fuerte impulso después de la STC núm. 185/2012, que elimina la necesidad de que el Ministerio Fiscal lo informe favorablemente. En STS de 25 de mayo de 2012 (ponente Encarna Roca Trías) se había aplicado incluso a padres no matrimoniales (extractada en ADC, 2014, p. 378-380), aunque suele considerarse determinante para el giro jurisprudencial o cambio de visión extraordinario, la STS de 29 abril 2013 (pte. Seijas Quintana) extractada en ADC, 2015, pp. 310-312. La STS de 16 de febrero de 2015 (ponente. Arroyo Fiestas) se extracta con anotación mía en ADC. 2016, pp. 1178-1180.

En contraste, mayor uso jurisprudencial por los tribunales se ha hecho anteriormente del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, hasta el punto de llegar a peligrar su utilidad ante su invocación indiscriminada (así se advierte en STS del Pleno de 6 de febrero de 2014) en el controvertido tema de la maternidad subrogada (extractada en ADC, 2015, pp. 1627-1635, esp. p. 1631). (G. G. C.)

23. Admisión de los pactos prematrimoniales.—El Tribunal Supremo parte de una serie de consideraciones: 1) los pactos matrimoniales, que no son más que capitulaciones matrimoniales, están sujetos a estrictos requisitos formales, como el deber de formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 CC); 2) las capitulaciones no sólo afectan al régimen económico matrimonial, sino también a cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC); 3) las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges serán nulas (art. 1328 CC).

El Tribunal Supremo pone de manifiesto cómo la evolución social ha venido demandando una mayor libertad de pacto entre los cónyuges, tal como proclama el artículo 1323 CC, de tal manera que se potencie la facultad de autorregulación de éstos. Como no existe una prohibición legal de los pactos prematrimoniales, debe ponerse el acento en los límites de los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, aplicándose analógicamente el artículo 90.2 CC.

Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.—La aplicación de esta cláusula exige que la alteración de las condiciones económicas del cónyuge deudor sea sobrevenida y que concurra un aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada. (**STS de 24 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—T y C contrajeron matrimonio civil en agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de escritura pública autorizada días antes por un Notario. El mismo día de las capitulaciones matrimoniales, y ante el mismo fedatario, comparecen ambos, manifestando, en lo que aquí interesa, lo siguiente: a) que en el supuesto hipotético de tener que solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan que C abonará a T, como renta mensual vitalicia, la cantidad de 1.200€; b) que en el supuesto de producirse dicha separación, la cantidad mensual antes señalada se actualizará anualmente por aplicación del IPC. En marzo de 2004, C comparece ante ese Notario para añadir una puntualización a esta última cláusula de las capitulaciones. En particular, que la actualización anual se empezaría a contar a partir del día de la boda. Surgidas diferencias entre los cónyuges e interrumpida la convivencia matrimonial, C efectuó a favor de T transferencias periódicas mensuales de 1.425€ a la cuenta de ésta. En realidad, según lo expresamente pactado, la cantidad mensual era de 1.412,21€. Reconciliados los cónyuges y reanudada la convivencia, en febrero de 2010 se produce la ruptura definitiva del matrimonio, dando lugar a la demanda de separación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de separación y se declaró la nulidad de los acuerdos prematrimoniales, por ser contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges (art. 32 CE). Declaró el Juez que los pactos analizados limitarían el derecho a la separación matrimonial y colocaría a uno de ellos en desigualdad con respecto al otro, infringiéndose el artículo 1328 CC. Además, descarta que se trate de una pensión compensatoria, pues la deman-

dante carece de necesidad y la separación no ha producido desequilibrio alguno, mejorándose incluso su situación económica.

La Audiencia Provincial dio por válido el pacto de una renta vitalicia mensual, solo por el esposo, para el caso de separación conyugal. A su juicio, no afecta a la igualdad de los cónyuges, sino que es manifestación de la libre disposición en materia patrimonial.

Se interpone recurso de casación por el esposo, alegando la infracción de los artículos 6.2, 1255, 1256, 1328 y 90.3.º CC. En particular, alegó que se debía dilucidar: a) si estamos ante una renuncia a la aplicación de la ley (art. 6.2 CC) o a una renuncia a un derecho futuro (art. 1328 CC); b) si los pactos son contrarios a la ley, la moral o el orden público; c) si suponen dejar al arbitrio de uno de los cónyuges la validez de dichos pactos; d) si los pactos limitan la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 32.1 CE); e) si una vez declarada la validez, es posible obviar los pactos por haber cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de suscribir los mismos.

El Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que no se trata de un supuesto de renuncia de derechos, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía. Por tanto, lo pactado es una renta mensual vitalicia –no una pensión compensatoria– que, como pacto atípico, tiene encuadre en el artículo 1323 CC. En segundo lugar, apunta el Alto Tribunal que los pactos no son contrarios a la ley, a la moral o al orden público, en la medida en que se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual tiene cabida en los artículos 1323 y 1325 CC. En tercer lugar, el cumplimiento del pacto no queda al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que fue negociado, como se deduce de su posterior modificación. En cuarto lugar, a juicio del Tribunal Supremo no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica. Finalmente, planteándose el Tribunal Supremo si cabe o no la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que su situación actual es igual que la existente en el momento de los pactos, por lo que no se ha producido ninguna variación. Todo esto lleva al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación y a concluir que hay que aplicar el artículo 1258 CC, esto es, que los contratos deben ser cumplidos por las partes.

NOTA.–El Tribunal Supremo ha resuelto asuntos similares al aquí planteado en otras sentencias. Así, en la sentencia de 31 de marzo de 2011, se descartó la infracción del artículo 1256 CC en un caso en el que las partes, tras una crisis conyugal terminada con reconciliación, pactaron que, si volvía a producirse la separación, el esposo pagaría una cantidad mensual. En ese caso, el Alto Tribunal lo trató como un pacto atípico y no tanto como un convenio regulador. En otras dos sentencias, señaló que el convenio suscrito era un

negocio jurídico de Derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, podía contener tanto pactos típicos como atípicos. Se trataba de supuestos de pensiones compensatorias acordadas en un convenio regulador, donde se establecía por las partes que la pensión se mantendría incluso si la esposa empezaba a trabajar. Vid. SSTS de 20 de abril de 2012 y 25 de marzo de 2014. En cuanto a la cláusula «rebus sic stantibus», el Tribunal Supremo ha dejado claro, en varias sentencias, los dos requisitos para su aplicación: 1) la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas del cónyuge deudor; 2) que concurra un aumento extraordinario de la onerosidad (SSTS de 17 de enero de 2013, de 18 de enero de 2013 y de 15 de octubre de 2014, entre otras). (S. L. M.)

24. Sociedad de gananciales: escritura de liquidación: interpretación.—El marido formuló demanda de juicio ordinario contra su esposa solicitando se declarara el incumplimiento por la demandada del compromiso adquirido en la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales otorgada el 2 de diciembre de 2005, de renunciar a solicitar la adjudicación de la vivienda familiar y se condenara a abonarle la suma de 19.310 euros por daños y perjuicios. La demandada se opuso y formuló demanda reconvenzional solicitando se declarara la validez y vigencia de la estipulación octava de la escritura de capitulaciones, según la cual «el esposo declara comprometerse en un futuro a dejar a sus hijos la nave que es titularidad de *Printed Communication SL*, o su equivalente económico». El Juzgado Primera Instancia desestimó la demanda por considerar justificado el incumplimiento del compromiso contraído por la demandada ya que, a consecuencia del divorcio, la atribución del uso de la vivienda se hizo a favor de los hijos y cónyuge a quien se le confiaba la guardia y custodia. También desestimó la reconvencción por innecesaria y superflua. La Audiencia Provincial desestimó los recursos interpuestos por ambos cónyuges. La esposa interpuso recurso extraordinario por infracción por cuatro motivos, que fue desestimado, y recurso de casación por cuatro motivos basados en la interpretación de la mencionada cláusula, que la Sala aborda conjuntamente por estar estrechamente relacionados al pretender impugnar la interpretación que la Audiencia Provincial ha dado a la misma, y, en particular, que en lugar de considerarla como obligación condicional se la califique a plazo prevista en el artículo 1128 CC.

Principios rectores de la interpretación contractual.—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por éstos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestra su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (SSTS de 14 de mayo de 2013 y 14 de mayo de 2014). Al abordar el sentido de las reglas generales de interpretación de los contratos, la jurisprudencia afirma que el principio rector de la interpretación es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta necesariamente sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación. No obstante, el sentido literal, como criterio

hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el pár. 1.º del artículo 1281 CC («si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»). Pero en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor hermenéutica debe seguir su curso, con los criterios interpretativos a su alcance (arts. 1282-1289 Cc) para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

Interpretación de cláusula contenida en capitulaciones.—La estipulación octava objeto de interpretación, con su escueta redacción, resulta oscura y ambigua, lo que contradice que pueda inferirse su exacto sentido de la mera literalidad. Más que una obligación de futuro parece contraerse un compromiso de contraerla en un futuro (así dice «declara comprometerse en un futuro»), esto es, una promesa de obligación. El compromiso es «dejar» a sus hijos, término que se compadece más en el lenguaje coloquial con las voluntades testamentarias. Recae el compromiso sobre un bien del que reconoce no ser titular, por pertenecer a «Printer Communication SL», o su equivalente, que no se cuantifica ni siquiera por referencia. De todo ello se colige que no es posible una interpretación literal de la estipulación, siendo razonable la sentencia de instancia cuando concluye que para su cumplimiento existe una incertidumbre total y absoluta.

Ahora bien, lo que ya no aprecia la Sala como lógico y razonable es que se deduzca de tal incertidumbre la naturaleza condicional de la obligación en función de las circunstancias concurrentes, pues ni del texto de la estipulación ni del contenido de la escritura en que se inserta se aprecia que el compromiso se condicione a las circunstancias y situaciones que menciona la sentencia, carentes de sustrato para predicar su representación por las partes, respondiendo a una hipótesis poco lógica, pues no tiene sentido que se reconozca que el bien que se dejará en un futuro a los hijos menores forma parte de la actividad económica del núcleo familiar y el titular del negocio se desprenda de la fuente de sus ingresos. Así debió pensarlo el tribunal y condicionó la obligación a una serie de circunstancias que, a su juicio, lo harían posible, pero que no aparecen previstas ni literalmente ni en el contexto de la escritura en la que la recurrente se adjudica las acciones y participaciones de dos sociedades distintas, y otra cuyas participaciones se adjudicó el marido.

Dado que esta Sala no considera razonable y lógica la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, metodológicamente hay que abordar si la que corresponde es la que sustenta la parte actora como fundamento de su pretensión en la demanda reconventional.

La conclusión que alcanza esta Sala es que no se está en presencia de una obligación a plazo y, por ende, no cabe que se apliquen las previsiones que contiene el artículo 1128 CC. Las partes formalizaron un negocio jurídico

complejo en el que se liquidó la sociedad de gananciales y se adjudicó el patrimonio que lo integraba, tanto de inmuebles, de muebles, como de participaciones en sociedades que eran la fuente de ingresos de la unidad familiar. En la escritura la recurrente se adjudicó las participaciones de dos sociedades, y el recurrido la de «Printer Comunicación SL», titular de la nave objeto de la estipulación. Si el compromiso contraído en esta fuera a plazo, el adjudicatario de tales participaciones se vería gravemente afectado en lo que es su fuente de ingresos, sin contraprestación análoga de la recurrente. Es por ello más razonable que se trate de un compromiso que contrae ante sus hijos sin plazo determinado e indeterminable, fuera de la sucesión. La recurrente al formalizar el recurso de apelación debió ser consciente de lo anteriormente razonado porque, aunque con carácter subsidiario, plantea, separándose de su pretensión principal, que pueda calificarse el contenido de la estipulación como «donación entre vivos» con efectos *post mortem*. Pero los bienes donados han de ser presentes, pues el artículo 635 CC dispone que *la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entiende aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación*, que es lo que sucede en el caso presente en que el bien donado no pertenece al recurrido, según consta en la propia estipulación.

Lo declarado en los fundamentos jurídicos precedentes implica que, aunque se han estimado en parte los motivos de casación, el recurso debe ser desestimado por aplicación de la doctrina sobre la equivalencia de resultados, por no estimarse que se está en presencia de una obligación a plazo cuya indeterminación deba fijarse por los tribunales, lo que supone confirmar la sentencia recurrida. **(STS de 5 junio de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Aunque la debatida cláusula 8.^a figura en la liquidación de una sociedad de gananciales, derivada de una sentencia de divorcio, en realidad se trata de una cláusula de *contenido atípico* de tal liquidación de gananciales. Cabe preguntarse: ¿Quién de las partes la había propuesto? ¿Cabía imputar negligencia profesional a alguno de los letrados asesores que dieron el visto bueno a la misma? En su caso, ¿debió el notario autorizante advertir a las partes contratantes de la imperfección de su redacción? De cualquier modo, y atendiendo a lo realmente debatido en el recurso, éste me parece acertadamente delimitado y adecuadamente resuelto. (G. G. C.)

25. Acogimiento familiar permanente otorgado por la Administración, que previamente había declarado el desamparo: Separación o divorcio de los abuelos acogedores: Competencia para adoptar medidas definitivas de guarda y alimentación respecto de la nieta acogida.—Una menor se encuentra conviviendo con sus abuelos maternos desde que tenía cinco meses y, a instancia de ellos, se les concedió por la Comunidad Autónoma de Madrid el acogimiento familiar permanente de la niña el 23 de diciembre de 1999, que previamente la había declarado en situación de desamparo, asumiendo la tutela administrativa de la misma en aplicación del artículo 172.1 CC. Cuando aún es menor de edad la nieta acogida se declara judicialmente la separación o el divorcio de los abuelos acogedores, y surge la interrogante de si la sentencia que hace tal declaración puede adoptar medidas respecto de la menor en orden a la guarda y alimentación de ésta.

Interés superior del menor: Su definición como concepto jurídico indeterminado.—La CE de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código civil y la Ley de Emjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ellas se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la LO 1/1996, de 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148, 20.º CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando, bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y de la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales. Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (STS de 21 de febrero de 2011). Se aprecia que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

Según la Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones: «A) *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es

de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) *Un principio jurídico interpretativo* fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. C) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales [...]».

En el ordenamiento español, hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afectan se fijen en su interés, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio (STC de 10 diciembre de 1984).

Acogimiento familiar permanente.—La STS de 31 de julio de 2009 dice que el Cc establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la tutela del menor (art. 172.1), mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3 II y 173 bis, 1.º), y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (art. 73 bis, 2.º y 3.º). En el supuesto que se enjuicia el acogimiento fue familiar, de la familia extensa, es decir los abuelos maternos de la menor. Se trata de un acogimiento convencional, previsto en el art. 173.2, que se formaliza por escrito con el contenido que establece el citado precepto y en el que es obligado el contenido que el propio precepto establece para la formalización del documento. Además es permanente (art. 173, bis, núm. 2) por aconsejarlo así las circunstancias de la menor.

El acogimiento tiene un contenido esencialmente personal por el que el acogedor tiene la obligación (artículo 173.1) de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. La norma reproduce las obligaciones que el art. 154, 1.º impone a los padres, si bien el acogedor no asume las facultades de representación y administración de los bienes, que son inherentes a la patria potestad. Se está en presencia de instituciones diferentes aunque coincidentes en obligaciones personales en favor del menor.

Según el art. 173.4 el acogimiento cesa por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. De ello se desprende que quienes intervinieron en el convenio del acogimiento pueden revocarlo. Pero en cualquier caso sobre la revocación habrá de pronunciarse la autoridad pública que ostenta la tutela administrativa del menor, y mientras tanto no cabe un abandono de facto del menor, y los acogedores deben seguir cumpliendo con los deberes inherentes de su cargo.

Medidas cautelares y definitivas respecto de los menores cuando el matrimonio de los acogedores entra en crisis.—En supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos, sujetos a la tutela administrativa del ente público, con suspensión de la patria potestad.

Cuando existe un acogimiento familiar permanente convencional, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse o regularse a través de un proceso

matrimonial sino que su cese o modificación debe solicitarse de la Entidad Pública que asumió la tutela administrativa y autorizó el acogimiento administrativo permanente, ya que no existe laguna legal por la que se deba acudir a aquellos procesos para resolver las incidencias derivadas del acogimiento. Por tanto, en caso de separación o divorcio de los acogedores, debe ser la Entidad Pública, tutora del menor y autorizante del acogimiento, quien, de oficio o a instancia de parte, y a la vista de las nuevas circunstancias, adopte las medidas más beneficiosas para el menor.

Ahora bien, el interés superior del menor impide que se cree una desatención de éste en tanto en cuanto la Autoridad administrativa adopta la decisión correspondiente, pues mientras ello no suceda ambos acogedores lo siguen siendo y tienen la común obligación de «velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1). De ahí que la sentencia de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo de 2010, afirme que en sentencia se establezca la cantidad en que deba contribuir el acogedor no custodio a los gastos y necesidades del menor, así como medidas de carácter personal para mantener la vinculación afectiva que hasta la fecha había existido, sin perjuicio de que se haya de estar a lo que más adelante decida el Ente público sobre el acogimiento a la vista de la ruptura de vida en común de los acogedores. Pero en el presente litigio no es necesario que el órgano judicial que conoce de la separación, y en aplicación del interés superior del menor, acuerde de oficio el modo de cumplir los acogedores sus obligaciones, porque tales medidas han sido instadas por la Comisión de Tutela del menor de la Comunidad de Madrid, al haber comparecido en el procedimiento. En atención a ello el motivo debe prosperar y mantenerse las medidas provisionales que respecto a la menor estableció la sentencia del Juzgado Primera Instancia al acordar el divorcio de los acogedores, bien entendido que no se adoptan como efectos de este sino como protección cautelar a favor de la menor hasta que el Ente Público decida sobre el cese o modificación del acogimiento que autorizó el 23 de diciembre de 1999.

Divorcio de abuelos acogedores: Pensión compensatoria a favor de la abuela que sigue acogiendo a una nieta menor.—La sentencia recurrida —parca de motivación—, sólo tiene en cuenta una causa para negar la pensión, cuál es que la recurrente tiene atribuido el uso de la vivienda familiar. Pero con independencia de que ello lo motive el que se le haya atribuido la guarda de la nieta acogida y, por ende, sin vocación necesaria de permanencia, aun en la hipótesis de que así fuese, no se tiene en cuenta que la recurrente ha dedicado a la familia 39 años, tiene en la actualidad 65 años y los ingresos son notoriamente desproporcionados entre uno y otro de los cónyuges. El reproche de que ella podía haber trabajado como él a jornada completa es inconsistente, si se tiene en cuenta que han tenido tres hijos, desde el año 1999 tienen acogida a la nieta, y es más que razonable que la dedicación a la familia y a la llevanza de labores diarias del hogar hiciese muy gravosa una dedicación laboral en su empleo en las mismas condiciones de horas de trabajo que las del marido. En atención a tales circunstancias, y teniendo en consideración para la fijación del *quantum* que, al día de hoy, él debe hacer frente a los gastos de una vivienda en la que habitar, se considera adecuada la cantidad de 200 euros mensuales. (STS de 20 julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Que se superpongan o coincidan crisis matrimoniales entre los miembros de familias pertenecientes a dos generaciones sucesivas, no parece hoy ni raro ni infrecuente. Que una familia que ha criado a tres hijos, acoja a la nieta fruto del matrimonio disuelto de uno de ellos (coloquialmente se diría que «tratándola en su hogar como un hijo más») y, llegando a la adolescencia, ocurra la separación de los acogedores, originando pleitos entre ellos sobre pensiones alimenticias, no resulta habitual ni, en cierto modo, normal. El caso se complica porque el acogimiento fue establecido por la Comunidad Autónoma de residencia, mientras que la separación de los abuelos se tramita ante la jurisdicción civil. Casi patética es la declaración de la Autoridad Pública de carecer actualmente de presupuesto para abonar alimentos, con idéntica perspectiva para el futuro.

NOTA.—La sentencia extractada logra clarificar aspectos que la compleja legislación en vigor parece empeñarse en complicar (no afectan en el caso las reformas, más complejas aún de fondo y forma, operadas en 2015). Oportuno es tratar de precisar el significado del concepto jurídico indeterminado *the best interest of Child*, plenamente incorporado ya a nuestro ordenamiento, así como delimitar el régimen jurídico del acogimiento íntegramente administrativo respecto de los procesos que sólo resuelven crisis matrimoniales. Todo ello sin perjuicio de que aquel principio impida de forma absoluta, interregnos con desatención a los menores, pero residiendo en la Administración la competencia para resolverlas definitivamente. Sin perjuicio de las convincentes razones jurídicas que se alegan para explicar la doctrina que se sienta, creo que es de considerar que la firmeza de esta sentencia ocurre en vísperas de la mayoría de edad de la nieta acogida, la cual, en mi opinión, cabe pensar que la interesada seguirá relacionándose con sus abuelos como si en realidad hubieran sido sus padres. Una consideración lateral: ¿De qué sirve a las Entidades Públicas detentar amplias competencias legales en materia de protección de menores, cuando carece de presupuesto para actuarlas? (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

26. Testamento ológrafo: Autenticidad declarada en juicio declarativo: Validez.—Con fecha 14 de agosto de 1978, don Pablo Jesús otorgó testamento ológrafo cuya designación de herederos, aparte de un prelegado, está redactado en estos términos literales: «Yo, Pablo Jesús, natural de Benasar, provincia de Alicante, hago testamento en favor de mis hermanos Luis Pedro, Victorio, José Ángel y Tomasa, de todos mis bienes muebles e inmuebles. La división de dichos bienes se hará por igual entre todos mis hermanos [...]». Posteriormente contrajo matrimonio con D.^a Ramona. No cambió ni modificó el testamento. Pablo Jesús falleció el 10 de octubre de 2009. No tuvo descendencia y su viuda instó acta de notoriedad para obtener la declaración

de herederos a su favor, ignorando la existencia del testamento ológrafo, siendo declarada heredera de su fallecido esposo.

Los cuatro hermanos como herederos abintestato formularon demanda en 2010 con un confuso suplico que en la audiencia previa quedó subsanado en el sentido de que contiene también la petición de que se declare la autenticidad del testamento ológrafo y el derecho a suceder como herederos testamentarios. La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 20.^a de Madrid, de 3 de octubre de 2013 confirmó en todos sus pronunciamientos la dictada por la Juez de Primera Instancia núm. 96 de la misma capital de 13 de mayo de 2011, estimatoria de la demanda cuyo fallo contiene tres pronunciamientos: autenticidad del testamento; derecho de los hermanos a sucederle como herederos testamentarios; y nulidad del acta de notoriedad de heredera abintestato de la viuda, demandada en la instancia y recurrente en casación.

El recurso de casación se contiene en un solo motivo, por infracción del artículo 691 CC. que prevé la adverbación por el Juez de Primera Instancia del testamento ológrafo, como acto de jurisdicción voluntaria. Pero ello no impide, todo lo contrario, que se declare su autenticidad por medio de juicio declarativo ordinario. Así expresa esta doctrina la STS de 14 de mayo de 1996, con cita de sentencias anteriores, que ahora se reitera en estos términos: Obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización, y así lo tiene proclamado esta Sala en sentencia de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914. En la primera de ellas se declara que *esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en [...] la Lec, bien en el correspondiente juicio contradictorio. Y agregando la segunda que no puede admitirse, como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad.* La expresada solución es la que aquí se mantiene subsistente, ya que el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el artículo 689 CC. y, además, en dicho juicio ordinario, se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho código. En definitiva, tras el examen de la prueba practicada y valorada en su conjunto este tribunal no alberga dudas sobre la autenticidad del testamento ológrafo atribuido a D. Pablo Jesús. Así ni se ha infringido el artículo 691 CC. ni cabe cuestionar la declaración de hecho probado que hace el Tribunal de instancia, por lo que el único motivo se desestima (**STS de 16 junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—El derecho aplicable en la sentencia extractada es anterior a las reformas introducidas por la LJV y la LEC. En el recurso por infracción procesal se invoca, entre otros motivos, la incongruencia, pues como reconoce la sentencia extractada la demanda aparece extraña y confusamente redactada. Por eso en el 2.º FJ se insiste en que la congruencia es la correcta adecuación entre el suplico y el fallo, y que la adecuación no significa litera-

lidad de modo que no es preciso que coincida exactamente el suplico y el fallo, teniendo en cuenta, además, que el suplico puede quedar matizado o *subsano* en la audiencia previa. Se aclara también que la audiencia previa tiene por objeto, según ordena minuciosamente el artículo 426 LEC. 2000, el complemento, aclaración o *subsano* de lo alegado anteriormente, y así se corrigió un claro error en el suplico de la demanda al denominar como herederos *forzosos* los que verdaderamente eran *testamentarios*, pues era evidente que los hermanos no son legitimarios, y también la petición de autenticidad no ya fue subsanada, sino que quedó clara por el texto de la demanda y suplico, autenticidad implícita incluso en el curso del proceso.

¿Podría decirse que está en desuso actualmente el testamento ológrafo? Creo que sentencias como la extractada, –plenamente de aceptar–, irían más bien en sentido opuesto, supliendo la falta de adverbación notarial por la que se haga en el proceso. (G. G. C.)

27. Determinación de la ley aplicable en supuestos de Derecho Internacional Privado.–Según el Tribunal Supremo, la determinación de la norma de conflicto exige un proceso previo de interpretación de los conceptos jurídicos incardinados en el caso a resolver. Según nuestro artículo 12.1 CC, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme a la ley española.

Los distintos tipos de contenidos de un testamento.–Dentro del testamento podemos encontrar dos tipos de contenidos: propio o típico e impropio o atípico. El primero se refiere a la típica disposición patrimonial *mortis causa*, esto es, los casos de institución de heredero y del legado. El segundo contenido tiene que ver con cualquier acto o manifestación de voluntad que aproveche la formalidad testamentaria para otras cuestiones distintas de las anteriores (por ejemplo, el reconocimiento de hijos, la rehabilitación del indigno, el reconocimiento de deuda o de cualquier otro derecho de contenido patrimonial). Esta distinción se encuentra recogida en los artículos 741 y 873 CC, de los que habría que hacer una interpretación sistemática. (STS de 23 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.–El testador, residente en Madrid y de nacionalidad marroquí, otorgó testamento aquí el 2 de diciembre de 1975. En él manifiesta que, por conservar la nacionalidad marroquí, está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al Derecho sucesorio, por remisión de la misma al Derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes. En el testamento se incluía una disposición que se refería a un bien inmueble, respecto del cual los actores señalaban que el causante no podía disponer libremente, en la medida en que el 80% del usufructo correspondía a partes iguales y proindiviso a su madre y a sus hermanos, por haberlos adquirido conjuntamente. Se plantea en este caso la determinación de la ley aplicable a una cláusula testamentaria. Para la parte actora –la hermana del testador fallecido y los hijos de otra hermana también fallecida–, respecto de la cláusula controvertida habría que aplicar la ley española, conforme al artí-

culo 12.1 CC, en la medida en que se establece un reconocimiento de derecho a favor de los demandantes. La parte demandada, viuda e hijos del testador, entiende que la ley aplicable es la hebrea, que no permite la libre disposición del testador cuando éste deja esposa e hijos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la acción, por lo que los actores interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo desestimó igualmente, al entender que la ley aplicable era la marroquí, al tratarse de un ciudadano marroquí de religión hebrea. Por tanto, la Audiencia no considera aplicables las instituciones sucesorias del Código Civil y, en particular, el artículo 873 CC.

En casación, el Tribunal Supremo señala que la interpretación de la cláusula del testamento no ofrece duda alguna. A su juicio, se trata de un reconocimiento del derecho alegado por la parte demandante (usufructo vitalicio). Así, en lugar del artículo 9.8 CC, que remitiría a la ley nacional del causante, hay que aplicar el artículo 10.1 CC y, en consecuencia, la ley del lugar donde se hallen los bienes inmuebles. Y añade el Alto Tribunal que a la misma conclusión se llegaría si se interpretara como un reconocimiento de deuda (art. 10.5 CC). Por tanto, estima el recurso de casación, declarando: a) que, en esa cláusula cuarta del testamento, el causante quiso reconocer una deuda a favor de su madre y hermanos por el capital prestado en su momento por éstos; b) que la cuantía de la deuda reconocida consiste en el 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula en cuestión respecto del valor actual que presentan aquéllos; c) la titularidad conjunta y por partes iguales de los beneficiarios de la deuda reconocida.

NOTA.—A la misma conclusión llegó el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 9 de mayo de 1988 y de 19 de junio de 2011, en supuestos similares al aquí planteado. Se aplicó la ley española por ser la del lugar donde se había reconocido el derecho a su titular. (S. L. M.)

28. Derecho de sucesiones: concurrencia entre la acción de impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y la acción de petición de herencia.—De los antecedentes fácticos conviene destacar los siguientes hechos: A) Don Borja, padre ya fallecido del actor D. Prudencio, fue reconocido como hijo extramatrimonial por D. Guillermo en testamento notarial otorgado el 2 de julio de 1955. B) D.^a Valentina, demandada y reconviniente, también fue reconocida como hija extramatrimonial de D. Guillermo en testamento notarial de 16 de septiembre de 1963, siendo instituida además como heredera universal de los bienes de la herencia. C) La sentencia de la Audiencia Provincial, en contra del criterio de la sentencia del Juzgado Primera Instancia considera que la parte actora ejercita tanto una acción de preterición de heredero forzoso, como una acción de petición de herencia, consideración que justifica, a su vez, en los propios pedimentos del suplico, en donde se solicita el derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde con los frutos producidos, y en el debate planteado, en donde tanto en la contestación a la demanda, como en la oposición a la apelación, la parte demandada opone la excepción de la acción de petición de herencia. D) Ambas instancias, en todo caso, sitúan el hecho determinan-

te del plazo prescriptivo en el momento temporal en que la demandada ejercita un procedimiento de desahucio por precario contra Don Borja y su esposa, esto es en el año 1981.

Se plantea la cuestión de fondo consistente en determinar el régimen de aplicación que cabe establecer en el ejercicio conjunto de la acción de preterición de heredero forzoso en sede testamentaria y la propia acción de petición de herencia. La respuesta, concorde con la decisión de la Audiencia Provincial, debe ser negativa, es decir, a favor del reconocimiento del juego autónomo y diferenciado de cada acción en atención a las siguientes consideraciones. Esta Sala en su sentencia de 10 de diciembre de 2014, a propósito de la ineficacia testamentaria por la preterición de un heredero forzoso (art. 814 CC), pese al tenor literal del precepto, declara que la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde a las medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos frente al derecho que asiste al heredero preterido como legitimario. En todo caso el ejercicio de la acción de preterición no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios. En relación con la acción de petición de herencia nos encontramos ante una verdadera acción que trae causa directa de la cualidad del título de heredero, como expresión máxima de su condición, frente a cualquier poseedor de bienes hereditarios que la niegue. En el presente caso, a mayor abundamiento, dicha acción se realiza en el ámbito de la sucesión intestada y por el cauce del derecho a la legítima dada la condición de heredero forzoso de don Borja, del que trae causa la parte actora.

Prescripción adquisitiva: inaplicación.—Además de no haberse opuesto tempestivamente esta circunstancia en el escrito de contestación, no concurren los requisitos objetivos de la prescripción de diez años. Desde el *dies a quo* del plazo (demanda de desahucio por precario de 1981) no puede sostenerse la aplicación, sin más, del artículo 1957 (buena fe y justo título), pues aparte de faltar el presupuesto de la posesión de los bienes hereditarios, acreditada en parte a favor del hijo preterido, tampoco es posesión pública y pacífica (art. 1941), habida cuenta del título de heredero opuesto en el procedimiento de desahucio. (**STS de 23 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Destaca en el *factum* la dilatada realización en el tiempo de los hechos básicos, que arrancan del reconocimiento de un hijo no matrimonial verificado en 1955 (Borja), por un padre algo desmemoriado (Guillermo) que en 1963 reconoce en testamento, esta vez a una hija (Valentina), designándola heredera universal omitiendo a su hermano de vínculo sencillo. En 1971 fallece el padre, abriéndose para ambas familias (naturales, según la terminología de la época) un largo período que culmina con el presente pleito, que también transcurre pausadamente, entre 2006 y 2015, período en el que Valentina litiga con sus sobrinos (de vínculo sencillo, o naturales) pues ha fallecido entretanto Borja. La sentencia de la Audiencia Provincial dejó aclaradas las cuestiones litigiosas básicas. Es estimada la demanda planteada por un nieto del causante, en nombre de la comunidad hereditaria forma-

da por sus dos hermanos, hijos legítimos de Borja y en calidad de nietos de Guillermo, ejercitando acumulativamente la acción de preterición y la acción de petición de herencia, con base en que el plazo de prescripción de esta última es de 30 años y no había transcurrido al ejercitarse. Se desestima íntegramente la nulidad del reconocimiento de Borja ejercitada por vía reconvencional. Marginalmente surgen algunos interrogantes: ¿No hubiera sido aconsejable resolver el pleito por vía de mediación? Dos familias próximas que probablemente había adquirido conocimiento hacía bastantes años de su común origen, discuten sobre la titularidad de un patrimonio común con títulos hereditarios escasamente dudosos. (G. G. C.)

29. Partición hereditaria: Rescisión por lesión: Recurso extraordinario por infracción procesal: Incongruencia y falta de motivación son independientes: Valoración de la prueba pericial.—La incongruencia y la falta de motivación son conceptos distintos que han de integrar también motivos diferentes, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y cabe que, pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente (SSTS de 1 de diciembre de 1998, 25 de enero de 1999 y 25 de septiembre de 2003). En consecuencia, no cabe hablar de falta de motivación por el hecho de que la sentencia hubiera dejado de pronunciarse sobre determinadas pretensiones de las partes, pues precisamente la falta de motivación ha de ponerse en relación con el pronunciamiento que se considera inexplicado y ausente de respaldo; lo que cabalmente es distinto e incompatible con la incongruencia que consiste en la falta de pronunciamiento o en el pronunciamiento discordante con el objeto del proceso y las alegaciones efectuadas por las partes en defensa de sus pretensiones. En el cuaderno particional se tuvo en cuenta la pendencia de un litigio sobre el bien al parecer más valioso adjudicado, haciéndose constar que el procedimiento «continuará a instancia de aquel heredero al que se asigne la finca en litigio, y las consecuencias del único beneficio que se puede obtener del mismo es la recuperación de la posesión de una franja de la finca». Si, como ahora se sostiene, tal apreciación era discutida y constituía cuestión litigiosa, debió hacerse constar así en la demanda, y no plantearla con posterioridad. En realidad la crítica que se dirige contra la sentencia sería más bien de falta de exhaustividad en cuanto se echa de menos una referencia a la alegación de la actora sobre los efectos que en la valoración de la finca ha de atribuirse al hecho de la existencia de un pleito pendiente sobre ella, requisito al que se refiere el artículo 218.1 LEC en cuanto impone que las sentencias hagan las declaraciones que exija la demanda y las demás pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito. Pero si se examina la demanda se advierte que en ella no se hace mención alguna a la aludida finca, ni, por tanto, se especifica que haya de valorarse la misma teniendo en cuenta la pendencia de un litigio sobre parte de ella, razón por la que la Audiencia Provincial no estaba obligada a tratar de esta cuestión, que era nueva en la apelación. La improcedencia de plantear cuestiones nuevas constituye doctrina reiterada de esta Sala, y además en este caso se ignora el resultado del pleito seguido sobre la finca.

El artículo 348 LEC, en referencia a la valoración de los informes periciales se limita a señalar que *el tribunal valorará los dictámenes periciales*

según las reglas de la sana crítica. Esta Sala tiene declarado al respecto que tales reglas no se hallan recogidas en precepto alguno ni están previstas en ninguna norma valorativa de prueba (SSTS 21 de enero de 2000, 28 de junio de 2001, 28 de febrero y 15 de abril de 2003, y 2 de octubre de 2014), y, en consecuencia, no existiendo reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional (STS de 29 de abril de 2005). No obstante, estando vedados el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, cabe el control casacional cuando en las afirmaciones de los peritos o en la valoración judicial se aprecia un error de tal magnitud, es decir, un error patente, ostensible o notorio (SSTS 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002), o se extraen conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS 13 diciembre 2003 y 9 de junio de 2004), o se adoptan criterios desorbitados o irracionales, se efectúan apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, o se tergiversan por el tribunal las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsean arbitrariamente sus dictados o se aparta el juzgador del propio contexto del dictamen pericial (SSTS 21 y 28 de febrero de 2003, 19 de julio y 30 de noviembre de 2004). Fuera de tales casos no cabe, en el recurso extraordinario, reiterar la postura de parte favorable a las conclusiones periciales que más le favorecen frente a las que le perjudican, para lograr así una nueva valoración a modo de tercera instancia. **(STS de 22 de junio de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.-Aparte de que en esta sentencia se interpone exclusivamente el recurso extraordinario por infracción procesal, cabe destacar la notable rapidez de la resolución del pleito (la sentencia del Juzgado Primera Instancia se dicta el 8 de marzo de 2013, y la Audiencia Provincial resuelve la apelación el 13 de diciembre de 2013), que dura algo más de dos años desde la sentencia de primera instancia hasta la firme de casación. Se trata del ejercicio de una acción de rescisión por lesión, en una partición entre hermanos, que se desestima en ambas instancias y también el recurso extraordinario por infracción procesal. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

30. Carta de patrocinio. Negocio jurídico unilateral de eficacia obligacional. Garantía asumida por el patrocinador. Relación jurídica exigida entre patrocinador y patrocinado.—La carta de patrocinio, en su sentido propio, responde a la estructura del negocio jurídico unilateral con trascendencia obligacional, como declaración de voluntad unilateral de voluntad, de carácter no formal, dirigido a la constitución o creación de una relación obligatoria. El patrocinador asume una obligación de resultado con el acreedor, o futuro acreedor, por el buen fin de las operaciones o instrumentos de financiación proyectados; de forma que garantiza su indemnidad patri-

monial al respecto. Cabe admitir como *causa credendi* del compromiso obligacional asumido cualquier relación existente entre el patrocinador y el patrocinado que justifique el legítimo interés, atribución o ventaja que para aquél pueda representar la realización de las operaciones financieras. Dicho marco relacional, entre patrocinador y patrocinado, puede responder a la relación existente entre la sociedad matriz respecto a su filial, bien a otras relaciones diferentes como ser el patrocinador acreedor o accionista de la patrocinada (STS 13 de febrero de 2013).

Presupuestos de su eficacia obligacional.—La eficacia obligacional de la carta de patrocinio requiere de dos presupuestos o condiciones. En primer término, y en el plano de la interpretación de la declaración de voluntad, debe contemplar de manera clara e inequívoca, el compromiso obligacional del patrocinador al margen, de toda declaración de mera recomendación o complacencia, sin voluntad de crear un auténtico vínculo obligacional. En segundo término, dado el carácter recepticio de esta declaración unilateral de voluntad, el efecto obligacional requiere que el compromiso del patrocinador resulte aceptado por el acreedor en orden a la realización de la operación proyectada. Aceptación, que conforme a la naturaleza de la figura, no tiene carácter formal o expreso, pudiendo ser tácita o presunta, particularmente inferida de la relación de causalidad entre la emisión de la carta de patrocinio y la realización o ejecución de la financiación prevista.

Atipicidad contractual y disciplina normativa aplicable.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS de 24 de octubre de 2014, la tipicidad básica de la denominada carta de patrocinio responde a tres criterios de interpretación, claramente concatenados. El primero, relativo a su función negocial, da cuenta de su carácter instrumental respecto de un negocio principal (operación financiera de que se trate) al que acompaña o sirve como una modalidad de garantía personal dentro del marco general de estas garantías. Correlativamente, el segundo criterio, ya en el plano de la normativa o régimen aplicable, concreta que esta función de garantía personal que caracteriza a la carta de patrocinio no se realiza como una proyección o suerte de contrato de fianza sino como una modalidad de garantía personal que, precisamente, excluye la tipicidad y régimen que se deriva de esta figura, de ahí que conceptualmente la carta de patrocinio no pueda quedar embebida o ser reconducida al contrato de fianza o a una mera aplicación analógica de la misma, pues conforme a su tipicidad básica se trata de una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada (STS de 30 de junio de 2005). En consecuencia, tercer criterio de interpretación, el contenido obligacional que se establece en la relación jurídica entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza.

Alcance o extensión de la responsabilidad. Las obligaciones derivadas de la carta de patrocinio son distintas respecto a las que nacen del contrato de fianza. No es aplicable el régimen previsto para el fiador en el contrato de fianza.—El contenido obligacional que deriva de la relación jurídica constituida entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza. En primer término, porque el patrocinador no viene obligado a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a aquella que adeuda el deudor principal o patrocinado, por la operación financiera llevada a cabo, sino otra de

distinta naturaleza y contenido. Esto es, una obligación de indemnidad patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada a cargo del acreedor. En segundo término, porque este cambio en el objeto u obligación garantizada también comporta una clara modificación del régimen típico que en la fianza regula la extensión y alcance de la obligación del fiador desde sus notas de accesibilidad y subsidiariedad. De forma que al patrocinador, en principio, tampoco le resulta aplicable este contenido obligacional expresamente previsto para el contrato de fianza, particularmente, en relación a la extensión máxima de la obligación del fiador y la reclamación legal del exceso, dado que el compromiso indemnizatorio asumido puede ser mayor que la prestación programada, a la aplicación legal del llamado beneficio de excusión a favor del fiador, o a las propias excepciones oponibles al acreedor. En definitiva, del análisis de la tipicidad básica que subyace en la función negocial de esta práctica, y de su naturaleza o autonomía en el marco de las garantías personales, no se infiere, salvo pacto expreso de las partes al respecto, que resulte de aplicación el régimen legal previsto para el fiador en el contrato de fianza. (STS de 28 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio versa sobre la naturaleza y alcance contractual de la denominada carta de patrocinio emitida por la entidad demandada para favorecer una operación financiera de descuento bancario. La demandada se obligó, a través de un contrato atípico, a responder de las obligaciones contraídas por la empresa DHO con una entidad bancaria en relación al contrato de descuento bancario de letras de cambio celebrado entre esta entidad de crédito y aquella empresa. En concreto la referida carta de patrocinio estaba redactada de la siguiente manera: «Muy señores nuestros: Por la presente les confirmamos que tenemos conocimiento de la operación de descuento que por importe nominal de 10.271.594,36 Euros van ustedes a formalizar con DHO el presente día. Les confirmamos que somos accionistas de esta sociedad y somos conocedores de que la citada operación se ha concedido en base a nuestra participación en la misma. Así mismo les confirmamos que, en base a las relaciones que mantenemos con dicha compañía, nos comprometemos frente a ustedes a realizar nuestros mejores esfuerzos, incluido el apoyo financiero, para que D. H. O. cumpla en todo momento sus compromisos con ustedes, y en especial los adquiridos por la citada operación de descuento, con objeto de que ustedes no tengan ningún perjuicio. El presente compromiso permanecerá en vigor en tanto subsistan responsabilidades derivadas de la citada operación de descuento que ustedes formalicen con DHO». La entidad bancaria descontante de las letras de cambio reclama, en base a la obligación de garantía asumida, una determinada suma de dinero a la entidad patrocinadora. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

31. Aplicabilidad de la normativa MIFID y su terminología para considerar a un cliente como inversor profesional.—El empleo de la terminología introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, trasponedora de la Directiva 2004/39/CE (MIFID) a fin de evaluar los conocimientos finan-

cieros y la preparación del cliente no constituye aplicación de la normativa MIFID. El empleo de la terminología propia de la Directiva MIFID para referirse a un supuesto gobernado por la normativa anterior es indiferente. Lo verdaderamente relevante consiste en dejar constancia de una realidad que influya en el enjuiciamiento bien de la existencia de vicios en el consentimiento a la hora de contratar el producto financiero bien del incumplimiento del deber de información por parte de la entidad prestadora de servicios de inversión.

Incumplimiento del deber de diligencia en la administración de la inversión ante la quiebra de la entidad emisora del objeto de la inversión.—No hay incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de asesoramiento financiero que permita indemnizar daños y perjuicios por la diferencia entre el precio al que podría haberse desinvertido y el precio al que finalmente se desinvertió, cuando el cliente es consciente de los riesgos asumidos con la inversión y es informado de la situación del emisor así como de la cantidad que se obtendría por la venta del producto financiero. (STS de 21 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Ribertierra, S.L. (en adelante, «Ribertierra») celebró con Altae Banco, S.A. (en adelante, Altae) un contrato de asesoramiento financiero y de orden de movilización de valores. En el marco de ese contrato, Ribertierra invirtió en diversos productos financieros (bonos estructurados a renta fija) emitidos por Credit Suisse y BNP. En este contexto, Ribertierra dirigió asimismo una orden de compra a Altae para la contratación del bono estructurado «Digital Tarn 12% Mayo 2007», que es objeto del litigio. En la orden de compra, Ribertierra comunicaba a Altae su interés por orientar sus inversiones hacia estructuras financieras de estrategia y gestión alternativa más sofisticadas. Entre estas opciones se encontraba el precitado bono estructurado «Digital Tarn 12% Mayo 2007» emitido por *Landsbanki Islands HF*, que contaba con una calificación AAA. Este bono, cuyo vencimiento estaba fechado para junio de 2017, pagaba el primer año un cupón del 6% trimestral. El segundo año pagaba un cupón del 6% multiplicado por un coeficiente resultante de determinar el número de días en que el EURIBOR a 3 meses estuviere comprendido dentro de un rango (2,30% - 4,70%). La información suministrada por Altae incluía un análisis de escenarios. En la orden de compra, Ribertierra declaraba conocer las características y condiciones del producto y confirmaba que el mismo se adecuaba a sus objetivos de inversión. En junio de 2008, el jefe administrativo de Ribertierra es informado de que el bono estaba fuera de rango debido a lo elevado de los tipos de interés del EURIBOR a 3 meses y de que en la venta no se obtendría una cantidad superior al 85% del valor nominal de la inversión. La entidad emisora fue nacionalizada por el gobierno islandés el 9 de octubre de 2008 y después sometida a un proceso de liquidación. De este modo, los bonos adquiridos no generaron rédito desde entonces.

Ribertierra interpuso demanda frente a Altae y Cajamadrid en la que solicitaba que se declarara la ineficacia de la orden de compra de los bonos Digital Tarn, fundamentada en el incumplimiento

de las demandadas, como prestadoras de servicios de inversión y asesoramiento por quebranto de conducta, ausencia o falseamiento de información y negligencia en el asesoramiento. Entre otras pretensiones, Ribertierra solicitaba indemnización de daños y perjuicios, cuantificada en 6.000.000 de euros, por el importe en que los bonos podrían haberse vendido en enero de 2008 (86,42% del valor nominal).

Las pretensiones de Altae fueron desestimadas tanto en primera instancia como en apelación.

NOTA.—La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 14 de noviembre de 2016 (Id. Cendoj: 28079110012016100650) ha concedido indemnización derivada del incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento al inversor por la pérdida patrimonial consistente en la diferencia de valor de las acciones por la bajada de su cotización, sin que los demandantes tuvieran oportunidad de deshacerse a tiempo de las mismas y, por lo menos, atenuar el descalabro económico. (A. I. R. A.)



