REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Números 102-103
abril-septiembre 2017

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO
CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados (†)

DIRECTOR EN FUNCIONES Y SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.ª Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo (†)
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

IN MEMORIAM

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

en nuestra memoria.
Nuestro Presidente ha fallecido.

La Revista Jurídica del Notariado le dedicará el próximo Número. Todos los componentes del Consejo de Redacción lo tenemos en el corazón y la oración por su eterno descanso no ha faltado desde el primer momento.

Revista Jurídica del Notariado
Números 102-103
abril-septiembre 2017

SUMARIO

El centenario de Juan Vallet de Goytisolo 11
Miguel Ayuso Torres

Juan Vallet: un testimonio personal 15
Federico Cantero Núñez

Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Jurista integral .. 25
Antonio Linage Conde

ESTUDIOS DOCTRINALES

Firma electrónica y consentimiento 95
Javier Manrique Plaza

De nuevo con la firma electrónica y otras cuestiones: Reglamento UE núm. 910/2014 113
Francisco Javier García Más

Antecedentes y criminología de la ocupación pacífica de bienes inmuebles. Sujetos y objetos del delito 189
José Miguel Jiménez París

La expropiación temporal de viviendas y otras soluciones habitacionales para colectivos vulnerables de la Ley 4/2016 de Cataluña 343
Cristina Argelich Comelles

Nuevas fórmulas de cesión crediticia y legitimación activa en el procedimiento ejecutivo especial sobre bienes hipotecados 389
Carolina del Carmen Castillo Martínez

Miscelánea 441
Víctor Manuel Garrido de Palma

Las pensiones alimenticias: especial referencia al cónyuge separado 469
Aurelia María Romero Coloma

La cláusula testamentaria prohibitoria de intervención judicial 485
Javier Fajardo Fernández

La legítima en el Derecho común: ¿supresión o reducción? 543
Francisco Javier Olmedo Castañeda

Nuevas causas de desheredación en el Código Civil español. Especial referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación 611
Socorro Maldonado Rubio

El régimen tributario de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea de un Estado miembro a otro de la unidad europea 667
Víctor Manuel Garrido de Palma

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 699
Víctor Manuel Garrido de Palma

RECENSIONES

***"Sobre el Derecho de Obligaciones y Contratos"*. Recensión del libro homenaje a Ignacio Serrano García, editado por W. Kluwer España SA, 2016** 719
Gabriel García Cantero

***"Madrigalejo, 1516. El crucial testamento del Rey Católico"* de Alberto Sáenz de Santa María Vierna, Marcial Pons Historia, Madrid, 2016** 765
Ángela Villanueva Romero

"*El derecho de retención en el Código Civil español"* de Laura Zumaquero Gil, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 767
Esther Muñiz Espada

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

***"Delimitación del grupo de sociedades en el concurso".* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), número 190/2017, de 15 de marzo** 773
José Miguel Embid Irujo

***"Relaciones de representación y agencia de deportistas profesionales y de sociedades gestoras de derechos de imagen".* Una aproximación a las relaciones de derecho y de hecho nacidas entre las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero de 2017** 793
Luis Hernando Cebriá

***"Informe de auditoría con opinión denegada y admisión del depósito de las cuentas anuales"*. Contenido material del informe de auditoría con opinión denegada que impide el cierre del Registro. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de marzo de 2017** 819
Benjamín Saldaña Villoldo

EL CENTENARIO DE JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Miguel Ayuso Torres
Profesor de la Universidad de Comillas
Director de la revista "Verbo"

Se cumplen cien años del nacimiento de Juan Vallet de Goytisolo, que nos dejó hace apenas cinco. Esa longevidad, acompañada de la gracia de la lucidez que gozó hasta el final, hace que lo sintamos todavía próximo. Y, sin embargo, el conjunto de sus cualidades refleja una talla cada vez más insólita en nuestro tiempo, de manera que su figura adquiere simultáneamente desde el presente contornos lejanos y heroicos. Es uno de los signos de nuestro tiempo la progresiva desaparición de las personalidades extraordinarias, a las que con frecuencia han sucedido profesionales competentes y bien preparados, pero carentes del genio de sus predecesores.

Vallet fue primeramente un jurista práctico. Un notario excepcional en el seno de una corporación ya extraordinaria. Doblemente excepcional pues. Vivió el notariado como un sacerdocio, al ver en el mismo mucho más que una profesión jurídica, cabalmente la encarnación del *ars iuris* por el que se discierne la cosa justa en el seno de la experiencia jurídica. Notario, además, es lo mismo que decir hombre de buena fe, ya que –en sus palabras– "la buena fe ha de sentirse, pues la imposición no creída se derrumba rápidamente". Luego, tras su jubilación a los setenta años, por casi veinte más, se convirtió en abogado, informando con jovialidad de espíritu ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y resolviendo en equidad o según ley, pero siempre en derecho, arbitrajes delicados.

Pero fue, sin menoscabo de esa consagración al oficio notarial, un jurista *savant* y un verdadero jurisprudente. Los conocimientos que atesoraba, en efecto, relativos sobre todo al derecho civil, y en particular al de sucesiones, ahondados en sus raíces filosóficas, contemplados panorámicamente en su despliegue histórico y apre-

hendidos en su ordenamiento positivo, lo sitúan en la cima de la jurisprudencia hispánica de la segunda mitad del siglo XX. Su obra de metodología jurídica, a la que dedicó incansable los últimos veinte años de actividad intelectual, y que se objetivó en varios miles de páginas, constituye un monumento de arte, ciencia y filosofía del derecho, alcanzado no tanto dogmática como problemáticamente, según conviene –en la cita inevitable de Ulpiano– a la filosofía verdadera y no a la aparente.

El encuentro con Eugenio VEGAS LATAPIE, diez años mayor que él, personalidad magnética y apóstol constante de la causa de la monarquía tradicional, a la que había consagrado su vida, abrió a Vallet en su madurez el mundo de la justicia general y su pauta el bien común. De la política, si se quiere, en puridad (en los términos de una conocida frase de Pío XI) la caridad política. De esa amistad de empresa surgieron la Ciudad Católica y la revista "Verbo", en 1961, a las que VALLET prodigó toda suerte de cuidados: no dudó, al igual que VEGAS, en aprontar tiempo y recursos, así como en sacrificar a las mismas cuando hizo falta su enorme prestigio profesional. Con más de medio siglo a sus espaldas en la promoción de la doctrina social y política de la Iglesia, siempre con docilidad a su magisterio perenne, "Verbo" y la Ciudad Católica, son, en este sentido, una de las principales obras del pensamiento tradicional español. Otra de cuyas corporeizaciones es el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, fundado en los años setenta del siglo pasado por el profesor Francisco ELÍAS DE TEJADA, del que VALLET fue precisamente albacea y sucesor. Que hoy igual que ayer considera –según dejó escrito un notable historiador y filósofo social en los años cuarenta– cómo la estabilidad de las existencias crea el arraigo, origen de dulces sentimientos y sanas costumbres que cristalizan en saludables instituciones, las cuales, a su vez, conservan y afianzan las buenas costumbres. Arraigo existencial, buenas costumbres, instituciones edificantes... Quizá parezcan un pensamiento y un lenguaje periclitados. Pero, si se piensa serenamente un instante, es posible que haya de concluirse que son el único lenguaje y pensamiento posibles.

No es menor la producción de VALLET en este campo. Sus estudios sobre la masificación, la tecnocracia o el principio de subsidiariedad y los cuerpos sociales básicos tuvieron un signo auroral en los primeros casos o recapitulatorio en el último, pero rayan todos a la máxima altura. Como acredita la hemeroteca de ABC, desde finales

de los años sesenta a mediados de los noventa, durante un cuarto de siglo en que su pluma compareció en su tercera o en diversas tribunas.

Un ámbito privilegiado de su quehacer fue finalmente el académico. Así, numerario de la Real de Jurisprudencia y Legislación desde bien temprano, en 1963, fue VALLET durante más de treinta años secretario general, vicepresidente y presidente. Puede decirse sin miedo a errar, por lo tanto, que su presencia marcó un dilatado período de la vida de la Corporación. Más tardío fue el ingreso en la Real de Ciencias Morales y Políticas, precisamente para suceder a Eugenio VEGAS a la muerte de éste en 1985. A ambas Academias acudió puntualmente todas las semanas y en ambas se mostró siempre –como en las demás facetas de su vida– más atento al cumplimiento del deber que a la extensión del poder, según el *dictum* ciceroniano: *antiquior ei fuit laus quam regnum.*

JUAN VALLET: UN TESTIMONIO PERSONAL (1)

Federico Cantero Núñez
Notario

I. INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un inmenso honor poder participar en este Seminario organizado por el profesor Ayuso con motivo del centenario del nacimiento del Exmo. Sr. Don Juan Vallet de Goytisolo; honor que se incrementa por tener ello lugar en la sede de esta Institución, de la que llegó a ser Presidente y Presidente de Honor.

Al mismo tiempo me brinda la posibilidad de manifestar una deuda de gratitud humana e intelectual que, al reconocerla, se torna, necesariamente, en privilegio. Lo haré a través de un breve recorrido de lo que fue mi relación con el hombre sencillo y cercano que fue, pese a haber sido un "jurisconsulto total, maestro en el arte, en la ciencia y en la filosofía del derecho", tal y como, ya por el año 1974, lo definiera Elías de Tejada. (2)

II. ALGUNOS RECUERDOS

Conocí a Juan Vallet con dieciséis años, recién llegado de Vigo para cursar los estudios universitarios. Fue a través de mi hermano

(1) Texto que sirvió de base a la intervención del autor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación dentro del Seminario "JUAN VALLET DE GOYTISOLO", y bajo el título "Juan Vallet de Goytisolo, jurisconsulto total", con motivo del centenario de su nacimiento.

(2) F. Elías de Tejada, en la dedicatoria de *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código civil reformado en 1973*, v. 1, Madrid, Edersa, 1974.

Estanislao, en el grupo de la Ciudad Católica, que Vallet había fundado unos años antes con el inolvidable Eugenio Vegas. El propósito de aquel grupo era el estudio y difusión de los fundamentos de la política según los principios del Derecho Natural y del Derecho Público Cristiano con la finalidad de contribuir a un orden social justo, ante los retos que alumbraba la nueva sociedad de masas que tanto había llamado la atención de nuestro conmemorado y a la que había dedicado diversos estudios, en especial su libro *Sociedad de masas y derecho* (3), libro que a pesar de los casi cincuenta años transcurridos desde su publicación, conserva toda su frescura y actualidad.

Durante aquella etapa, que abarca de 1973 a 1979, asistí a las reuniones que todos los martes se celebraban en el número 38 de la calle José Abascal, y en las que sus intervenciones devenían en lecciones, tan cercanas como magistrales, de filosofía política, social y jurídica.

La labor de cada curso culminaba en la celebración de unos congresos que por espacio de tres días, con frugal desayuno, comida y cena incluidos, se organizaban anualmente y en los que logró reunir a lo más granado de los profesores de Derecho natural y, de otros saberes jurídicos, notarios –y aquí quiero mencionar, porque posiblemente fue su compañero más entusiasta en esta faceta, al prematuramente fallecido Jerónimo Cerdá Bañuls– y también abogados y funcionarios de otros cuerpos. Esto ciñéndome al campo jurídico, pues aquellas reuniones transcendían ese ámbito.

A Juan Vallet, como defensor de la tradición, le interesaba el porvenir y, en consecuencia, la comunicación y entrega de su hacer a las generaciones nobeles –no en vano se llamaba *Speiro* la fundación que editaba y sigue editando la revista *Verbo*–. Sin duda, eso fue lo que le condujo a confiarme en unión de la que luego sería mi esposa María Teresa Morán, la creación de un grupo de jóvenes interesados por estos temas, que nos reuníamos todos los jueves y del que formaron parte, entre otros muchos, su hijo Javier y, en la última etapa, Miguel Ayuso, que con gran acierto tomó el relevo cuando centré mi tiempo en la preparación de las oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar que, una vez aprobadas, me apartarían definitivamente de Madrid.

(3) Cfr. J. Vallet de Goytisolo, *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, Taurus, 1969.

De esta etapa quiero destacar y agradecer el tiempo que Juan me dedicó para explicarme las muchas de las cuestiones que entrañaban dificultad, así como la confianza que depositó en mí cuando –teniendo yo sólo 19 años– me encomendó que pronunciara una conferencia en un congreso de Ciudad Católica –que acepté porque sabía que contaba con su apoyo y su consejo para sacarla adelante ("lo mejor es enemigo de lo bueno" me dijo muchas veces cuando algo se atascaba)– o, cuando ese mismo año de 1978 me confió la lectura en Oporto en el V Congreso del "Círculo de Estudos Sociais Vector" de su conferencia sobre "La indisolubilidad del Matrimonio y el Derecho natural" (4). (Mi condición de gallego y la osadía de la edad me llevarin a adaptar su lectura a un galaico-portugués que, la verdad, no sé si facilitó o dificultó su comprensión por parte del auditorio luso. ¡Espero que fuese lo segundo!).

Su manera de ser le llevaba a comportamientos de caridad cristiana que a mí me sorprendían porque no eran habituales en las personas mayores. Recuerdo perfectamente un día del mes de mayo de 1977 en que quería que asistiese a un almuerzo con el profesor Petit Sullá y otra persona más que iban a venir de Barcelona. Cuando a las dos de la tarde llegué a su despacho del número 7 de la calle Ramón y Cajal, le acababan de comunicar que los comensales catalanes no habían podido tomar el avión. Entendí que no había, pues, comida y que me volvía a mi casa, que, por lo demás estaba cerca, y, así se lo dije. Su respuesta fue categórica: "De ninguna manera, ¡faltaría más!, y llamó inmediatamente a su secretaria para que avisase al restaurante Jai Alai que en lugar de cuatro seríamos dos. Me pareció, y aún hoy me lo parece, un gesto de grandeza extraordinaria. Yo no era nada pero él me situó al mismo nivel que los eminentes profesores catalanes.

De vuelta a mi tierra como Teniente Auditor, casado y padre ya de mi primer hijo, seguí leyendo cada nueva publicación que, con una cariñosa dedicatoria, jamás olvidó enviarme, y fue sin duda el sentimiento de su cercanía y mi admiración lo que me decidió a preparar las oposiciones a Notarías, algo que, por lo demás, siempre

(4) Cfr. F. Cantero Núñez, Crónica del V Congreso del "Círculo de Estudos Sociais Vector", *Verbo*, núm. 165-166 (1978), p. 777.

me había sugerido. Sé que se llevó una alegría cuando las saqué. Tomé posesión un mes antes de que él se jubilara de notario, que de jurista nunca tal cosa llegó para él.

Cuando en la Academia de Santiago me facilitaron los temas de la oposición, tomé verdadera conciencia de lo que representaba Juan Vallet para el notariado. Era el autor más citado y seguido en los capítulos de sucesiones y estaba también muy presente en el resto del temario.

III. SU INFLUENCIA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

En el día a día de mi ejercicio profesional no he podido ni querido sustraerme a su influencia, lo que no ha resultado fácil ni cómodo habida cuenta el positivismo y legalismo imperantes en nuestra sociedad, y muy particularmente en un sector importante del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y en la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que unido a la naturaleza de las normas fiscales impiden, en demasiadas ocasiones, una correcta interpretación, determinación y aplicación del Derecho. Pondré dos ejemplos:

1. Capacidad para recibir una atribución patrimonial a través del pacto de mejora

En Galicia la Ley de Derecho civil admite y regula (arts. 209 y ss.) dos pactos sucesorios: el de apartación, en virtud del cual un legitimario pierde la condición de heredero forzoso a cambio de recibir en vida bienes concretos; y el de mejora, que no es otra cosa que la atribución a un descendiente de bienes concretos que recibe como anticipo de herencia (normalmente se asimilan a un legado) pero que no conlleva ni renuncia de legítima, ni transacción de derechos, ni tampoco, de ordinario, obligación específica alguna. En realidad equivale a una donación que se somete al régimen de la sucesión mortis causa.

Al ser pactos sucesorios no reciben el tratamiento fiscal de las donaciones sino el de las herencias, mucho más favorable, pues hasta 400.000 euros no tienen coste para el mejorado y, además, no generan incremento patrimonial para el mejorante en el IRPF. Con esta

regulación normativa acude a mi despacho una abuela con intención de transmitir a título gratuito un piso a cada uno de sus dos nietos. Los dos son mayores de edad pero uno de ellos está incapacitado y, por consiguiente, carece de plena capacidad de obrar.

El artículo 210 de la Ley de Derecho Civil de Galicia afirma que "sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar". La interpretación literal de la norma obliga a la abuela a transmitir a su nieto incapaz su piso por vía de donación con un importante coste fiscal para ella (IRPF) y para su nieto (Impuesto de Donaciones), pues para aceptar donaciones, como es sabido, no existe esa limitación y puede representarle su madre titular de la patria potestad prorrogada; en tanto que su nieto no incapacitado puede recibir el suyo por pacto de mejora con un tratamiento fiscal incomparablemente mejor.

En cambio, una interpretación finalista adecuada a la realidad del caso concreto y al superior principio de no discriminación (art. 14 CE) permitiría llegar a la conclusión de que la norma exige la plena capacidad de obrar para otorgar un pacto sucesorio de apartación, pues en él sí que opera una renuncia por parte del apartado, y que es en este pacto sucesorio en el que el legislador pensaba cuando solo permitió el otorgamiento de pactos sucesorios a los mayores de edad con plena capacidad de obrar.

No existe razón que se alcance para sostener la exclusión de los menores de edad y de los incapacitados de las ventajas que, como beneficiarios, les reporta la figura del pacto sucesorio de mejora.

Es verdad que la ley en el artículo 210 no distingue; es verdad que existe una regla interpretativa o brocardo según la cual *cuando la ley no distingue, no debemos distinguir;* pero no es menos cierto que, una vez superados los esquemas interpretativos de la lógica pura y de la *escuela de la exegesis,* esta regla no puede seguirse de modo absoluto. En ocasiones, como escribió Vallet (5), sucede justamente lo contrario: precisamente porque la ley no distingue el intérprete está obligado a distinguir.

Planteado el tema, el Registrador de la Propiedad llamado a calificar esta escritura de pacto de mejora a favor del nieto incapaci-

(5) Cfr. Juan B. Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del Derecho I (parte histórica)*, Madrid, *Centro de Estudios Ramón Areces,* 1994, p. 784.

tado rechazó de plano esta interpretación realista y finalista que le proponía, como, por lo demás, la siguen rechazando todos aquellos con los que he tenido oportunidad de plantearles la cuestión. El resultado fue que el nieto que soporta la desgracia de su incapacidad soportó además el gravamen fiscal de la donación mientras su hermano, en cambio, se pudo beneficiar del tratamiento fiscal de la herencia a la que se asimila el pacto de mejora. Justo, desde luego, no es. Agravio, sin ninguna duda, se produce.

2 Inmatriculación por doble título. Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (6)

El otro ejemplo se puede observar en la Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 en la que se desestima un recurso interpuesto por una cliente mía y se confirma la calificación de la Registradora de la Propiedad. Se plantea la cuestión de si procede la inmatriculación de una finca por la vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria en virtud de escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales de un matrimonio, autorizada el 12 de junio de 2015, acompañada del título adquisitivo previo del aportante, que es una escritura de segregación de finca y pacto de mejora también autorizada el mismo día y por consiguiente con anterioridad a la publicación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria. Los títulos se presentan en el Registro con posterioridad a su entrada en vigor.

La DGRN, aplicando literalmente el nuevo artículo 205 LH y la Disposición Transitoria única de la Ley 13/2015, resuelve que la inmatriculación no procede pues los títulos, entre los que no media el lapso de un año, fueron presentados en el Registro después de la entrada en vigor de la Ley. (Antes el artículo 205 de la Ley hipotecaria exigía dos títulos públicos para inmatricular a su amparo pero no que entre ambos hubiese pasado el lapso de un año). No tuvo en cuenta la Dirección General la circunstancia concreta, acreditada por la recurrente, de haber iniciado, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, el procedimiento catastral dirigido a obtener la certificación descriptiva y gráfica de la finca objeto de inmatriculación que se debe aportar al efecto, tal y como el propio artículo exige,

(6) *BOE*, Miércoles 22 de febrero de 2017.

ni la demora de más de ocho meses en resolver por parte de la Administración catastral. Es verdad que podría haber presentado las escrituras en el Registro antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, pero no parece razonable exigir a un ciudadano corriente estar al día de cada reforma legislativa de carácter técnico.

Ahora bien, los títulos fueron otorgados, no solo con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley 13/2015, sino incluso antes de su publicación, y en el momento de su autorización eran aptos para inmatricular, siendo así que la aplicación literal de la Ley hace que el defecto sea, en puridad, insubsanable pues nunca va a mediar dicho plazo entre los dos salvo que se anule el segundo título (aportación a gananciales) y se vuelva a otorgar pasado el año desde el otorgamiento del primero, lo que no deja de ser un sinsentido jurídico.

Parecería más razonable, teniendo en cuenta los principios constitucionales de irretroactividad y de seguridad jurídica recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución, acudir, tal y como sostuve en mi informe, al párrafo primero de las disposiciones transitorias del Código Civil que, pese a ser preconstitucional, está plenamente acorde con la Constitución y además es una norma integradora de todo nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a la cual "las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen los derechos adquiridos confirme a la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo", teniendo en cuenta que el derecho a practicar la inscripción es un derecho adquirido desde el momento del otorgamiento de la escritura pública.

Evidentemente la interpretación que propuse supone forzar el contenido de la Disposición Transitoria. Soy plenamente consciente de ello. Mi crítica se dirige fundamentalmente al Legislador que bien podría haber tomado en consideración para la aplicación de la antigua o la nueva Ley no la fecha de presentación del título en el Registro sino la fecha de otorgamiento del título mismo, lo que habría resultado plenamente respetuoso con todos los ciudadanos que realizaron sus negocios jurídicos conforme a la legalidad vigente, negocios firmes y amparados por la Fe Notarial que han devenido con posterioridad a su completa formación y por ministerio de la ley, insuficientes para desplegar todos sus efectos.

Esto no obstante, en su Resolución la DRGN señala que la inmatriculación puede obtenerse bien a través del expediente de dominio

del artículo 203 LH, bien complementado el primero de los títulos (segregación de finca y pacto de mejora) con acta de notoriedad, tal y como luego se hizo. De acuerdo, hay una solución, pero una solución onerosa para el ciudadano.

El problema que aquí se plantea tiene una especial incidencia en Galicia donde existen infinidad de casos en los que, sin existir titulación notarial previa, se formalizan dos títulos sucesivos el mismo día, al ser habitual otorgar, por ejemplo, las escrituras de adjudicación de herencia con ocasión de la venta que inmediatamente se va a efectuar, o que sea la propia liquidez que proporciona la venta la que lleva a otorgar en un mismo acto la escritura previa de liquidación de un régimen económico matrimonial.

Fin de los ejemplos.

IV. CONCLUSIÓN

Los notarios, como los abogados y los jueces, estamos en permanente contacto con la realidad, que es plural y está repleta de matices. Estamos siempre en presencia de los hechos, sin los que no existiría el Derecho, hasta el punto de que –como el propio Vallet recordaría citando a Fontalvella, un autor clásico de su tierra catalana– *minima mutatio factum, mutat totum ius* (7).

Sólo desde una perspectiva alejada de la realidad se pueden afirmar como absolutos determinados principios. La libertad, la igualdad, la seguridad y hasta la propia legalidad, si están desencarnados de la naturaleza de las cosas y afirmados ideológica o dogmáticamente, conducen a demasiados absurdos y contradicciones que únicamente se pueden evitar revitalizando la justicia material como objetivo y fin esencial del Derecho. En su propio germen está armonizar estos principios y situar a cada uno en su debida proporción, atendiendo a las circunstancias. En definitiva, se trata de recorrer incesantemente el camino que va *de la virtud de la justicia a lo justo jurídico* (8).

---

(7) J. P. Fontanella, cit. Juan B. Vallet de Goytisolo, *Manuales de metodología jurídica, Volumen I, Manual introductorio a las metodologías del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, p. 107.

(8) La cursiva constituye precisamente el título de un trabajo publica-

Quiero terminar mi intervención, que ante todo ha pretendido ser un testimonio personal, recordando las palabras que nuestro homenajeado pronunció con motivo de su toma de posesión como miembro del Consejo de Estado, tras ser elegido como Presidente de esta Academia. Allí, haciendo una introspección de la labor notarial que había realizado y en la que se había empapado del sentido realista y prudencial del Derecho, destacó lo que para él era el fundamento de las *potestas* que el Estado confiere al notario de dar fe de los actos y negocios extrajudiciales, esto es: la función de "aconsejar, asesorar, prevenir, configurar, que carece de toda *potestas*, pero tiene la *auctoritas* atesorada por las anteriores generaciones de tipo románico o latino" (9). En esta tradición de la *auctoritas* tiene y tendrá un lugar destacado y eminente quien hoy recordamos.

Por todo ello y por mucho más, ¡Gracias, Juan Vallet!

do en 1963 y recogido en su libro *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala, 1973.

(9) Cfr. Cantero Núñez, E., *El concepto del Derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, *Fundación Matritense del Notariado*, Madrid, 2000, p. 443.

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO JURISTA INTEGRAL

Antonio Linage Conde
Notario

Mi notaría de ingreso, el año 1956, fue Fortuna, un pueblo cercano a Murcia. Allí autoricé varias escrituras de donación a los hijos, con reserva del usufructo a favor de los dos cónyuges y del supérstite. Era una práctica usual en la comarca. El Registrador de Cieza denegaba la inscripción de esa cláusula, alegando la falta de las formalidades testamentarias y la prohibición de las donaciones entre cónyuges (1).

La primera sorpresa jurídica de VALLET en su primera notaría, Torroella de Montgrí, estuvo llamada a ser una variante de ese pacto de supervivencia, la compra de una finca por un matrimonio con una estipulación idéntica, algo como luego él se enteró, corriente en todo el Ampurdán (2). Nos resulta entrañable leer al futuro maestro sobre la redacción de aquel documento, evocando parejas experiencias primerizas: "Había que firmar inmediatamente, antes de que ellos regresaran a la masía. Les redacté una compraventa

(1) Doy algún dato más en *Apuntes y recuerdos de un notario en el homenaje a un procesalista*, pendiente de publicación en las actas del congreso dedicado a Manuel Peláez del Rosal por el Ayuntamiento de Alcalá la Real.

(2) De entonces menciona también VALLET dos cláusulas de estilo que han perfilado instituciones, en uso cuando él ejercía en Torroella y en Malgrat, la codicilar y la *omni meliori modo*: "A seguido de las expresiones del compareciente, de que quería disponer su última voluntad, se añadían estas palabras, *que quiere que valga como testamento y, en el caso de no valer como tal o que con el tiempo valer no pudiere, se sostenga como codicilo o de aquella forma que en derecho mejor valiere.* Se discutía si en Barcelona era o no ocioso ponerla, y donde ciertamente era totalmente innecesario su empleo era por quienes se rigieran por el Código Civil".

conforme había yo aprendido en las notarías de Barcelona en las que había practicado, las de Tomás Caminal y José-María Ferré Morego. La escritura fue inscrita por el registrador de La Bisbal, Jaime Bossacoma Pou, pero me advirtió de que yo no había consignado el *pacto de sobrevivencia,* usual en la comarca. [Es curioso que un registrador echara de menos una cláusula que mi registrador sistemáticamente rechazaba (3)]. Muy pocos días después redacté unas capitulaciones matrimoniales con heredamiento a favor del hijo que se casaba, y en ese caso el mismo registrador me hizo observar que había redactado un heredamiento de *institución*, siendo así que en la comarca solían redactarse mixtos, de institución-donación, con la fórmula *heredeta y dona*. Tomé buena nota de ambas advertencias y, en adelante, el protocolo me sirvió como modelo básico de mis escrituras, y si me encargaban unos capítulos matrimoniales tomaba preferentemente como modelo los que habían otorgado los padres o abuelos de quienes iban a convenirlos, de los cuales muchas veces me traían la copia que ellos conservaban como un eslabón de la cadena de *capmasers* de su manso (4)".

Ese tema del pacto de supervivencia fue el del primer artículo de Vallet (5). Después, siendo notario en Gran Canaria –de Aruca, y

(3) El criterio favorable fue el de la Dirección, el 19 de mayo de 1917, en un recurso del notario de Tárrega, Pablo Sanahuja Barenys, contra el registrador de Balaguer, el notario había estimado que esa cláusula no era independiente de la compraventa, e invocó además el principio *pacta sunt servanda*. El 5 de mayo de 1932 no prosperó en cambio el recurso del notario de Lluchmayor, en Mallorca, Manuel Baraibar Arrarás. decidiendo el centro directivo que no era posible variar el régimen de gananciales.

(4) Le seguimos en *La determinación notarial del Derecho,* y *Configuración de instituciones y apertura de nuevos cauces jurídicos por la labor profesional de los notarios,* "Anales de la Academia Matritense del Notariado (=AAMN)" 35 (1995) 469-543, y 36 (1996) 533-627. En la primera conferencia aludió también a esa experiencia primeriza.

(5) *La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia*, "Revista de Derecho Privado (=RDP)" 28 (1944) 708. Antes se había ocupado de él José-María de Porcioles y Colomer, *Régimen económico familiar al Baix Urgell y Segria* (en unas "Conferencies sobre varietats del dret civil catalá"; Barcelona, 1934; 186), sosteniendo su validez por analogía con la admisión en Francia de los seguros de vida a favor del cónyuge sobreviviente. Se citaban unas alusiones precedentes, en "La Notaría", de un notario de Figueras, Martín Mestres Borrell; y del notario de Gerona, Emilio Saguer Oliver, en un estudio de una figura jurídica relacionada, *Institución*

sustituto en Guía– se le volvió a plantear la cuestión, corriente por lo menos en el norte de la isla, dándole pie para otro artículo (6). En defensa del pacto opinó que las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas sólo operante matrimonio, y caso de estimarse *mortis causa* estarían comprendidas en el artículo 641, no en el 820 del Código Civil. Esa fue la solución del Tribunal Supremo, el 7 de junio de 1960.

A continuación mencionó dos artículos sobre la materia de Francisco Virgili Sorribes, uno de José-María Cabrera Hernández, y otro de Álvaro Calvo Soriano, también notario de Figueras (7). Escribe a propósito de esa evolución doctrinal: "Posiblemente mi artículo pagó esa pretensión de ser conceptualmente *científico,* como entonces aún estaba en boga entre nosotros. Al recopilar mis diversos estudios acerca de esta compraventa y compararlos, en total y por su diferente perspectiva acerca de su naturaleza observable entre el primero y el último, escribí que, en conjunto, constituyen una muestra de la diferencia que media entre el intento de introducir la realidad captada en los moldes de los conceptos aprendidos y el esfuerzo por readaptar nuestros conceptos sometiéndolos a la realidad viva, remodelándolos de nuevo una vez adaptados a ésta; y también, de la diferencia que existe entre la pretensión de configurar *ex novo* las figuras jurídicas vividas, conforme a nuestras ideas, y la sumisión humilde al trabajo previo de recoger la tradición institucionalmente vivida que más adecuada resulta al supuesto que se trata de ex-

---

de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña (Gerona, 1913). Al contestar a Vallet en la Academia de Jurisprudencia, Núñez Lagos aludió al caso, estimándole un terreno hasta entonces inexplorado.

(6) *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y para después del fallecimiento de éste a favor de un tercero, y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores,* RDP 28 (1944) 709-728; 30 (1946) 943-958 (y en "La Notaría" (1945) 111-132. Del tema trató después en sus "Estudios varios" (Madrid, 1980) 419-452, y "Estudios sobre donaciones" pp. 213-221.

(7) *Adquisiciones con pacto de sobrevivencia,* RDP 36 (1952) 361. El abogado del Estado Cirilo Martín Retortillo publicó en la misma revista *El impuesto de derechos reales aplicado a instituciones forales. Compraventa por consortes con pacto de sobrevivencia,* 29 (1945) 438. La solución que el Registrador de Cieza nos proponía era otorgar escritura de donación con reserva del usufructo ordinario para cada cónyuge y que inmediatamente los hijos donatarios hicieran donación del usufructo al supérstite. Nosotros hicimos caso omiso.

plicar. Es un contraste entre el pensamiento subjetivo y el trabajo objetivamente efectuado, siguiendo la línea vivida por los juristas que nos han precedido y desbrozado los caminos del derecho usual".

No estuvo de acuerdo total con el artículo de CALVO SORIANO, pero éste le abrió los ojos a "la realidad ya vivida, quitadas las telarañas conceptuales y mejor conocedor del *ius commune* y sus variantes vividas en Cataluña (8)". Con lo cual concluyó que el pacto de sobrevivencia era "un fideicomiso contractual adosado a la compraventa (semejante a la reversión de donaciones a favor de un tercero, o a favor de alguno de los donatarios de lo donado a los demás, o recíproca entre todos ellos). Esto era posible tanto según el Derecho Romano como conforme a los autores del *ius commune,* pudiendo ser impuesta –explicó Peregrino– ya sea en interés del transmitente o bien del primer adquirente y a petición de éste". Cuando se estaba redactando el anteproyecto de la Compilación Foral de Cataluña, en 1960, Ramón FAUS ESTEVE pidió a VALLET un bosquejo de su regulación y aquél le facilitó una nota. La Compilación admitió la figura cuando había separación de bienes.

Si nos hemos detenido en el examen de este caso concreto es porque el de VALLET y su solución iban más allá del casuísmo (9). Lo que estaba en juego era la opción, al aplicar la ley, de un lado entre una interpretación literalista de la misma, que no se conformaba con asegurar su cumplimiento, sino que en el margen no expresamente contemplado rechazaba el recurso a cualesquiera medios ajenos a su sistema, sistema que por otra parte no era legal sino producto de una elaboración doctrinal conceptualista; de otro la apertura a las realidades de la sociedad y de la vida, incluso de la legítima libertad civil y autonomía volitiva de los hombres y los súbditos. Por eso citaba a NÚÑEZ MORENO, según el cual "el notario no cumple su misión si sólo conoce la ley escrita y no acude a la experiencia propia de la vida social, pues el derecho formulado en preceptos legales y aun en obras científicas suele ser un derecho estático, que sólo al contacto con la vida social se anima y vivifica". El propio VA-

(8) Desde esa óptica escribió su segundo artículo, *Las compras con pacto de sobrevivencia en derecho catalán,* "Revista jurídica de Cataluña (=RJC)" 54 (1955) 289-314.

(9) De ahí la cita acabada de mencionar que NÚÑEZ LAGOS hizo en aquel momento solemne.

LLET pensaba que "la pauta ética y el respeto a los usos vividos para configurar la voluntad de los otorgantes, siguiendo los cauces que dejan libres las normas imperativas y prohibitivas, deben constituir la pauta orientadora del notario en su función configuradora de los negocios jurídicos, y son un punto de orientación de las preguntas que es preciso formularles". Por otra parte, es tipificadora de la obra de VALLET la cercanía entre la solución del caso práctico y los grandes principios, una demostración pintiparada de que para tener acceso a las elucubraciones jurídicas de altos vuelos no hace falta moverse en los centros llamativos con sus especulaciones teóricas de las instituciones jurídicas relacionadas con el poder, bastando para ello el despacho notarial.

Unos años antes, en marzo de 1934, Ramón-María ROCA SASTRE había dado una conferencia en el Colegio de Abogados de Barcelona, sobre *El heredamiento fiduciario en el Pallars Sobirá.* Él había tomado posesión en 1925 del Registro de Sort. Lo tardío allí de los matrimonios por la dureza de la lucha por la vida, exigía a veces la encomienda a dos parientes de la institución de heredero al hijo más capaz de asegurar la conservación de la casa. Esa misma dureza exigía la irrevocabilidad, lo que se atenuaba al descender la altitud, hasta conformarse en la tierra llana con la revocabilidad del Código Civil. El nuevo registrador "pronto advirtió la intimidad de la vida de la comarca, gracias a su residencia y los libros inmobiliarios. Asiento de inscripción tras asiento de inscripción, la vida fluía, precisa y descriptiva, de las mismas vivencias, varias y reales, al folio registral (10). Recordamos al canónigo Fermín de Pas, el protagonista de *La Regenta* –por cierto novela escrita por el catedrático de Derecho Civil Leopoldo Alas–, oteando la ciudad de Vetusta desde la torre de la catedral. Otra manera de hacerlo era entre la urdimbre de las fincas y los titulares a través del archivo hipotecario (11).

(10) José J. PINTÓ RUIZ, *La conceptuación instrumental de Roca Sastre,* AAMN 39 (1999) 15-25.

(11) Carlos Obiols Taberner, presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, en el "Libro homenaje a Roca Sastre" de la Junta de Decanos (I, 1976, p. 23), escribió bajo el título *Roca Sastre en la misión de juzgar,* que la finalidad del Derecho es "la realización de la justicia, cuyo sujeto es el hombre, no el hombre abstracto, sino el hombre social determinado por los grupos donde él mismo se organiza y se completa".

Roca Sastre fue el primer preparador de Vallet, hasta que dejó esa actividad para preparar sus propias oposiciones a la notaría de Barcelona. Aún no se había instalado Roca en la habitación privada a la que llamaba "la alcoba", un antiguo cuarto de baño de la Pedrera, lleno de mesas y sillas con revistas y libros abiertos, y en un extremo de una mesa muy larga la Underwood donde él escribía, con dos espacios para deambular en las pausas meditativas de la tarea.

En 1938 murió en Barcelona José Faus Condomines quien, hasta dos años antes, y desde 1896, o sea durante cuarenta y uno, había sido notario de un pueblo de la Cataluña del Segre, Guisona. En el centenario de la Ley del Notariado, Ramón Faus Esteve, Decano del Colegio de Barcelona, y sus diez hermanos, costearon la edición de las *Conferencias, artículos y trabajos* de su padre (12). Todas dedicadas a la vida de las casas y las familias de la comarca, en la sucesión de sus instituciones hereditarias y las varias figuras jurídicas conexas al servicio de la permanencia de la casa, a saber los capítulos matrimoniales, el contrato de *empenyament* o venta a carta de gracia –psicológicamente distinta del *establecimiento*–; las dotaciones de los *cabalers* o segundones, los fideicomisos, las dotes libre, gravada y muerta; los usufructos viduales y los *nuviatges* o equipos nupciales, además del derecho especial de la Segarra: los retractos legales, la propiedad libre y gravada, los fideicomisos, las tarifas de los mozos de labranza; el arrendamiento, *masovería* y *boïgatges,* y los aprovechamientos comunales de las eras de trillar o *emprius.* De los *nuviatges* hacía parte a veces el *oferidor,* una tela con la que se cubría la *oferina* u *oferta*, o sea el pan, el vino y las demás sustancias que en sufragio de las almas de los difuntos llevaban sus parientes a las iglesias, ofreciéndolas o entregándolas al sacerdote durante la misa.

Dos maneras distintas las de Roca y Faus *senior* de vivir al servicio de la seguridad jurídica y la libertad civil de las gentes en torno. Otra la de Vallet, en una extensión que le llevó a dos academias nacionales y un interregno en el Consejo de Estado, con huelgo para un desbordamiento en la literatura jurídica. Pero en todas ellas, de una u otra manera, la presencia de la tradición jurídica catalana.

(12) (Junta de Decanos; Barcelona, 1964).

UN LARGO Y FECUNDO PASO POR LA TIERRA

Juan Berchmans Vallet de Goytisolo nació en Barcelona el 21 de febrero de 1917 y murió en Madrid el 25 de junio de 2011 (13). Los Vallet constan desde el medievo en Sarral, un pueblo de vides y alabastro en la Conca del Barberá (14). Los Goytisolo eran vascos, de Lequeitio, aunque el abuelo materno nació en la ciudad cubana de Cienfuegos. De la familia son los tres conocidos hermanos escritores Juan, Luis y José-Agustín (15). El padre, José-María Vallet Arnau, fallecido cuando Juan tenía ocho años, fue un hombre de empresa, fundador de dos sociedades automovilísticas que, a través de la llamada Elizalde, dieron lugar a la Hispano-Suiza, cuya desaparición no bastante explicada es una de las más penosas frustraciones de la historia económica de la España contemporánea.

Del colegio de la Bonanova, de los Hermanos de las Escuelas Cristianas, a quienes andando el tiempo dedicó algún libro, Vallet pasó a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de la ciudad (16). "Mi afición al Derecho y mi preocupación por penetrar en sus razones –ha escrito– las había incubado en el tercer año de mi carrera, en el curso 1936-1937, con la enseñanza del malogrado catedrático que tanto prometía, José Alguer Micó (17)". Terminó en 1939, y Roca Sastre "volvió a despertar en mí la afición al Derecho, que se me había adormecido con el olor de la pólvora y el ruido de las explosiones"; muchas éstas: el Segre, Balaguer, Fulleda, Santa Coloma, Caldetas, San Pol de Mar, Arenys de Mar .

Ingresó en el Notariado en 1942 y después de Torroella sirvió en Malgrat, Arucas y, por oposiciones restringidas, Logroño, de 1947 a

(13) En 2007 publicó el libro *Reflexiones sobre Cataluña: religación, interacción y dialéctica en su historia y en su derecho.*

(14) En el séptimo centenario de su fundación, 1982, Vallet editó *La carta de població y franqiicia,* en la "Miscelánea Sarralenca" publicada por el Ayuntamiento (pp. 19-62).

(15) Por ellos se sabe que su "primo Berchmans" intervino en su favor cuando tuvieron dificultades después de la guerra,

(16) El jesuita Francisco de Paula Vallet Arnau, nacido en 1883, fundó en 1928 la congregación de Cooperadores Parroquiales de Cristo Rey. Juan Berchmans fue un jesuita canonizado en 1888.

(17) Éste fue el anotador de Ennecerus, con Blas Pérez González, también profesor de Vallet; otros fueron Trias de Bes y García de Valdeavellano.

1949, cuando por oposición directa pasó a Madrid. Fue notable su encuesta sobre la sucesión del cónyuge viudo en la Rioja. Después de participar en los congresos de la Unión Internacional del Notariado Latino en Bruselas, Mejico, Múnich, Montevideo, Buenos Aires y Guatemala, de 1963 a 1977, este año fue elegido su Presidente y como tal, en el congreso de París de 1979 contestó al Primer Ministro Raymond Barre; en el de Florencia, de 1984, habló de *El troquel latino del notario*. De 1977 a 1991 fue secretario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; desde 1994 presidente y como tal Consejero de Estado. Era asiduo del seminario del "Anuario de Derecho Civil" de don Federico de Castro. En 1960 fundó la editorial Speiro y la revista "Verbo", de inspiración iusnaturalista, como los Amigos de la Ciudad Católica desde 1962. Otro de los fundadores fue el Letrado del Consejo de Estado, Eugenio Vegas Latapié, al que sucedió en la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Yo le recuerdo entre los Amigos del monasterio del Paular, tras de la restauración en esta antigua cartuja de la vida monástica benedictina. Después de jubilado ejerció la abogacía (18).

Muy acertadamente representativa de la obra de Vallet ha sido la conmemoración del centenario de su nacimiento por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (19), *Juan Vallet de Goytisolo jurisconsulto total,* presentada por Consuelo Martínez-Sicluna de la Universidad Complutense, y cerrada por Danilo Castellano, de la Universidad de Udine, con intervenciones de Miguel Ayuso (de Comillas); Ricardo Dip (del Tribunal Superior de Sâo Paulo): *Vallet, filosofo del Derecho;* Juan Fernández Segovia (de la Universidad de Mendoza): *Vallet, filósofo de la política;* el notario de Vigo, Federico Cantero: *Vallet, civilista y notario;* y Fernán Altuve Febres (de la Universidad de Lima): *Vallet en la América hispana* (20).

---

(18) Su bibliografía hasta 1998 está publicada en el libro de Estanislao Cantero Núñez, *El concepto del Derecho en la doctrina española* (1939-1998). *La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo* (Fundación Matritense del Notariado, 2000); hasta 1991 en el de Cristina Fuertes-Planas Aleix, *Filosofía políitca y jurídica de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* (*íbid.*, 1992).

(19) En la que existe un "Seminario Juan Vallet de Goytisolo".

(20) La Junta de Decanos le dedicó en 1988 un Homenaje en ocho volímenes. Sobre su obra escribieron allí Pedro Galvâo de Sousa, Antonio da Cruz Rodrigues, Claudio Finzi, Pier-Paolo Ottonello, María-Adelaide Raschini, Bernardo Monsegú c.p., Victorino Rodríguez o.p., Gonzalo Ibáñez s.m., Juan

El título de ese tributo recogió el epíteto de "total", que parece usó por primera vez un amigo de VALLET y muy emparentado con su mentalidad, Francisco Elías DE TEJADA. Pero se trata de algo tan evidente que se le habría ocurrido a cualquier otro interesado en su obra y su figura. Yo le he sustituido por "integral", no en busca de una diferenciación, sino por parecerme un poco más definitorio de las mismas. Con él trato de subrayar que todos sus múltiples ámbitos se entrecruzan y coordinan, de manera que no pasaba de uno a otro al cambiar de tema.

Estanislao CANTERO ha visto en VALLET una ida del Derecho Civil a la Filosofía del Derecho, y después un retorno. Lo cual yo no niego. Pero pienso que se trata sobre todo de algo cronológico, y me lleva a aludir a su pensamiento político, por ver en él una presencia tácita o no tanto del mismo Derecho privado y del notarial también (21).

Para él, siguiendo la tradición aristotélica y tomista, y cito a Cantero "la comunidad política no es un conjunto de individuos aislados ordenados por ella, sino una sociedad de sociedades que tiene origen natural". Por lo tanto la sociedad se compone de cuerpos intermedios que deben gobernarse a sí mismos, "cuerpos intermedios a través de los cuales se desarrolla la libertad del hombre, que no es un poder hacer en abstracto, sino un conjunto de facultades de obrar reales y concretas".

Los sistemas modernos que han rechazado los partidos políticos pensaron en esos cuerpos intermedios como sustitutivos de los

---

Antonio WIDOW, Víctor GARCÍA HOZ, José-María CASTÁN VÁZQUEZ, Estanislao CANTERO, Rafael GAMBRA CIUDAD, José-María MARTÍNEZ VAL, Fermín SANZ ORRIO, Jorge USCATESCU, Delia-Matilde FERREIRA RUBIO, Bernardino MONTEJANO, Vicente-Gonzalo MASSOT, José-Juasn PINTÓ RUIZ, Ángel SÁNCHEZ DE LA TORRE y Francisco-José FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA. Sobre VALLET se han sostenido cuatro tesis doctorales en España y dos en Italia.

(21) Por lo tanto no es la plétora de aportaciones de VALLET a unas y otras ramas del Derecho la que induce a definirle por la totalidad de su dedicación. Se trata de algo cualitativo, además de cuantitativo. Si bien ello nos plantea la cuestión de armonizar la necesidad de la especialización con los límites de la misma. Sin una visión de conjunto, a la luz de los principios, no parece posible tomar los caminos seguros en unos y otros campos. Recordamos otro ejemplo, en este aspecto menos clamoroso pero de pareja evidencia y solidez. Siendo catedrático de Derecho internacional público, don Federico DE CASTRO opositó y ganó la cátedra de civil. Después fue juez del Tribunal de Justicia Internacional de La Haya.

mismos. Así el fascismo. Pero los absorbió como células para construir su estado totalitario (22). El comunismo, teniendo una teoría determinista explicativa de la evolución de la sociedad y de sus organismos económicos y políticos, ni siquiera se planteó la cuestión, deificando la producción y la distribución y aplicación del excedente (23). El estado liberal, definió los derechos del hombre teniendo de éste una concepción abstracta, sin la distinción natural entre la igualdad y la uniformidad, planteando además el problema del aseguramiento de la representatividad mediante unas u otras opciones en las leyes electorales.

Yo no voy a entrar en esta materia, pues lo que me interesa es subrayar una idea clave de VALLET, donde se encuentra el eslabón que une lo privado y lo público. Se trata de la libertad civil como presupuesto de las libertades políticas. Un concepto que él toma, lo subraya CANTERO, de los foralistas españoles, el notario aragonés COSTA, y los catalanes DURÁN y BAS, el notario FALGUERA, y el obispo TORRAS Y BAGES. Es decir que a través del Derecho Civil se llega al Derecho Político o Constitucional si lo preferimos, siendo de una plena naturalidad la vuelta, hasta llegar a una continua circulación de idas y venidas.

Encontrándonos también en este terreno con la función notarial. Pues ésta, en cuanto el público tiene elección de notario, y autenticación de éste está investida de la fe pública, es una manifestación de la libertad civil de los ciudadanos, cuyo reconocimiento por el Estado implica una aquiescencia a su autonomía de la voluntad.

---

(22) Recordamos la llamada de atención sobre el estatalismo del cardenal Gomá en 1939; hemos tratado de ello en *Tres primados de Toledo en el ojo el huracán,* en las actas del simposio sobre "Las dos ciudades", el año 2017 en San Lorenzo del Escorial.

(23) "Marx y Engels distinguieron dos fases en su camino hacia la instauración del socialismo. En la primera, el Estado socialista será un estado que oprimirá, porque lo propio de todo Estado es la opresión, y el derecho socialista también será un derecho de desigualdad, porque lo propio de todo derecho es la desigualdad. El tránsito de esa primera a la segunda fase no podrá llegar hasta que, en la sociedad comunista, la producción de bienes de consumo haya alcanzado el nivel de abundancia; entonces ya no serán necesarios el Estado ni el derecho".

En esta visión panorámica salta a la vista lo plenamente adecuado de que este notario, que presidía la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, tuviera también un sillón en la de Ciencias Morales y Políticas.

DE UNA A OTRA ACADEMIA

El ingreso de VALLET en la primera de esas academias tuvo lugar el 27 de mayo de 1963. Ocupó la vacante de don Jerónimo GONZÁLEZ y fue contestado por Rafael NÚÑEZ LAGOS. Eligió un tema de derecho sucesorio, pensamos que éste su preferido, también subyacente muchas veces en los matrimoniales, tales los tendentes a mantener la casa y el patrimonio del derecho catalán (24). El discurso versó sobre la *Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima.*

Comenzó sentando que "todo el Derecho, arte de lo justo, se mueve entre dos fuerzas fluidas que continuamente se interfieren y entran en conflicto: la libre voluntad del sujeto y lo prohibido normativamente", pugna especialmente simple en esa materia, por reducirse de una parte a la voluntad del testador como ley de su sucesión, y de otra a ciertas instituciones en las que esa voluntad se estrella, tal la legítima. En el caso concreto planteaba los interrogantes de si el testador podía ofrecer mayor *quantum* a cambio de una merma en el *quale,* si el legitimario podía salirse de los términos únicos de la alternativa, y si le quedaba o no una *tertia via* por el testador no prevista.

Después de un itinerario erudito lo denso que era de esperar, concluyó que la aceptación pura y simple de la herencia no implicaba la aceptación del gravamen, aceptación que había de ser expresa, lo que no quería decir literal ni nominal, teniendo lugar la suspensión del llamamiento hasta dicha aceptación o la resolución del gravamen mismo, y que la reclamación contra éste del heredero que se hubiera inmiscuido en la herencia implicaba la pérdida retroactiva de su atribución compensatoria, pudiendo ser instado en juicio a la

(24) Contestando en la Academia a ROCA SASTRE, NÚÑEZ LAGOS dijo que la mayoría de los especialistas españoles de derecho sucesorio eran catalanes.

aceptación o el repudio por los demás interesados si sólo se hubiera inmiscuido mediante actos de mera administración.

Tiene interés también la contestación de NÚÑEZ LAGOS, que aprovechó el caso concreto para ascender a los principios generales, a saber: "La opinión adversa a estas cautelas está de antemano totalmente refutada. La sólida dialéctica de sus partidarios es admirable, pero el Derecho no es un problema de lógica matemática. Esta concepción escolástica del derecho feneció con la misma escuela de los comentaristas. Sus sucesores de la escuela culta de los humanistas se apartan totalmente de este sendero dialéctico volviendo con rigor al texto justinianeo y a la *mens legislatoris,* [aunque] en las inteligencias sencillas de los juristas de nuestros días, quizá no quepa que algo que esté prohibido de modo directo esté permitido de modo indirecto, dando un rodeo"*.*

En el tributo rendido a su antecesor, VALLET citó una opinión expuesta por don Jerónimo al notario Matías MARTÍNEZ PEREDA, que éste había expuesto en una conferencia en la Academia Matritense sobre la sucesión en favor del alma, por cierto una de las más jugosas dadas en esa tribuna, en un atrayente estilo coloquial: "Ya no me cabe duda de que ha fracasado el conceptualismo. Los conceptos jurídicos tienen un valor muy escaso y muy relativo. El concepto jurídico es un círculo que traza la mente en su intento de captar la realidad, de abarcarla, pero bien pronto nos damos cuenta de que la realidad es más amplia y que la desborda. Entonces ampliamos el círculo y creemos abarcarla ya entera. Sin embargo, la realidad, la vida que es proteica, más amplia y profunda, la desborda de nuevo, y nosotros, aficionados a pensar por conceptos, enfrascados y entusiasmados por ellos, nos quedamos en los mismos y se nos escapan la realidad y la vida". También le previno contra la jurisprudencia de intereses, pues "fundar el derecho pura y exclusivamente sobre el interés acaso tenga el peligro de desconocer el interés supremo, que es el de la justicia. Ésta un valor que no se puede medir con el metro del interés, un criterio de ponderación que no se puede asimilar a una simple balanza de conveniencias, un ideal que no se alcanza tan sólo con reflexiones de orden práctico"*.*

Unos años después, en la misma Academia, el notario de Arenys de Mar, Isidoro-Aurelio FERNÁNDEZ ANADÓN, se explayó en el mismo sentido, en torno al que llamó *Derecho privado cotidiano,* con una agilidad mental, originalidad de enfoques, y multiplicidad de citas

variopintas, demostrativas de que en el mundo del Derecho las exigencias del rigor no están reñidas con los juegos del ingenio (25).

El 16 de noviembre de 1998, VALLET siendo Presidente de la Academia, inauguró el curso con una lección sobre *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo,* esencial para conocer su pensamiento. Pensaba, como cuando estaba en la Facultad, que había un derecho objetivo, consistente en las leyes, y otro subjetivo, poder de la voluntad (Windscheid) o interés jurídico protegido (Jhering), cuando la lectura de Michel VILLEY –*Seize essais de phiolosophie du droit,* 1969–, le hizo darse cuenta de que el Derecho es el *tho dikaion* de Aristóteles, *quod iustum est* o la *res iusta* de los romanos. Esa reacción contra el positivismo legalista había sido iniciada a fines del siglo anterior por COSTA, y a principios del que corría por Eugen EHRLICH.

---

(25) Sólo sabemos del conferenciante que había nacido en Motril y que ingresó por la notaría de Camprodón en 1930. En aquella ocasión dijo entre otras cosas: "Los juristas españoles tienen un disimulado desdén por el derecho romano. –*No construían*, dicen. Y fueron los que acuñaron el derecho que encontraron zahereño y salvaje. Pusieron en él su impronta, el perfil de sus fieras narices aquilinas. Claro es que no supieron hacer monografías jurídicas, ni artículos de revista, ni especie alguna de *Beiträge* ni *Rechtwissenschaft,* pero una cosa es recortar la melena a un león y otra distinta el peinar a un gato. Ahora se ha cambiado todo esto y se ha descubierto la Técnica con mayúsculas, la *Dogmática*, nombre este último particularmente feliz, pues sólo como dogma es posible apechugar con ello. [...] Se opera tan lejos del aire libre que, al pensar, se usan fórmulas tradicionales que trascienden la escuela y la rebotica", llegándose a la deshumanización del derecho privado. [...] Lo acabado de las teorías jurídicas es como la belleza de las manos, señal de implicación. En el callo, precisamente en el callo, está el síntoma de la fuerza. [...] Veo dos soluciones: Obligar a descansar a los sabios del mismo modo que en misa mayor se sientan los oficiantes para que les alcance el coro, o dar un colosal puntapié a los puestos de quincallería jurídica y ponernos a trabajar en serio". VALLET, llamándole "cultísimo", cita una carta suya sobre los *Apuntes de derecho sucesorio*: "Por primera vez en mi vida de lector hallo quien acierte a ver la fuente del Derecho mejor que en la ley en la reacción que provoca. Veinticinco siglos peina la metáfora de la nave del Estado y de su timón legal, y yo que tengo un puerto debajo de mi ventana, nunca he cr eído en la acción directa de leyes o timones. El viento o el vapor empujan, el mar resiste y el timón canaliza en nuestro provecho la resultante. La ley químicamente pura tiene la misma eficacia que intentar maniobrar con un barco parado".

En el Derecho Romano, Paulo definió el Derecho como lo *aequum et bonum* (=natural), y Ulpiano siguiendo a Celso cual *ars boni et aequi.* Para su conocimiento o ciencia, Ulpiano definió la jurisprudencia como las *divinarum atque humanarum rerum notitiae iusti atque iniusti scientia.*

Santo Tomás de Aquino rechazó la identificación del Derecho con la ley. Para él consistía en *ipsam res iustam, ius sive iustum.* Derecho positivo es una de las formas de constituir el Derecho, otra manera es la convencional entre las partes dentro del tráfico jurídico.

De los otros juristas bajomedievales, incluidos los glosadores Azón y Accursio y los postglosadores o comentaristas Bartolo y Baldo, para Vallet era representativo un tratadista de las Constituciones generales de su tierra, Tomás Mieres –*Apparatus super constitutionibus curiarium Generalium Cathaloniae–,* quien considera la justicia como la forma que determina el Derecho, por lo cual se identifica con éste, siendo el acto jurídico el discernimiento de lo justo y lo injusto. Vallet relaciona a su coterráneo, en el siglo xx, con Stammler, de quien diremos.

Pero antes de pasar a la Edad Moderna, el voluntarismo de Duns Scoto y el nominalismo de Ockham, implicaron una revolución, que condujo nada menos que a esa la visión imperante en los años universitarios de nuestro personaje. Para ella no había nada justo naturalmente ni según la naturaleza de las cosas, sino que el derecho consiste en las leyes positivas, divinas o humanas (objetivo) o en las facultades de quienes reclaman lo suyo (subjetivo). Como una expresión de la *ratio* divina, fundamento de la recta razón humana, no de la voluntad de Dios, le había visto en aquellas postrimerías medievales el agustino Gregorio de Rimini.

Los *magni Hispani* de la segunda Escolástica del xvi (Vitoria, Soto, el jesuita Luis de Molina), aunque "representantes de una linea realista próxima al Aquinatense, están muy influidos por el nominalismo". Suárez tituló *De legibus ac de Deo legislatore* su tratado en el que incluye los capítulos *de iustitia* y *de iure,* y sostiene que Derecho es sinónimo de ley –sustituyó dicotomía *iustum-jus* por *facultas-lex–.*

Gregorio López, el comentarista de las *Partidas*, definió el Derecho como el ordenamiento normativo dirigido a proporcionar soluciones justas. Vázquez de Menchaca, al comienzo de su gran tratado sobre sucesiones, circunscribió su contenido, *de legibus aut moribus*

cuiuscumque civitatis, pero diferenció *iustum* de *legitimum*, o sea lo justo y lo legal.

La escuela racional del Derecho natural y de gentes (Grocio), identificó también el Derecho y la ley, distinguiendo sólo la natural y la positiva, no la eterna. Leibnitz redujo el Derecho al ordenamiento jurídico y le relacionó con la justicia, y lo mismo hizo con el derecho subjetivo. El nominalismo llegó a la apoteosis con Hobbes: el Derecho es la voluntad del *Leviathan,* o sea el Estado, las convenciones sin espadas no son más que palabras, las facultades sólo se conciben en el ámbito de libertad que les dejan las leyes. En cambio, para Locke los hombres ya tenían poderes en el estado de naturaleza, y en el estado de sociedad política esos derechos naturales son límites para el legislador.

Rousseau sustituyó el *Leviathan* por el *demos*. Mediante el contrato social, todos se someten a la voluntad general, que es la única fuente del derecho positivo. Si se hace ilegítima, por responder a intereses particulares, hay que restaurar su imperio; "el individuo no se enfrenta a un poder físico, sino a la idea pura del estado de derecho, y frente a él no necesita ninguna protección".

"El formalismo jurídico de Kant sólo puede entenderse en el contexto de la escisión, radical en su mente, de dos mundos, el *noumé-nico* y el *fenoménico*, y de su escepticismo gnoseológico en el campo de la experiencia moral". Definió el Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley general de libertad. El albedrío *(Willkür*) es de naturaleza empírica y responde a las apetencias y deseos sensibles, como las de cualquier animal, y está sujeto a las leyes naturales; y la libertad (*Freiheit*), *nouménica,* corresponde a una acción humana guiada por una inteligencia y sometida a las leyes morales. El imperativo categórico ordena "obra de manera que tu conducta pueda valer como ley universal". Los imperativos categóricos morales son incondicionales y absolutos, no técnicos ni hipotéticos. En cambio el Derecho sólo tiene en cuenta la relación externa y práctica del arbitrio de una persona con el arbitrio de otra, y no la materia sino la forma considerada como libre y la conciliación de la acción del uno con la del otro. De ahí que por esa alteridad, la ley exterior sea un imperativo hipotético y requiera la coacción. Para Kant "todo lo que no es conforme a derecho es un obstáculo a la libertad según las leyes generales". Así como el Derecho no tiene más

objeto que lo que se exterioriza en acciones, el derecho estricto, que no contiene nada ético, no exige más fundamentos que los de naturaleza externa, pues se trata de un derecho puro. Pero aunque las normas jurídicas y las morales están separadas, el Derecho como orden para posibilitar la libertad externa queda revestido de un valor ético absoluto. Con ese pensamiento hecho sistema mental, KANT inviste a todo Estado, siempre gobernado por hombres fenoménicos, del poder formal de imponer coactivamente un derecho positivo impulsado fenoménicamente, sin que sea alcanzable el conocimiento de un derecho nouménico, y siendo ese derecho positivo impuesto a todos los ciudadanos, que ven limitada su *Willkür* y sus intereses individuales.

Como representante de la escuela de la exégesis, VALLET se fija en el belga LAURENT. Para éste el derecho natural queda circunscrito a la esfera moral, un deber para el legislador a quien debe ayudar el jurista, pero el derecho propiamente dicho es el de las leyes coactivas expresión de la soberanía nacional.

SAVIGNY partió del derecho subjetivo, un poder del individuo. Pero sus límites exigen que haya un derecho objetivo. Es el derecho positivo que emana de la conciencia del pueblo y sobre cuyo desarrollo actúa el tiempo. El Estado surgió por la necesidad de traducirlo en caracteres visibles; es la ley. O sea que ésta ni crea ni agota el Derecho, sino que configura su forma abstracta. Rechaza el nominalismo en todas sus variantes voluntaristas, racionalistas y constructivistas del contrato social. No confunde el Derecho con sus fuentes. Piensa que se capta en la vida real. En todo momento está inmanente en el espíritu del pueblo, y la ciencia jurídica le reelabora en instituciones devueltas a la vida real.

Eso último fue admitido por JHERING. Pero el Derecho necesita ser formulado, y esa es la obra del legislador, de la costumbre y de los adagios del pueblo. Entendió la reelaboración doctrinal según el conceptualismo dogmático de Puchta, pero luego se convirtió a la práctica como finalidad jurídica última –esa evolución va de *El espíritu del Derecho Romano* a *El fin del Derecho,* pasando por el capítulo *De regreso a la tierra* en *Bromas y veras de la ciencia jurídica–.* El Derecho es la forma de garantía de las condiciones de vida de la sociedad. La norma y la coacción son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del Derecho, el cual es eternamente variable, un caos en perpetua fusión, agitándose sin

freno ni regla. En *La lucha por el Derecho* opina que el modo de llegar a éste es la lucha contra la injusticia. El Derecho no es una idea lógica, sino una idea fuerza, y así como la espada sin la balanza de la justicia es la fuerza bruta, la balanza sin la espada es el Derecho en su impotencia.

En cuanto a WINDSCHEID, en su *Derecho de Pandectas* escribe que por éste se entiende el derecho común alemán de origen romano; "el Derecho propiamente dicho, que se fundamenta en el reconocimiento espontáneo y el desarrollo de los principios de la jurisprudencia (Schlosmann) no tiene valor positivo. El juez no puede aplicar la equidad más que en la medida en que el derecho positivo le de margen para ello".

Pasando al siglo XX, un vienés, KELSEN dio la definición positivista y normativista más acabada de carácter formal: conjunto de normas que implican un orden de la conducta humana y constituyen un ordenamiento jurídico –*Teoría general del Derecho y el Estado, El método y los conceptos fundamentales de la razón pura del Derecho, Teoría general de las normas, Teoría pura del Derecho–.* Una norma, para ser jurídica tiene que nacer de un acto volitivo y ser coactiva. Una conducta imperada no es jurídica si la conducta contraria no es la condición de aplicación de una sanción. Ningún derecho positivo puede ser injusto, de manera que si el Derecho se identifica con la justicia el concepto de ésta pierde sentido, pues no puede haber un orden injusto. Toda norma jurídica está integrada en un ordenamiento jurídico. El ordenamiento tiene una unidad, es una pirámide, desde la constitución hasta las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales. Derecho es sólo el artefacto formal para operar mecánicamente con cualquier materia. El dualismo Estado y Derecho es una duplicación superflua, pues no son dos entidades sino una sola, el ordenamiento jurídico que monopoliza la fuerza de la que dimana la coactividad esencial. El Derecho se confunde con el Estado.

En la misma órbita, Alf ROSS. *On Law and Justice,* 1958, exponente del realismo jurídico escandinavo, compara la norma vigente de derecho con la norma vigente de ajedrez. El ordenamiento jurídico es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado. La norma da al ejercicio de la fuerza un significado especial. Un americano profesor en Oxford, HART –*The Concept of Law*– exige en la noción de ordenamiento jurí-

dico que sea obedecido por la mayoría del grupo y aplicado por sus funcionarios. No es de recibo la negación de validez de las normas inicuas, pues ello podría cegarnos. El italiano Bobbio –*Il positivismo giuridico*– considera el Derecho un hecho y no un valor. La ciencia jurídica es formalista, hecha de conceptos abstractos, y su deducción lógica va en detrimento de la realidad social. Pero adopta el que llama positivismo ético moderado, el Derecho no es un bien en sí ni el valor supremo sino un medio para realizar el bien que es el orden social, de manera que si en un momento histórico hay un bien superior al orden existente, está justificado el rompimiento de éste.

Para las teorías judicialistas, la ley no es el Derecho, sino la base de la creación del Derecho por el juez –von Bulow, 1885; Kantorowicz, bajo el seudónimo de Gneus Flavius, 1906: el derecho libre es el que permite al juez complementar la ley (Kriele precisó que cuando los supuestos de ésta no eran claros, pero ello tiene lugar casi siempre). Para Esser, 1956, la jurisprudencia consiste en determinar el contenido de la ley, pero no arbitrariamente sino con la objetividad del *sicut legislator.* Kantorowicz, en *The Definition of Law*, libro escrito en 1938 por encargo de Oxford, y no publicado hasta veinte años después, se manifiesta normativista, pero reconociendo normas de origen no estatal y no coactivas. Las normas son los mandatos de la autoridad soberana, preceptos morales que tienen por sanción el remordimiento; y dogmas que derivan de otros reconocidos. Es un proceso de integración e iluminación que llega hasta el infinito, hacia la producción del sistema completo. Derecho es el conjunto de normas sociales que prescriben una conducta externa y son consideradas aplicables por el juez.

En el *legal realist* angloamericano, alejado de la *naturalis ratio,* la *aequitas* y la naturaleza de las cosas, el juez Oliver W. Holmes –*Treaty of the Law,* 1897; *The Path of Law,* 1928– sostuvo que Derecho es la profecía de lo que harán los jueces. Para Gray –*The Nature and Sources of the Law–,* las leyes son fuentes del Derecho, no hacen parte de éste; el Derecho está en las decisiones de los funcionarios. Otros optaron por la *sociological jurisprudence.* Así Roscoe Pound: el derecho natural práctico, de cada civilización, no es el abstracto dieciochesco. Lewellyn distingue las reglas efectivas de las de papel; el juez piensa primero en la solución justa, sólo después en la norma. Rawls y Dwerkin se fijaron en los principios morales. Nuestro Saavedra Fajardo, en la *Idea de un príncipe político cristiano representada*

en cien empresas, había sentado que las leyes no se bastan a sí mismas, y requieren una luz natural; hablan por boca de los jueces, de quienes reciben el alma y el entendimiento.

STAMMLER, desde la escuela neokantiana de Marburgo, se salió del positivismo jurídico, diferenciando en el Derecho la forma de la conciencia pensante de la materia por ella ordenada y condicionada. Le definió como una ordenación permanente de la vida social, una voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable; el Derecho justo es un derecho de índole especial, por estar orientado hacia la suprema noción de comunidad pura- ésta es un concepto idealista kantiano-. En la jurisprudencia práctica será admisible un recurso siempre que se haya producido algún vicio en la elección de normas de ese género.

SAUER no centra la noción del Derecho en una forma que históricamente se llene de contenido material, sino formalmente en su estructura interna –autoritaria, mónadas de valor que tienen por subsuelo las tendencias valorativas que hay en las relaciones entre los hombres– y social, por su carácter sociológico –leyes fundamentales–; ambos sonlementos que operan dialécticamente. La trayectoria de la aspiración del pueblo al bien común, marcada por la infraestructura social del Derecho, es la ley jurídica fundamental, una vez orientada hacia la justicia por la superestructura. El ordenamiento jurídico en su conjunto no puede realizar la justicia. Ésta sólo puede ser realizada en pequeño, en resoluciones conformes a Derecho.

En 1921 se inició un neohegelianismo jurídico –KRONNER, *De Kant hacia Hegel*– una reacción al neokantismo de Marburgo, como HEGEL lo había sido frente a KANT y FICHTE. HEGEL rechazó la justicia eterna porque se confundía con el derecho ideal, absoluto e inmóvil, y quiso sustituir ese derecho ideal por otro racional en tanto real. En los años Treinta, BINDER sostuvo frente a STAMMLER que la idea no sólo es un principio trascendental de la conciencia sino un principio inmanente del ser; el Derecho es algo a la vez general y concreto, y su ciencia consiste en la aprehensión de la norma jurídica en conexión con la realidad viva; no un punto de mira formal sino el desarrollo constante de un proceso viviente, espiritual e histórico. El juez no aplica un silogismo, sino que debe superar la oposición entre positivismo legalista y derecho libre (individualización de la pauta, de SCHÖNFELD).

RADBRUCH, muerto en 1949, de la escuela neokantiana de Baden- que venía admitiendo los valores como moldes mentales –opuso un

trialismo al dualismo de Stammler. El Derecho es una realidad positiva –ley o costumbre– pero también la encarnación de una idea por encima de la realidad restante, y tiende a la realización de la justicia para regular la vida humana colectiva. Si faltan esas notas a la voluntad del Estado, ésta no tiene naturaleza jurídica –así el partido único, la negación de los derechos humanos–. Por eso el concepto de Derecho es de naturaleza apriorística, no obtenido inductiva y empíricamente de hechos concretos. Todo concepto jurídico lleva en sí mismo los caracteres distintivos de su clima histórico.

Vallet examinó también las descripciones tridimensionales de Miguel Reale, el argentino Carlos Cossío y el mejicano García Maynez. Y el normativismo informado por el juicio crítico de equidad (Carnelutti) o los principios generales del Derecho (Betti), la *analogia iuris* de Clemente de Diego, la horaciana *utilitas iusti prope mater est aequi* de Roca Sastre; la insistencia de don Federico de Castro en la remisión del Código Civil a los principios generales.

"Como paradigma de la serie de tipos de definiciones complejas sitúa las de los seguidores de la *Wertungsjurisprudenz* que combinan la valoración de los intereses con la apertura a los principios ético naturales (Westermann y Reinhart) con aportaciones de la fenomenología, el neokantismo y el hegelianismo e incluso el existencialismo moderado, la nueva hermenéutica y la apertura a la *Natur der Sache".* Así Kaufmann, con sus tres telescopios filosóficos para observar el Derecho: la *ontología* (objetividad), la *teoría del conocimiento* (subjetividad) y la *filosofía de la existencia*, para ensayar una síntesis con su *teoría procidemental de la justicia fundamentalmente objetiva.* Henkel enfoca el Derecho *dentro de los órdenes del ser en la estructura estratificada de este mundo*, y concretamente en el sector de los *productos sociales objetivados,* como un orden de deber ser que regula los comportamientos en las relaciones interhumanas y con la sociedad. Es un producto histórico y cambiante pues como derecho positivo acompaña cada vez a una determinada *comunidad política.*

"Mientras, la escuela histórica del Derecho en Alemania consideró el Derecho inmanente al espíritu de cada pueblo, y en un cierto grado de su desarrollo vio en los juristas cultos representantes del pueblo en esa labor, en tanto que la escuela histórica propiamente dicha se encerró en su propia atmósfera cultural, el derecho vivido por el pueblo en su historia, como los forales en España, no era his-

toricista sino vivido en la propia tradición y desarrollado con ella y a partir de ella, en contacto con la vida real y adecuado a su entorno, actuando el pueblo guiado por sus juristas prácticos". Así KLIMRATH, siguiendo a MONTESQUIEU –*Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interpretation du Code civil;* 1833, tesis doctoral en Estrasburgo–: "El Derecho existe en las relaciones necesarias de las cosas- desarrollo político y social del pueblo; su historia- independiente de la ley". En Alemania, ya en la segunda mitad del siglo pasado, Franz JERUSALEM escribió que el Derecho es la totalidad de la conducta jurídica, obteniendo su fuerza a lo largo de milenios por su conformidad con lo tradicional en su comunidad.

VALLET cita a continuación la descripción en la centuria anterior por DURÁN Y BAS de la escuela jurídica catalana: "Espiritualista sin abandonarse al idealismo, práctica sin ser empírica, con el principio ético y el elemento histórico sin inmobilizarse, más inclinada al derecho privado que al público sin tener para éste injustos desdenes, analítica sin dejar de elevarse a la síntesis cuando se debe generalizar, armónica con la filosofía del sentido común, la más adecuada a un pueblo con gran sentido político, modesta en sus pretensiones por fundada en la observación de los hechos, proponente de aplicaciones según las condiciones del país (26)".

En las definiciones no normativistas VALLET incluye las de COSTA; GÉNY, que minó la identificación de Derecho y ley y sostuvo que ése puede ser determinado por la naturaleza de las cosas, a la vez que admitió un derecho natural muy distinto del idealista de la escuela de su nombre; EHRLICH, iniciador en 1913 de la rama sociológica del movimiento del derecho libre; CARBONNIER, el del ensanchamiento de las fuentes del Derecho –*Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur.* el Derecho tiene una amplitud mayor que sus fuentes formales–; Biondo BIONDI –*La ciencia del Derecho como*

(26) FAUS Y CONDOMINES decía que el derecho consuetudinario catalán era granítico, como obra de la naturaleza y de la historia"; *Els capitols matrimonials a la comarca de Guisona (Catalunya Segriana)*, RJC 12 (1907) 203. El obispo TORRAS Y BAGES escribió que discernir el derecho humano requiere "considerarlo como el desarrollo de una planta no exótica, sino indígena, que nace y se nutre de la sustancia de la tierra"; *La tradició catalana* I, 2. No hace falta insistir en los malos vientos del mundo moderno para esos valores; cfr., Luis FIGA FAURA, *El derecho civil catalán en peligro*, RJC 92 (1993,2) 91-104.

arte de lo justo, en la Academia Matritense del Notariado, 1951–: el *bonum et aequum* de la definición de Ulpiano, como el único descubrimiento verdaderamente científico por su valor eterno y universal.

Así hasta Michel Villey –*Une definition du droit,* 1951– un impacto en Vallet, por su cruzada contra el positivismo legalista y el subjetivismo jurídico y su defensa de los conceptos de Aristóteles, los jurisconsultos romanos y Santo Tomás, frente a las corrientes de influencias nominalistas o idealistas. Discrepaba de los neotomistas, y prescindió por eso del tratado de la ley natural del Aquinatense, por estimarlo moral y no jurídico, limitándose a los titulados *De iure, De iustitia* y *De iuditio.* Su retorno al concepto genuino del Derecho tuvo lugar sin los rodeos de los representantes de la *Wertungsjurisprudenz* y otros contemporáneos - De Diego, Castán, De Castro- que al no desprenderse de otras concepciones coetáneas no llegaron al realismo metódico clásico.

El 4 de noviembre de 1986 fue el ingreso de Vallet en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Le contestó Alfonso García Valdecasas. El tema fue el *Voluntarismo y formalismo en el Derecho. (Joaquín Costa antípoda de Kelsen).* Kelsen publicó su primer libro en 1911, el año de la muerte de Costa. De él nada más vamos a decir. Basta con las pocas líneas que atrás le dedicamos. En cuanto a Costa, sería imposible aquí un mero bosquejo de su vida y obra. Sólo vamos a resumir las citas que en esa ocasión hizo su muy ilustre colega en el Notariado. Precedidas de una impresión que se siente a su mera evocación. Salvador de Madariaga observó que los grandes protagonistas de la literatura no eran consecuentes porque eran vivientes. Lo mismo sentimos ante el león de Graus.

Vallet construyó su exposición a través del examen de los escritos de 1876 a 1884, a saber *La vida del Derecho, Teoría del hecho jurídico individual y social,* el tomo primero dedicado al Alto Aragón del *Derecho consuetudinario y economía popular de España, Requisitos de la costumbre jurídica según los autores, La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses,* y los tres primeros capítulos de los *Estudios jurídicos y políticos.*

Costa había sido en la Facultad discípulo de Giner de los Ríos y se abrió a las ideas en boga de Krause. Tomás Carreras Artau (27), Nico-

(27) *El problema de la ignorancia del Derecho,* RJC 9 (1903) 169.

lás López Calera (28), Gil Cremades (29), y Luis Legaz Lacambra (30) han enumerado sus variadas fuentes, a saber el positivismo, el idealismo y el historicismo, la Escuela histórica, San Agustín, San Isidoro, Santo Tomás, el Escolasticismo, el *Poema del Cid,* el Romancero, Quevedo, Savigny y Donoso Cortés. Han notado como la concepción bio-orgánica de Krause tuvo que conjugarse en él con su temperamento agrícola y tradicional, y su entusiasmo por el conocimiento espontáneo (31). Vallet nota que la ontología del krausismo no se basaba en la contemplación de la naturaleza, sino en una gnoseología idealista; "partía del conocimiento de nuestra propia existencia y del análisis del yo para distinguirnos como sujetos y objetos, *an sich,* en nuestra propia naturaleza, e *in sich,* en lo que nuestro yo contiene, paso éste no requerido por Descartes, Kant, Fichte y los idealistas. Henri Ahrens nota que en su proceso racionalista, dividido en dos fases, analítica y sintética, no podría obtener de la observación externa, ninguna noción cierta y verdaderamente general al Derecho, debiendo acudirse a la observación interna o psicológica, basada en la antropología (32)". Legaz estima que la doctrina krausista fue una pieza esencial del pensamiento de Costa, en cuanto representó una filosofía de la libertad, creando en el hombre un reducto de ésta y del Derecho que, lejos de absorber al individuo en el Estado absorbe al Estado en el individuo. Vallet notó que "Costa no sólo rechaza el dualismo cartesiano de espíritu y materia, sino que parte de los hechos de la historia, alerta contra los apriorismos, las abstracciones y toda idea preconcebida, teniendo como guía la investigación del hecho jurídico y sus factores, vistos en la razón y en la historia".

---

(28) *Joaquín Costa filósofo del Derecho (Zaragoza, 1965).*

(29) *Joaquín Costa y la teoría del hecho jurídico*, en el "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid" (1986,2) 47.

(30) *Libertad política y libertad civil según Joaquín Costa*, en la "Revista de Estudios Políticos" núms. 29-30 (1946) 5.

(31) Él dijo tener muy en cuenta "los novísimos descubrimientos e hipótesis de la psicofísica, debidos al perseverante esfuerzo de los Weber, Fechner, Wundt, Carpenter, Maudsley, Luys Ferrier, Delboeuf, Lötze, Helmoltz; un más allá en la ciencia jurídica del dualismo tradicional entre espíritu y cuerpo".

(32) *Cours de droit naturel et de philosophie du droit I* (Bruselas-París, 1860) 109.

Costa ejerció poco tiempo la profesión. Desde su primer despacho en Jaén, pidió la excedencia al no poder trasladarse a Graus. La Dirección entendió que, siendo esa notaría de clase inferior, ello habría perjudicado a los compañeros de la misma interesados en obtenerla. Luego fue algún tiempo notario de Madrid. Pero la base de su sapiencia e ideología podemos decir que fue eminentemente notarial, en la recogida de la tradición oral de la legislación consuetudinaria, sin descuidar su vertiente histórica, a través, además de una multitud de amigos, de los protocolos y los notarios de Jaca, Bolt aña, Benasque, Benabarre y Huesca. En ese mundo fecundo de los hechos jurídicos se movió fuera de las tendencias especulativas e idealistas y la tiranía del método krausista. Adolfo Posada dijo que gracias a él se había introducido el espíritu moderno de la sociología en el estudio del derecho y la historia de éste.

El Derecho según él llevaba consigo un principio de *dirección* para la voluntad, independiente de ésta y superior a ella; un principio de *libertad,* cuya realización no depende de la fuerza exterior sino de la libre aceptación del sujeto racional, siendo la coacción un factor accidental y no un elemento componente; un principio de *beneficencia* u *orden al bien,* ejecutado libremente; un principio de *condicionalidad*, en lo que se separa de la moralidad, pues no ejecuta el bien sustantivamente por sí mismo sino con la mira de servir a otro bien, o sea medio o condición para cumplir algún fin obligado por la naturaleza del hombre; un principio *racional*, que le diferencia de la mera relación de utilidad, pues no todos los medios ni todos los fines son jurídicos, no siendo el derecho la prestación de medios malos ni de medios buenos a un fin malo. Al referirse al bien no exige que sea *común,* como en la definición tomista. La explicación está en una observación de Costa a las *Lecciones de derecho público* de Donoso Cortés. Para éste era un problema "el respeto de la individualidad humana sin que los cimientos de la sociedad vacilen, conservar la sociedad sin encadenar al hombre, hacer una unidad armónica del dualismo incoherente de la ley del individuo y de la asociación". Costa dice que esa postura derivaba de haber tomado la ciencia por punto de partida al hombre y a la sociedad y no el *derecho en sí,* como una esencia de nuestro ser y de todos los seres".

En cuanto a la relación entre el derecho natural y el positivo, Costa escribió que "pensamos al uno como infinito y como finito al otro, no existiendo más que una clase de derecho, enteramente ho-

mogéneo en toda su naturaleza, pareciendo que esa relación sea la misma que existe entre la causa y sus efectos, por una relación de identidad cualitativa en lo tocante al fondo, toda vez que la actividad jurídica no puede informar en los Estados más derecho que el que está en su posibilidad, el que le es dado como fin, el derecho ideal y eterno. Como es el derecho natural, no sobre el tiempo y exterior a él, sino permanente y en cada uno de los Estados que componen una serie infinita e ilimitada, no muda sino que está inmanente en la naturaleza". A su vez, cada derecho positivo "es un derecho ideal pero relativo, un derecho natural pero reducido a límite, aunque de la misma cualidad y fondo que el derecho absoluto", de manera que "sin ser todo el derecho natural es de la misma naturaleza que éste", pues no sería derecho de contrariar al derecho natural necesario.

Ya vimos que KELSEN identificaba Derecho y Estado. Su índole de antípoda con COSTA salta a la vista en cualquier página de éste. COSTA hace extensivo el concepto de Estado a *toda persona en cuanto vive el Derecho*, aclarando que, junto a cada una, "unas veces individual y otras veces compuesta (familia, clan o gente, concejo o municipio, provincia), habrá paralelamente un *Estado individual* (así lo denomina Platón) y un *Estado social,* igualmente sustantivo uno que otro, no siendo el individuo una *parte* de la sociedad, sino cuando más órgano y representante de ella, y la sociedad no es un *conjunto* de individuos, sino unidad orgánica, con propios fines, propia actividad y propio derecho". Es decir que la noción de Estado abraza toda una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el individuo hasta la humanidad; y cada uno de ellos produce un derecho propio, que deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil,* con relación al individuo y a la familia, de *autonomía* o *self government* con respecto al municipio y a la provincia".

COSTA "pone en relación la distinción entre derecho necesario o voluntario con la diversidad de círculos o relaciones individuales o sociales en que diversifica los sujetos de derecho o Estados. Y señala que en cada uno de éstos se reproduce aquella distinción. El derecho necesario sólo ha de tener una forma de realización, que debe dictar la razón *a priori,* mientras que en el voluntario la satisfacción de la necesidad o el cumplimiento del fin debe admitir diversidad de

formas, para poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más le conviene en cada caso".

Distingue el león de Graus el *Estado común* o *inorgánico* y el *Estado oficial*. Montesquieu hizo suya la distinción de Gravina –*De orto et progressu iuris civilis,* 1701-1713– entre *Estado político* y *Estado civil;* en la Francia del xix se contraponía el *país legal* y el *país real;* Vázquez de Mella separó la *soberanía política* de la *soberanía social.* Costa sitúa la diferencia de estas soberanías en la escala de Estados de que hemos dicho, y hace depender la contraposición de que estamos diciendo en la actuación del ser social, según se efectúe sin órganos representativos o a través de sus órganos oficiales. "Ambos géneros de actividad son esenciales en todo tiempo y para siempre. Cuando no aciertan a concertarse y, lejos de mantener su respectivo límite, lo traspasan y atropellan, enferma el Estado por falta de ponderación y desequilibrio de fuerzas".

Para Kelsen no existía el problema de la soberanía, ya que se conformaba con la constitución vigente, sin adentrarse en especulación alguna. No fue ése el caso de Costa. Éste escribió que "ni los historiadores ni los jurisconsultos acaban de persuadirse de que el poder legislativo no tiene como única voz la voz que resuena en el recinto de las Cámaras, pues al lado de ella se realiza otra elaboración callada, invisible, sorda, por cuya virtud se va sedimentando el Derecho y cristalizando en forma de reglas consuetudinarias, en las cuales se manifiesta más claramente la soberanía que en las elecciones más libres que el más cándido de los utopistas puede concebir, y se escarnece y conculca esta soberanía cuando se niega valor a la costumbre más que cuando se disuelve el Parlamento por un golpe de estado".

Donoso, dejando de lado la soberanía de *derecho divino* de los reyes- recordemos el libro de Filmer, *Patriarcha o el poder natural* de los mismos-contrapuso la soberanía *popular* y la de la *inteligencia,* por la cual optó. Costa le replicó, después de examinar la tesis de Suárez, de residir la soberanía no "en el conjunto de todos los individuos *sui iuris* que en determinado momento histórico viven en la comunidad social, sino en el Estado ideal sobre todo tiempo, considerado en su unidad orgánica, con todos los individuos que lo componen, con todas las entidades sociales constituidas en su seno, en cuanto representan el espíritu y genio nacional", y apostilló que "los científicos modernos, empapados en el espíritu del doctrinaris-

mo que impera despóticamente sobre todos nuestros partidos, desde el más democrático hasta el más absolutista, no reconocen esta verdad ni siquiera a medias como el ilustra jesuita (33)".

De Donoso dice que no vio que los delegados y mandatarios del pueblo, los magistrados y los funcionarios, son como la lengua con que se expresa y el brazo con que ejecuta, los traductores de su conciencia jurídica; que la aparición de ideas de derecho en la vida no es eventual, sino que se suceden unas a otras en ritmo constante y sin interrupción; y que entre la autoridad personalísima del pueblo, de la que no se despoja jamás, y la delegable, no media un abismo, sino que una y otra se dan en continuidad.

Si las leyes obligan porque las ha decretado el voto del pueblo, con más razón obligarán las costumbres, en las que ha declarado su voluntad sin escritura de ningún género, sino indirectamente en sus hechos y prácticas. El Estado es, en un aspecto, general, común, inmediato, constituido por todos los seres racionales que en él viven y expresan esa vida de un modo original y propio; y en otro, Estado personal, oficial, mediato, constituido por los órganos o funcionarios, que desempeñan reflexivamente las mismas funciones que el Estado general ejerce inconscientemente. Por eso todo organismo jurídico se manifiesta como esa dualidad, ofreciendo la apariencia de dos Estados en el Estado, y produce dos géneros de reglas positivas de derecho, las consuetudinarias directamente, en cuanto propias de la comunidad que se interpreta y traduce a sí misma, y las legales o *pragmáticas* indirectamente, por medio de sus representantes, sin el concurso directo de la actividad general.

Vallet concluía su contraposición entre las concepciones de los dos personajes: "El concepto de soberanía de Kelsen es único, absoluto e ilimitado. El del Estado superior en Costa, en cambio, corresponde a la concepción clásica de autoridad suprema. Recuerda el concepto de la *suprema auctoritas* expuesta por su paisano Gabriel de Añastro e Isunza (34). Pero es de advertir que el concepto que Costa tiene de soberanía es un concepto múltiple, como también lo es el que tiene del Estado. Si, para él, Estado es todo sujeto que crea

(33) A su tratado *De legibus* hizo Costa otras matizaciones a propósito de la delegación de la soberanía.

(34) Francisco Elías de Tejada, *El Francocondado hispánico* (2.ª ed., Sevilla, 1975) 228.

y vive el Derecho, soberanía es la esfera de exclusiva competencia de cada sujeto del derecho. Esta identificación extensiva constituye una de las reminiscencias krausistas de su formación universitaria, pienso que innecesaria, pues su tesis puede sostenerse sin tener que recurrir a ese significado se la soberanía. Lo cierto es que, para él, la soberanía del Estado propiamente dicho, según la terminología en uso, está limitada: por arriba, en todo cuanto resulta de derecho necesario, por trascenderla lo impuesto por el derecho natural y eterno; y por abajo, en lo que es de derecho voluntario: de una parte por las esferas correspondientes, como propias, al individuo, a la familia, al municipio; y de otra por la propia sociedad civil como fuente de la costumbre".

Terminado este *excursus* por los discursos académicos de VALLET advertimos entre ambos un hilo conductor, pues la materia privatista sucesoria del primero entronca con las altas elucubraciones sobre la esencia del Derecho del último. En éstas estaba latente un concepto de la dimensión jurídica de la vida, el del notario Joaquín Costa, al servicio de la voluntad espontánea de las gentes y las familias, arraigada en la tierra, una de cuyas aplicaciones era la vía libre al pacto de sobrevivencia en que consistía el primero; uno de los motivos de orgullo del *terroir*, por eso incluido en el elenco que hizo Xenius (=Euenio d'Ors) en *La bien plantada*. Era por ejemplo la mentalidad del notario Gregorio ALTUBE a quien, contemplando la tierra llana de Vizcaya, se le ocurrió el tema de una conferencia en la Academia Matritense, *El paisaje fuente del Derecho* (35).

También era un ejemplo de la capacidad creadora del notariado para traducir jurídicamente los deseos de los otorgantes, y de esa manera llegar a una acuñación institucional de sus hechos en esa esfera. Muy andando el tiempo y la experiencia la incluyó en un elenco de las mismas, a saber de la precaria y la enfiteusis con división del dominio a la *rabassa morta,* desde el siglo VIII; la separación del vuelo, suelo y subsuelo; las comunidades de fin; el censo, el arrendamiento y la prenda de empresas y establecimientos mercantiles; otras técnicas en materia de garantía (reservas de dominio, *trust, leasing*); el arriendo *ad meliorandum* y los contratos de renta y mejora, las sociedades mercantiles, el consejo de familia y la junta de parientes; la administración de bienes dejados a incapaces al

(35) Da la noticia VALLET, precisando que está inédita.

margen de la patria potestad o la tutela; las capitulaciones matrimoniales como régimen de la economía familiar; la flexibilización de las normas imperativas en la determinación negocial del derecho de sucesiones, la desformalización de los principios sucesorios, la flexibilización de la sucesión forzosa, la variedad de la fiducia sucesoria, la sucesión en las empesas y los establecimientos mercantiles, el usufructo universal del viudo, la partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges. Se trata de la creación del derecho a través de la modelación del negocio jurídico, en palabras de CASTÁN (36). En 1971 dijo en la Academia Matritense el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Superemo, Tomás OGÁYAR Y AYLLÓN: "La función notarial, no sólo modela los actos jurídicos dentro de las categorías de la ley, sino que da paso a muchos tipos de figuras de relaciones jurídicas, porque el notario es un colaborador en el proceso dinámico de creación del orden jurídico, y de tal calidad que con frecuencia va a la vanguardia del legislador, preprarando con las costumbres notariales y los usos convencionales revelados por las escrituras públicas la oportuna reforma legislativa". Y hay que subrayar que, sin llegarse a la creación de nuevas figuras jurídicas, el protocolo notarial es siempre un exponente de la vida económica y social del lugar y el tiempo de su formación (37).

EL DERECHO EN LA NOTARÍA

Con ello llegamos a la materia profesional de VALLET, al Derecho Notarial y su contenido, sobre la cual disertó en la Academia Matritense el año 1995, titulando su discurso *La determinación notarial*

(36) *Función notarial y elaboración notarial del derecho* (Madrid, Instituto Reus; 1946).

(37) Nada más fácil seria que acumular ejemplos. Tal, en el Reus de los tejidos y el aguardiente, proa a la industrialización, en las vísperas de la ley del Notariado, como manifiesta Isabel COMPANYS Y FARREDONS en su edición de *El protocol de 1850 del notari de Reus Francesc Sostres y Soler y del seu connotari Magí Sostrs y Torra, naturals de Calaf* (Fundación Noguera, "Acta Notariorum Cataloniae" 19; Barcelona, 2009).

del Derecho (38). Un detalle terminológico significativo, muy constante en él, y revelador de que para su noción del derecho práctico contaban los destinatarios de una manera más activa e impulsora que cual meros receptores de la aplicación silogística de unas normas comunes; "la determinación jurídica del derecho es excluyente de la idea de la *aplicación* de la norma, aunque en modo alguno se opone a la legalidad de lo que se determina" ni ello sería lícito .

Empezó refiriéndose a la determinación negocial de lo justo en las relaciones jurídicas concretas (39). En los testamentos y los contratos se acuña una parcela de lo justo positivo particular, paralela a la que llevan a cabo las leyes en la esfera general. Con lo cual volvemos al mundo de los hechos jurídicos que dejamos en Costa. Tres años después del libro de éste sobre el tema, salió en Alemania la *Grundlegung der Sociologie des Rechts,* de Eugen EHRLICH. Éste sostenía la existencia de un derecho social extraestatal, que vive completamente al margen del Derecho del Estado y constituye el fundamento de toda la vida jurídica. Estimaba que el Derecho era más bien un producto social de la comunidad, no una creación del Estado, ni la base de las decisiones de los tribunales o las autoridades, ni definido por una coerción. "Nunca ha habido una época en la cual el Derecho promulgado por el Estado haya constituido el único, pero nunca se ha tendido a dar a ese derecho extraestatal el puesto que a su importancia corresponde". Las sentencias judiciales son testimonio del derecho vivo pero no bastantes, pues a los tribunales sólo va una pequeña parte de la vida jurídica, estando la mayor parte en la documentación de los negocios.

En los años veinte del siglo pasado, E. H. PERREAU en dos artículos –*Deformation des lois par des actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence,* "Revue trimestrielle de Droit Civil" 20 (1921) 609-674, y *Des atenuations par des actes juridiques aux*

(38) Hay que consultar también su *Metodología de la determinación*, I, 160-162, 240-266, 739-762, 968-970 y 1276-1289; II, 418-428, y 1077-1155; y la expositiva y explicativa, II, 1, 1807-1825.

(39) Un libro suyo se titula *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico* (Madrid, 1966).

lois imperatives et prohibitives, 22 (1923) 329-674– indujo que los actos jurídicos pueden sobreponerse a la ley y la jurisprudencia en los conflictos con ellas, lo cual aconsejaba el estudio de los protocolos notariales, que atenuando las exigencias legales podían adaptar el derecho a las nuevas necesidades, impulsando la evolución del mismo en una manera práctica y realista. A ese punto de vista se adhirió el romanista Georges Cornil –*Le droit privé. Essai de sociologie juridique,* 1924–, al señalar la fluctuación inevitable de las normas, por estar el Derecho en un perpetuo estado de formación dentro del medio social, hasta el extremo de ser conveniente la recogida de sus reglas difusas, las cláusulas contractuales, algo ya con precedentes en el Derecho Romano. Medio siglo más tarde, Jean Carbonnier –*Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*– subrayaba el ensanchamiento de las fuentes del derecho, más allá de las formales, una limitación erosionada ya en 1899 por Gény al repudiar la identificación de ése con la ley. La jurisprudencia estaba en ese orden de cosas, pero su ámbito era el de la patología del Derecho, lo contencioso, siendo mucho más amplio su cumplimiento en la normalidad. La manera, por ejemplo, como la ley era interpretada por los prácticos, tal los notarios, tendía en cambio a consolidar un estado de hecho que puede representar un progreso; ¿no se ha reprochado a la *Cour de Cassation* haber anulado la llamada cláusula convencional de los contratos acerca del régimen económico del matrimonio, sin haber tenido en cuenta la práctica notarial que, de buena fe, no habría interpretado con tanto rigor la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura?".

Es el campo de la determinación negocial del Derecho voluntario propio de la praxis negocial, con la superioridad en ese orden de cosas, no en una jerarquización de las funciones ni las personas, del que se realiza de modo espontáneo fuera de los procedimientos jurisdiccionales –*Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico,* de Antonio Hernández Gil en la Academia de Jurisprudencia–. Los linderos de esa praxis están en la libertad civil y la autonomía de la voluntad, que no son lo mismo, ya que la autonomía procede del campo del derecho objetivo, como expresión de la voluntad individual, pero se enmarca dentro del positivismo legal, mientras que el *paramiento fuero vienze,* con un significado más alto que trasciende a todo el derecho civil, de un origen jurídico prelegal fundado en la

costumbre –comentario de Juan García Granero a las leyes 7 y 8 del Fuero nuevo de Navarra (40)–.

Esa determinación negocial del Derecho, observa Vallet que es contemplada por Ehrlich y Carbonnier en la perspectiva de una metodología expositiva, sociológico-jurídica. En cambio Costa la observaba en los hechos jurídicos, desde la perspectiva de una metodología de la propia determinación negocial o consensual del Derecho. Según él, como sujeto libre y consciente, el hombre opera estando capaz y legitimado para efectuar las determinaciones concretas de que se trate; "la determinación y el encadenamiento sucesivo de los hechos negociales, determinantes de lo que en concreto es derecho en cada caso, lleva a la formación de usos y costumbres, normas generales, de valor subsidiario para todo lo que haya quedado insuficientemente determinado en esos hechos negociales singulares otorgados".

El protagonista del hecho jurídico se traza su plan y perfila el negocio que trata de realizar. Para su acuñación legal se requiere una formación. De ahí la aparición de los profesionales especializados, que "guíen, asesoren y ayuden para llevar a cabo esa labor. Una muestra de que esa necesidad existe es que esa profesión haya existido en todos los tiempos y países, ejercida más o menos competentemente, con diversas orientaciones, centrada preferentemente ya en la redacción gramatical de las *chartae* o documentos en que esos negocios son recogidos, o bien para dotarles de autenticidad y fuerza probatoria, o en fin para su más adecuada formulación jurídica. Pero sólo el notariado de tipo románico o latino ha llenado conjuntamente estas tres funciones".

Y es evidente que, en la documentación anterior a esta realización, es visible una tendencia a la misma, que a la luz de la consumación sobrevenida nos resulta un presentimiento. Es por eso muy feliz el titulo del libro en que Ángel Martínez Sarrión editó una documentación medieval de un monasterio, Sankt Gallen, *Monjos y clergues a la recerca del notariat* (41). Ello ya desde los tabeliones

(40) En los "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales" dirigidos por Manuel Albaladejo (Madrid, 1994) 419.

(41) (Fundación Noguera, "Estudis" 4; Barcelona, 1992). Merecería la pena un estudio de una gran cantidad de documentos de distintos tiempos y tierras en esa larga etapa, desde ese punto de vista del tácito anhelo

romanos (42). Y a lo largo de todo el tiempo intermedio (43), hasta llegarse a la adición de conocimientos jurídicos a los redaccionales del *ars dictandi*, lo cual produjo el nacimiento del *ars notariae,* e inmediatamente a la investidura de la fe pública a los documentos así formados. Fueron las que yo he creído poder llamar luces de Bolonia, la alborada documental que dijo el mismo MARTÍNEZ SARRIÓN. Ese *ars* incluía una función práctica y otra técnica, confluyentes en el *dictum* o narración documental del *actum ,*o sea del hecho, acto o negocio jurídico, siendo siempre función del notario la redacción de aquél y pudiendo intervenir en éste como traductor jurídico de la voluntad empírica de los otorgantes. Ahí se sitúa la enseñanza oral y escrita iniciada por Rainero DE PERUSA, la de ROLANDINO y SALATIEL, y los dictámenes emitidos a consecuencia del arte nuevo por los comentaristas y *conciliatores*, como sobre el que versó sobre la cautela testamentaria del noble y jurista florentino Nicolaus Antenoreus, lo que ha permitido a Luis FIGA acuñar la denominación de *Ars dictaminis,* siendo la obra maestra del notario de BESALÚ, Juan-Pablo FONTANELLA, el tratado *De pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus* [1612 (44)].

---

notarial. Un ejemplo el de Jean Bastier, *La vente dans les Asturies du IXe au XIIe siècle: droit et économie*-[la llama el autor *monetaire sans marché*], "Revue historique de droit français et étranger" 57 (1979) 569-609. El autor termina subrayando el estancamiento y el arcaísmo de la economía sorprendentemente conjugados con la perennidad de las formas jurídicas; "¿cuándo penetró en Asturias el derecho de Justiniano? Sabemos que hasta fines del XIII, los actos de la práctica no recibieron la renovación romanista en Castilla y en León, a pesar de la presencia de estudiantes españoles en Bolonia".

(42) Podemos recordar a ese propósito que uno de ellos, San Ginés de Arlés, es el patrón de la Unión del Notariado Latino; puede verse mi libro *Los santos patronos del notariado y de los notarios* (Consejo del Notariado, 2017).

(43) Asi, "en Italia superior y Benevento, durante el dominio lombardo, se desenvolvieron *scriptores* de libre profesionalidad, los *scrivae publici,* que se intitulaban *notarii,* desarrollando libremente su actividad, aunque estuvieran influenciados por la práctica documental romano-ravenatense, y que debían conocer las leyes personales tanto de romanos como de longobardos".

(44) *Homenaje a Fontanella,* RJC 75 (1976) 724.

La evolución posterior consistió en la conquista por el notariado de la solidez técnica en las etapas de desarrollo y la capacidad de consejo en las de consolidación. Un compañero francés, André Gouron, escribe acertadamente que una y otra "tienen como fundamento la confianza, esa palabra clave que parece definir, a través de los siglos, el vínculo entre notariado y sociedad". Lazo entre ésta y ése en el que la profesora de Roma, Giovanna NICOLAI ve "un campo amplio que abarca todo: la relación profesional de los notarios con los particulares o las categorías que solicitan sus servicios; su posición privada, familiar, económica y social; su papel ante la colectividad en sus instituciones, en sus fuerzas hegemómicas o, como se acostumbra a decir hoy, en sus centros de poder (45)".

"En esto se ve –sigue VALLET– una clara diferencia entre la actividad del juez y la del notario. Aquél, en su sentencia, debe concretar la solución más justa posible del caso enjuiciado, pero se halla sujeto, para ello, a las normas rígidas del proceso y a los resultados de las pruebas, además de afectarle plenamente el orden de prelación de fuentes determinado por el Código Civil (46). En cambio –como advirtieron CASTÁN y OGÁYAR– en la utilización de los *métodos* y los *instrumentos* de aplicación y desenvolvimiento de tales fuentes, puede moverse el notario con libertad y amplitud mayor que los jueces".

"Ninguna institución mejor que la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas –escribió José-María DE PORCIOLES (47)–. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas [...] si no crea jurisprudencia, le aporta en cambio inéditas fórmulas y coloca los primeros sillares de la futura legislación". VALLET notó que los tratadistas que, a principios del siglo XX, reconocieron esa misión determinativa y no meramente aplicativa, hubieron de desprenderse para ello de la atmósfera estatalista imperante, gestada en la

(45) Informe para el forum cultural del Congreso de Florencia en 1984.

(46) El año 2004 VALLET contestó al discurso de ingreso en la Academia del magistrado Jesús Marina MARTÍNEZ-PARDO, *Labor del juez: pecedente, "ratio decidendi, obiter dictum".*

(47) *Lo primero, la función*, en "La Notaría" 79 (1944,1) 4.

Ilustración y el Iluminismo y desarrollada en la Francia napoleónica y en la Alemania prusiana (48).

Así Víctor LAVANDERA (49) , que no reduce "el arte de la interpretación al manejo hábil de reglas lógicas y principios jurídicos en forma de silogismos, con el rigor de una operación matemática, para indagar la intención del legislador, sino que halla soluciones más justas, poniendo los textos legales en comunicación con la vida". Más tarde, a fines del primer tercio de la centuria, Julio OTERO Y VALENTÍN, estimaba que "la base amplia del derecho natural, entendido como el conjunto de los principios universales del mismo que están arraigados en los hombres [es el punto de apoyo de la función notarial] por la esfera extrajudicial en que actúa, [de manera que sin traspasar las leyes y la jurisprudencia ni las buenas costumbres, sirva de guía para que] los hombres puedan determinar sus actos y relaciones libremente (50). El derecho positivo no contiene cuadros absolutos y únicos a observar, y las personas pueden crear actos y relaciones nuevas y por esto el derecho natural es fuente mediata suya. Los notarios recogerán y consagrarán las manifestaciones jurídicas que colmen los deseos de los requirentes y otorgantes, si a falta de normas positivas, obran de conformidad al derecho natural (51)".

VALLET termina "pensando que la clave de la función notarial se halla en saber captar el sentido natural del derecho, en actuar dentro del ámbito de la libertad civil y de conformidad con los usos negociales. El verdadero sentido jurídico se halla íntimamente unido al *sensum naturale* –o *seny natural* en la tradición catalana– completado con la *bona ratio –bona rahó–.* Sin duda el sentido del derecho o sentido de

(48) Cfr., de VALLET: *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia* (Madrid, 1971); *O perigo da deshumanizacâo a través do predominio da tecnocracia* (Sao Paulo, 1977)

(49) *Magistratura notarial,* RDP 5, p. 205.

(50) Las palabras finales de VALLET fueron: "Se trata de buscar la equidad en el sentido de indagar y procurar la solución individualizadamente más justa y adecuada que pueda hallarse".

(51) *Sistema de la función notarial* (Igualada, 1933). Puntualiza VALLET que "el concepto que Otero tenía del derecho natural no coincide totalmente con el que yo tengo, sino sólo parcialmente, en cuanto, si bien entiendo que el sentido natural y la buena razón captan y adecuan, respectivamente, los principios universales del derecho, en cambio, según mi convicción, se obtienen abstrayéndolos por sindéresis de la naturaleza de las cosas".

lo justo, se funda en un sentimiento de justicia que se halla innato en el hombre, aunque siempre es educable, pero este sentimiento, como hemos visto, debe someterse a aquello que nos dicte la razón atendiendo a todas las circunstancias objetivas de cada caso".

Citó como apostilla a sus palabras, al notario José-María FERRÉ MOREGO, en cuyo despacho barcelonés había practicado antes de su toma de posesión: "No dudamos de la gran importancia que tiene sentir la justicia para ser justo. Conformes, con Jhering, en que sólo aquel que ha sentido el latigazo de la injusticia puede saber hondamente lo que es el derecho. El sentimiento ayuda al entendimiento, vitaliza la norma, adivina su justicia, y lo mismo que la vida mental necesita la sensación, la vida moral precisa del sentimiento, gran auxiliar para reforzar la noción de la justicia y ayudar a su realización (52) [y] la libertad civil consiste en el poder de obrar y pretender reconocido como campo legítimo de nuestra actividad, que en los usos tiene su clima más propicio".

Del último aspecto de la función notarial, la fe pública, no se ocupó Vallet en esa conferencia ni en su *Metodología*, por resultar ajeno a los temas concretos allí abordados. Pero fue el prologuista de los *Estudios de Derecho Notarial,* de su compañero NÚÑEZ LAGOS (53), donde citó la ponencia española al congreso de la Unión Internacional de 1979, de la que VALLET fue redactor, en la cual "subrayó algo que no puede olvidarse, que la institución notarial se basa en la persona del notario y en su labor, tal como históricamente se ha desarrollado y como la han enfocado nuestra ley y reglamentos notariales, advirtiendo que si a ellas se les antepusiere el instrumento público y su regulación se correrían graves riesgos de desvirtuar lo que ha sido y es la función notarial calificada de tipo latino. Éste se basa en la independencia, imparcialidad, formación y actividad del notario, en su labor –necesaria para que quede a salvo la iniciativa creadora de los otorgantes, orientados y dirigidos por el consejo y asesoramiento del propio notario– de la que el documento público es un instrumento inseparable de esa función, realizada por un profesional de formación y funciones determinadas que, necesaria-

(52) Aunque inmediatamente dice que "la razón debe dirigir y cuando el sentimiento y la razón entran en pugna habrá de prevalecer el impulso sobre el guión racional".

(53) (Madrid, 1986).

mente debe ser considerada como central y básica si no se quiere desvirtuar su producto formal".

De las distintas teorías sobre la función que clasificó y expuso en las páginas del mismo prólogo anteriores a lo transcrito, él parece inclinarse por las de Antonio Rodríguez Adrados, basada en el artículo inicial del Reglamento, el notario a la vez profesional del Deecho y funcionario público; o profesional del derecho ejerciente de una función pública, de Vicente Font Boix, ésta acogida en el primer congreso, el de Buenos Aires en el que Núñez Lagos fue decisivo.

A Rodríguez Adrados le recibió Vallet en la Academia de Jurisprudencia el día 22 de abril de 1996; su sillón era el de Núñez Lagos. El discurso versó sobre *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública* (54), un genuino libro de contenido notarialista del que si tenemos huelgo nos ocuparemos en el futuro inmediato (55). En su contestación Vallet insistió en las batallas del recipiendario por el Derecho, en la senda del *Der Kampf um's Recht* de Jhering en 1872. Por el Derecho Civil (56), y por la función notarial integralmente (57), y el instrumento público (58), con una atención para-

(54) Tomando por lema a Paulo (D, 44.7.38; lib.3 *ad Edictum*): *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur; quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibius lingua figuratis significaretur"*.Citando inmediatamente la expresión del benedictino maurista Ruinart (*Actas de los mártires,* III, p. 195) a propósito del santo tabelión Ginés de Arlés, de que "el arte del escribano no consiste en pintar la voz sobre el papel", sino que los trazos de las letras son equivalentes a los sonidos articulados de la expresión oral; ni por unos ni por otros quedamos obligados, sino por la declaración que exteriorizan, porque no son otra cosa que instrumentos de expresión de nuestro pensamiento".

(55) Vallet escribió *El notario y la contratación en la sociedad de masas*, "Revista de Derecho Notarial" 89-90 (1980) 211-228.

(56) La filiación extramatrimonial, las compras de la mujer casada.

(57) *Consecuencias de una funcionarización de los notarios; El notario: función pública y función privada, su inescindibilidad* (cfr., *La fe pública en el ámbito mercantil; Naturaleza documental de la póliza intervenida*). No estamos legitimados para abordar aquí cuestiones de actualidad ajenas directamente al tema; puede verse "Le Gnomon. Revue internationale d'histoire du notarit", editoriales de los números 184 (*Merci president Decorps*), 187 (*La perte d'un necessaire equilibre*), 182 (*Le bon et le mauvais gouvernement*); no somos exhaustivos.

(58) Conferencia en la misma Academia de Jurisprudencia en el II ciclo conmemorativo del Código Civil.

lela a la historia institucional, a la vista una vez más en el propio discurso (59). Pintiparada ocasión para el espaldarazo de un relevo con vistas a la juventud.

NUEVE MIL SEISCIENTAS TREINTA Y CUATRO PÁGINAS DE METODOLOGÍA

El título de este apartado puede parecer frívolo, incluso infantil, recordatorio de algún profesor que valoraba los trabajos de sus alumnos por el peso del papel gastado. Pero no es así. Indiscutiblemente, la extensión es un merito con tal de que sea mensurable (60), aparte de denotadora de un esfuerzo, aunque raramente se impondrá a la calidad en una valoración comparativa (61). Y en algunos casos impone y abruma. Este es el de las obras de Vallet que tenemos a la vista, además de sus cuatro manuales a saber *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho* (62)*, Metodología de la determinación del Derecho* (63), *Estudios sobre*

(59) Fue el portavoz del Colegio Notarial en el homenaje a José Febrero en el bicentenario de su muerte. La evocación de este benemérito autor de la *Librería de escribanos* nos suscita una intuición inversa a la que teníamos al recorrer los documentos de los siglos precedentes a la consagración boloñesa. En la Castilla de los oficios enajenados y abundancia de menoscabos en nuestro ejercicio, los escribanos mantenían su dignidad como de los protocolos consta. Fue el Colegio de Barcelona, representando a un territorio con mejor funcionamiento, el que, cuando se gestaba la Ley del notariado moderno hizo oír su voz, aprensiva de alguna desnaturalización. Felizmente no fue esa la resultante en 1862.

(60) Queremos decir que tenga alguna cifra por encima del cero.

(61) Recuerdo un ejemplo de una materia trágica. Un dictador hispanoamericano creyó ser un acto de cortesía comunicar a un ministro visitante de uno de los países más en el ojo del huracán en ese orden de cosas, su impresión de que se había exagerado el número de víctimas. Fue contestado que con una sola bastaría para sentirse culpables. Nada más honroso por su parte desde ese punto de vista de la imputabilidad personal. Pero hay que reconocer que cada víctima implicaba un sufrimiento y una culpa más.

(62) (Madrid, Fundación cultural del Notariado; 2000-2003; en dos tomos divididos en tres volúmenes, el primero dedicado a “La ciencia del Derecho a lo largo de la historia” y el segundo a la “Elaboración sistemática”.

(63) (Madrid, Centro de estudios Ramón Areces-Consejo del Notariado; 1994-1996); en dos tomo, el segundo la “parte sistemática”.

fuentes del Derecho y método jurídico (64), *Metodología de las leyes* (65), y *Metodología jurídica* (66).

Su exposición de la ciencia del Derecho viene a ser una desmesurada ampliación del discurso en la Academia de que hemos dado noticia. A medida que avanza en la cronología tiende a monografías sobre cada tratadista, exponiendo exclusivamente su obra, sin detalles biográficos. Recomendamos unas ojeadas al índice de personas, de éste y los demás volúmenes.

Empieza con el Derecho Romano. No trata de los derechos orientales, pero ello no es una laguna. La influencia griega y babilónica en él ya nos da una idea de ellos, y su consideración separada implicaría una dedicación no exigible a un autor único. Lo que es criticable es la sustitución del mismo en los planes académicos franceses por los "derechos de la antigüedad", una innovación ajena a la contextura histórica y actual del país.

Sigue con los "crisoles que se mantuvieron con brasas en Occidente durante la Alta Edad Media"; después el resurgimiento del

---

(64) (Editorial Montecorvo; Madrid, 1982).

(65) (Madrid, Revista de Derecho privado-Editoriales de Derecho reunidas; 1991).

(66) Una visión panorámica sin notas, pero atractiva. Es un curso de doctorado en Comillas (1987-88), publicado este último año. Empieza con los saberes humanos sin más y llega hasta la realización del derecho y elaboración de su ciencia. Dice al principio: "El hombre primitivo emplea todos sus sentidos para captar la naturaleza que le rodea; goza de una verdadera interacción de sus sentidos. Los progresos tecnológicos, con todas sus evidentes ventajas y el progreso a que dan lugar, en cambio le producen fragmentaciones y segmentaciones sensoriales y, en consecuencia, intelectuales. Trae a colación un libro de Marshale McLuhan, *La galaxia Gutenberg* (1962) y a Cohen-Seat y Fougeyrolles y sigue: "Hoy la representación del mundo, la imagen concreta y la idea que de él se forma el hombre, aparecen cada vez más como productos de una información nueva totalmente. El alba de la era electrónica puede llegar a englobar totalmente la gran familia humana entera en una sola tribu global, en trance en pleno día, por la fuerza de los medios audiovisuales de comunicación, como por la noche al compás del tam-tam y al conjuro del brujo ponen las tribus salvajes" (cfr. en el otro extremo el artículo de Vallet, *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes del derecho foral,* "Anuario de Derecho Aragonés" 14 81968-1969) 59-12). Terminó insistiendo en la necesidad de una adecuación flexible pero objetiva de las resoluciones judiciales a las más singulares circunstancias de hecho sin mengua de la seguridad jurídica.

bajo medievo, con las tareas definitorias y de configuración de instituciones.

El capítulo de la modernidad llega desde el voluntarismo y el nominalismo hasta 1780. El siguiente, hasta nuestros días, empieza con KANT. En el Ochocientos agrupa las concepciones filosóficas que tuvieron repercusión jurídica: el positivismo de Augusto COMTE, el pragmatismo, de HEGEL al neohegelianismo, el retorno a los valores y la fenomenología, y el existencialismo. Los dos sucesivos capítulos tratan de las perspectivas del derecho natural en los dos últimos siglos, y de las corrientes históricas e historicistas.

Titula el primer capítulo del siglo XX "reacciones en dirección contraria a las seguidas en el XIX; su retorno a la orientación de la ciencia jurídica a la justicia en sus concrecciones prácticas".

Vuelve atrás para ocuparse de las definiciones de la palabra "Derecho", de KANT a GÉNY, siguiendo un capítulo dedicado a los que trataron de salir del positivismo legislativo. Los tres últimos capítulos se agrupan bajo el título de un "repaso a las orientaciones metodológicas", de SAVIGNY a CARBONNIER primero, seguido de la aportación española e iberoamericana; y el de la *Wertungsjurisprudenz* y la proyección del realismo aristotélico-romano-tomista. Llega hasta los primeros años del último cuarto de siglo, aunque algunas citas son de fines de la centuria. Por lo tanto no se puede decir de Vallet que no leía a sus contemporáneos (67).

Al contrario, no les escatima la extensión. Así al "ensanchamiento de la perspectiva metodológica de Antonio HERNÁNDEZ GIL, y al libro de José-Luis DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno* (1977). Del *Ensayo de valoración filosófica del Derecho* (1945) de Lois Estévez escribe: "Vemos que identifica el derecho natural con los preceptos de la ley natural y, por ello, no lo fundamenta en la *rerum natura* y la *natura rei,* sino en la idea de justicia inscrita en nuestra mente. Por tanto no puedo comulgar con su esencialismo muy alejado del realismo metódico aristotélico-tomista, practicado

(67) De lo anteriores se detiene en las *Observaciones acerca del método que debe emplearse en el estudio de la ciencia del derecho,* de Fernando de LEÓN Y OLARIETA (" seguido del programa de ampliación del derecho civil y códigos españoles y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura"; Valencia, 1871); y en el *Ensayo de metodología jurídica*, de Enrique GIL Y ROBLES (Salamanca, 1891).

por los romanos y por quienes seguimos practicando este método". Resume la postura de Espín Canóvas –*El derecho natural y la nueva metodología* (1946)– en su afirmación de que "la cuestión metódica presupone actitud filosófica: el querer desconocerlo o negarlo no significa más que tratar de ocultar las bases materialistas de que se parte", y su terminación admirando "el edificio de la escolástica, con su engarce armonioso dentro del orden universal dispuesto por el creador".

Se ocupa de la metodología en Portugal (68), analizando detalladamente tres libros aparecidos de 1942 a 1944, a saber *Derecho positivo y ciencia del derecho,* de Luis Cabral de Moncada (de un realismo filosófico metódicamente idealista, con unaenmienda al positivismo al examinar el derecho dentro del espacio jurídico total); el *Valor práctico de los conceptos y de la construcción jurídica,* de Adriano Paes da Silva Vaz Serra ("el derecho no está en meros conceptos técnicos, incapaces de explicar la razón práctica de las soluciones. Es en la vida donde hunde sus raíces, de ella se alimenta y crece"); y *Ciencia del derecho y filosofía del derecho* ("en lugar de buscar, como el realismo aristotélico-tomista, el orden universal por mediación de la naturaleza física y metafísica de las cosas sin separar *res cogitans* y *res extensa,* procura hallar el todo recomponiéndolo con la dialéctica, que en Aristóteles es un instrumento gnoseológico y Hegel eleva a momento ontológico. [...] A la vista de estas afirmaciones, me permito repetir la indicación que Ulpiano hace en el primer texto del *Digesto:* la filosofía que cultivamos los juristas no es la de categorías y símbolos, es la filosofía de la justicia- *vera philosophia, non simulata-,* una filosofía práctica, no teórica, que vivimos nosotros mismos partiendo de la noticia de las cosas divinas y humanas, entre las que ciertamente se halla la noticia de la filosofía de los filòsofos").

(68) Lo que hay que valorar teniendo en cuenta la escasísima atención que en la España contemporánea se le ha dedicado, salvo por el movimiento iberista. Los escritores portugueses que eran una debilidad de Unamuno, llegaron a ser conocidos entre nosotros en parte a través de ése; José-María Gironella se preguntó cuántos españoles habían estado en Portugal antes de que la Virgen se apareciera en Fátima. En cuanto a la evidencia de que la fama no siempre corresponde al mérito –también en los países– no hay que insistir en ello.

Es revelador su apartado sobre "la metodología del derecho administrativo observada por los administrativistas españoles", concretamente el discurso de ingreso en la Academia de VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos,* contestado por GARCÍA DE ENTERRÍA (69). El recipiendario no se ocupó de la metodología, pero sí su contestador, cuando dijo: "ocurre que este derecho administrativo, tan inevitable como necesario, a la vez destino y esperanza, aporta una lógica nueva del derecho. En él se conjugan dos aspectos aparentemente contradictorios: ser un cauce para la gestión de las necesidades colectivas y un escudo de la libertad y de las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la *iustitia protectiva,* protección de contrarios que pone en juego perspectivas inéditas para los civilistas (70). Tiene un sistema de fuentes mucho más matizado y rico que en los demás sectores del ordenamiento, curando a sus cultivadores la pretendida estatalización completa de sus normas de toda inclinación positivista y forzándoles a una utilización general y profunda de los principios generales del derecho, más extensa y matizada que la que pueden intentar los privatistas, que son ahora, quizás como hijos de la codificación, los verdaderos positivistas". Principios del derecho por encima de los constitucionales, aunque ello lleva a admitir "normas constitucionales inconstitucionales", como lo ha hecho el tribunal constitucional alemán (71).

Con la afectuosidad que era de esperar, se ocupó VALLET de "su maestro en el seminario de derecho civil del Instituto de Estudios

(69) Cfr. el discurso de ingreso de Luis FIGA FAURA, *Lógica, tópica y razonamiento jurídico* (1993) que después de diferenciar los *topici* y los *loci* en Aristotéles, Cicerón, Quintiliano, Boecio y los autores medievales, analiza en sus textos originales las opiniones en el siglo XVI sobre la tópica jurídica, concluyendo que ésta no tiene validez absoluta, su conjunto no es coherente, y la eficacia de un tópico como argumento depende de su aceptación por la persona o el auditorio.

(70) "Los administrativistas son hoy –permítasenos este pequeño orgullo– los auténticos herederos del pretor romano (no en vano la jurisprudencia del Consejo de Estado francés se ha llamado, con estricta justicia, pretoriana)"

(71) Insistió en ello al contestar a Landelino DE LA VILLA. VALLET tiene por el estudio más profundo y documentado del tema, el de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *La discusión sobre el método en derecho público durante la República de Weimar (ciencias del espíritu y método jurídico)*, en la "Revista española de Derecho Constitucional" XVI, 46 (1998,l) 11-37.

Jurídicos y en nuestro trato particular tan inolvidable y entrañable", don Federico DE CASTRO (72). Nota su "orientación de la realización del derecho, conforme al pensamiento clásico, en la justicia trascendente, el derecho positivo en la realización práctica del derecho y no en la ley positiva como presuponía el positivismo imperante (73) . El lugar central en el orden jurídico es el de los principios generales del derecho, no el de las normas legales positivas. Para ser aceptable un sistema jurídico ha de partir de la idea verdadera del derecho y reconocer la función creadora y directiva y el puesto jerárquico de los principios jurídico. Frente a la tendencia a la abstracción y las definiciones y clasificaciones dogmáticas, debe observarse que sólo están justificadas aquellas que sirvan para la mejor realización del derecho".

La "elaboración sistemática" permite a VALLET explayarse con serenidad y sin limitaciones, desde los fundamentos más elevados y primigenios hasta las manifestaciones negociales inmediatas de su notaría. "¿Qué es el Hombre?", se pregunta en un título, para analizarle en todas sus dimensiones, como animal social y político; como ser temporal histórico inserto en una tradición cultural; integrado en la naturaleza de las cosas, y ésta y la de cada cosa en su cognoscibilidad por el hombre mismo y la imagen mental que de ella tenemos-ahí HEIDGGER (*El ser y el tiempo*) frente a SCIACCA (*La filosofía hoy*)-; nuestra participación en su orden y su función jurídica. Naturaleza de las cosas que es fuente material del derecho, mediante la interpretación, la analogía y la determinación de la equidad.

Llegando así al eje *naturaleza de las cosas-hecho jurídico*, como el genuino significado del derecho [señalando las dificultades de Carnelutti, al razonar partiendo de una concepción normativista del derecho, natural y positivo, como conjunto de leyes (74)]. Entrando

(72) También publicó en el "Anuario de Derecho Civil" 36 (1983) 1685-1726), *El profesor Federico de Castro y el derecho natural".*

(73) "Ahora bien, al ver la justicia como una realidad objetiva suprasensible, parece situar el problema de su realización en una iluminación eidética de las cosas, al modo platónico seguido por Francisco Suárez. Camino metafísico inverso al de la metafísica de Aristóteles y Santo Tomás, que buscaron en las cosas el orden universal insito por Dios en ellas, y éste fue el camino seguido también en la práctica por los jurisprudentes romanos".

(74) *La conversión de Carnelutti al iusnaturalismo realista sin salir del normativismo,* en "Verbo" 365-366 (1988, mayo-julio) 379-399,

ya en la materia, después de las relaciones y las instituciones jurídicas, a continuación de los hechos, los actos y los negocios jurídicos; y de las funciones integrantes del arte jurídico y los profesionales del Derecho: *legislare, ministrare, iudicare, agere* y *postulare* (de los abogados), *cavere* (de los notarios y ciertos abogados como los *solicitors* ingleses y los *attorneys and consellers* angloamericanos).

El *Estudio de las fuentes* es una recopilación de artículos. VALLET insiste en su concepción tomista (75). Cita una carta de JHERING a un amigo que le había enviado la *Summa theologica:* "Me pregunto asombrado, ¿cómo es posible que tales verdades, conforme en otro tiempo estuvieron insufladas en nuestra doctrina protestante, pudieron caer en el olvido de forma tan absoluta? Yo quizá no hubiera escrito mi libro si las hubiese conocido". Subraya el alejamiento del Aquinatense "tanto de un fideísmo aislado de la realidad, como de un panjuridicismo positivista que todo quiere regularlo con normas legales y reglamentarias de obligatoriedad jurídica. La concepción que él extrae de su contemplación del orden de la creación comprende la realidad total, y por eso, para su solidez *gnoseológica,* necesita que mantengamos firmes todos sus fundamentos. Pero el conocimiento, como en él mismo, debe mantenerse en una rigurosa sumisión *ontológica".* Está de acuerdo con VILLEY en haber concebido Santo Tomás la regla de derecho no tanto el medio de dirigir una conducta, como un intento de buscar lo naturalmente justo. Por lo cual las normas no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que, por esencia, es inexplicable en su plenitud".

Otro de los pensadores que tiene muy presentes VALLET es Giambattista VICO (76), a quien encuentra en su perspectiva de jurista práctico no sólo enfrentado al método exegético y su formulación del silogismo jurídico, sino al conceptualismo dogmático, con su opera-

(75) Escribió el libro titulado *Perfiles jurídicos del derecho natural de Santo Tomás de Aquino* (Madrid, 1978). En 2003 contestó al discurso de ingreso del cardenal Ricardo M-Carles en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *"Epieikeia" aristótelico-escolástica, "aequitas" romana y misericordia cristiana catalizadoras del derech.*

(76) Cita a DURÁN Y BAS: "La influencia del protestantismo hizo separar la moral del derecho, najo pretexto de separar la política de la religión, pero en los albores de la invasión del enciclopedismo protestó Vico contra esa idea que hoy los más ilustres escritores rechazan en Alemania y en Italia".

tiva de inversión que, al elaborar el concepto, pretende deducir más de lo realmente inducido, así como al racionalismo que desciende silogísticamente, de modo lineal, desde unos principios abstractos hasta formular soluciones concretas estimadas universalmente válidas. En cambio, después de tantos impactos nominalistas, el idealismo cartesiano y la operatividad experimental baconiana, a mediados del Setecientos, VICO nos demuestra la imposibilidad jurídica de todo método *more geometrico*, puesto que el jurista debe tener siempre a la vista dos planos, además de la exacta visión de los hechos, el del texto legal y el de la equidad o *ratio;* y en este último tampoco es posible proceder cartesianamente, ya que el criterio decisorio no puede ser alimentado con un *primum vero* único e indiscutible, sino que ha de tener en cuenta muchas razones apoyadas en consideraciones muy diversas. Como ciencia moral, en la que el *verum* se identifica con el *bonum,* la ponderación prudencial debe sustituir a los raciocinios rectilíneos que llevan a malos resultados. De manera que su método está hecho de confrontaciones filológicas, filosóficas, históricas, de ponderación prudencial de lo bueno y lo útil para hallar lo justo.

En la *Metodología de las leyes* interesó mucho a VALLET la postura de MONTESQUIEU, respecto al arte de legislar (77). Como San Isidoro y Santo Tomás, el *Président à mortier* del Parlamento de Burdeos estimaba que aquéllas habían de ser posibles para los hombres destinatarios, "de tal modo apropiadas al pueblo para el cual han sido hechas que las de una nación sólo por un extraordinario azar pueden convenir a otra", debiendo tener relación con la naturaleza física del país, y también entre sí, con su origen, con el objetivo del legislador y con el orden de las cosas en cuestión. Frente a HELVETIUS, escribió que "se sienten los viejos abusos, se ve cómo corregirlos, pero aún no se vislumbran los abusos de esa corrección", sin que el legislador pueda hacer de golpe todo cuanto quiera ni como quiera. La clave está en el *espíritu general*, a la vez *resultante* y *causa impulsora* de las leyes. Para que éstas sean beneficiosas deben conseguir una mejora del espíritu general.

VALLET piensa que, como ciencia moral basada en la razón práctica, esta metodología no puede detenerse, como tampoco ciencia

(77) Su libro *Montesquieu: leyes, gobiernos y poder es* (Madrid, 1986) fue dos años después premio de la Academia Montequieu de Burdeos.

alguna basada en la razón teórica, en unos primeros principios abstractos, universales y necesarios obtenidos por intuición –*ratio ut intellectus*–, sino que ha de extenderse a conclusiones obtenidas racionalmente –*ratio ut ratio*–, correspondientes en lo jurídico a los *secunda praecepta* de santo Tomás, que derivan *per modum conclusionis quae non est multum* remota *a principis,* "por lo cual fácilmente convinieron en él todas las gentes y se le llama derecho de gentes" –Santiago Ramírez, *El derecho de gentes*–. "No es necesario que los primeros y segundos inmediatos principios de la razón práctica se eleven a leyes positivas, bastando que éstas los respeten, pero en cambio el contenido propio de las leyes es la formulación en normas escritas, de las *conclusiones* adecuadas a las circunstancias sociales de cada lugar y tiempo, y de las *determinaciones* precisas en el ámbito donde es necesario que su arbitrio las fije. Una labor en que la ciencia jurídica no puede ser sino *prudencial,* necesitada de la *eubulia* ,la *synesis* y el *gnome* (78)".

La *Metodología de la determinación* tiene por argumento el trasfondo legislativo, la jurisprudencia y la actuación notarial, con la misma cronología que la expositiva. Ello quiere decir que es un tratado de historia del derecho de Occidente, no limitada a las fuentes del derecho positivo como se hacía en algunos programas universitarios sino extendida al derecho vivo, y con una constante atención al pensamiento filosófico que en la exposición del pasado jurídico no es corriente, por lo cual también es una historia de la filosofía.

(78) De la perspectiva del jesuita Teilhard de Chardin, en la cual el Cosmos se ha convertido en Cosmogenesis que va hacia el Espíritu, y la Idea hegeliana es sustituida por una fe nueva que se cumplirá en el Punto Omega de la Evolución, opina que según ella la naturaleza humana como todo el orden natural, quedan disueltas en el seno de la evolución. Cita al dominico André Vincent (*La synthèse cosmogénetique de Teilhard de Chardin et le droit,* "Archives de philosophie du droit" 10 (1965) 33-82), quien ve cómo en su sistema "la visión cosmogénica ha vaciado la reflexión personal de su carácter intelectual, reemplazando la busca de los primeros principios por un proceso de reflexión sobre sí mismo, de desarrollo biológico. De hecho, el espíritu ha perdido el principio de su juicio moral, y su actividad queda encerrada en el marco Espacio-Tiempo de la Materia en Evolución. [...] La relación jurídica no será sino una superestructura y siempre en retroceso bajo la acción de la moviente infraestructura. La noción de lo justo es reemplazada por el sentido de la Evolución. Hay una incompatibilidad entre el pensamiento cosmogénico y el derecho".

De ahí que hojearla, incluso al azar, nos depara el hallazgo de problemas y materias no siempre de conocimiento común ni entre los especialistas. Naturalmente nos es imposible caer en la tentación de hacerlo aquí, conformándonos con señalar algunos hitos.

En la etapa del *ius commune*, el derecho canónico no pretendió regular por sí solo la conducta humana, sino que compartió esa finalidad con el derecho civil, pero no hubo una separación mecánica entre ambos. Su influencia se manifestó en cuestiones tan trascendentales como la formación del concepto de contrato, la representación, y la persona jurídica a través de las nociones de institución, fundación y corporación.

En el Renacimiento hay que tener en cuenta la aparición en Bourges del *mos gallicus*, la nueva escuela romanista enfrentada al *mos italicus*. Uno de los atacantes de éste fue nada menos que Rabelais en su famosa novela, y Cujas dijo de los bartolistas ser *verbosi in re facili, in dificcili muti, in angosta diffusi.*

Ya hubimos de aludir a los tópicos y a los lugares comunes en el método de los jurisconsultos romanos, de vigencia en la modernidad; los lugares comunes, simples nombres o conceptos, los tópicos *propositiones, maximae atque universales vel per se necessariae vel per se probabiles notae.*

Vallet expone con nitidez la influencia en el derecho de la teología protestante: "Lutero no concibe el derecho como algo que debe ser objeto de búsqueda para descubrir el *id quod iustum est*, puesto que la justicia no tiene sitio en el reino terreno, y la verdadera justicia, que es la del reino de Cristo, no es accesible sino a la fe, no a la inteligencia humana. Se trata sólo de hacer respetar las *leyes*, sean las positivas divinas contenidas en la *Sagrada Escritura,* sean las positivas de los príncipes. La identificación moderna del *derecho* con el conjunto de leyes ya hechas, impuestas desde fuera, está enteramente en Lutero. El cual tenía demasiado sentido práctico para creer que la *Sagrada Escritura,* por sí sola, pudiera constituir el derecho. Por eso, para él, las verdaderas fuentes del derecho son las leyes positivas humanas. Éstas reciben su fuerza por proceder de la autoridad. Es decir, se apoyan en un requisito formal, no en la justicia de su contenido. Toda ley debe ser obedecida, porque es mandato del príncipe. Mandato que es de derecho divino. La injusticia de las leyes de los señores contra los campesinos no les restaba *validez".* A diferencia de Lutero, Calvino exigió una moral social rigurosa, pero la

separó del derecho, en el cual coincide con el positivismo luterano. Siguiendo a VILLEY, VALLET escribe que "en la historia de la filosofía del derecho, la Reforma nos aparece como una continuación de Ockham y de su escuela, a su vez secuencia del movimiento inaugurado por la escolástica franciscana de regresión hacia el agustinismo medieval y destrucción del derecho natural. Dejó caer en terreno baldío las adquisiciones del humanismo de la escuela de Santo Tomás, dejó perderse la sabia teoría del derecho de la que el mundo era deudor a la filosofía griega; en su obsesión de retornar a las fuentes bíblicas, amputó la moral clásica de una de sus piezas más sutiles, pero también más necesarias, la justicia social y el derecho mismo. Tales fueron los caminos que han conducido al positivismo moderno".

VALLET subraya también la trascendencia de la concepción de la ciencia experimental como única norma de conocimiento que fue la de Francis BACON, aplicándola incluso a las ciencias sociales, lo cual aquél relaciona con el nominalismo y la pérdida de los conceptos universales de Ockham, en la misma visión empírica, que unida a la ininteligibilidad de lo sensible de DESCARTES ,inició la línea racionalista pura.

Un ejemplo pintiparado del entrecruzamiento de las corrientes y las posturas de las personas ante ese fenómeno, que VALLET expone detalladamente, es el de las diferencias entre la escuela histórica del derecho alemana y la escuela histórica catalana (79). Él nota que "el positivismo y el inmanentismo, con una escisión radical entre la moral y el derecho de la primera no fue nunca compartido por la segunda, la cual no se basó en KANT, SCHELLING ni STAHL, sino en la escuela experimental escocesa, sobre todo la de Dugal Stewart; y en la propia tierra en Balmes (80) –adecuación del tomismo al psicolo-

(79) Escribió también *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, en la "Revista Jurídica de Cataluña" 78 (1978) 587-641, 769-819; 79 (1980) 7-47, 279-311, y 567-596; y *La influencia de Savigny en la escuela histórica catalana del siglo XIX.* En los "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación" núm 7 (1981) 67-131 y 9, 19-83.

(80) TORRAS Y BAGES subraya en él "la madurez de la ciencia del justo medio, la asimilación y la conciliación, además de la perspicacia, el don de observación y la seguridad de juicio, amparado en dicha doctrina tomista que hermana experiencia y razón". VALLET observa una diferencia entre la aplicación del tomismo por aquel y DURÁN Y BAS. Éste distingue el elemento general donde sitúa los principios generales del derecho natural, y el ele-

gismo cartesiano, el armonismo dinámico de Leibniz y el empirismo ideológico de dicha escuela escocesa–, y en Llorens y Barba, el de la filosofía del sentido común –de acuerdo con la regla escolástica *nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu nisi intellectus ipse,* pero sin admitir la tesis de las especies inteligibles y defendiendo en su lugar la del conocimiento inmediato de Reid (81)–. Una crítica que pesó mucho fue la del presbítero, luego cardenal primado de Toledo, Enrique Pla y Daniel, al puntualizar que Savigny, no negaba el fundamento moral del derecho, pero le desconectó de éste, siguiendo la pauta de Lutero, a efectos de su eficacia y exigibilidad (82).

Terminamos este *excursus* con la no fácil exposición que hace Vallet de la postura de Carnelutti. No fácil por un tanto contradictoria, aparte de modificada en el tiempo. Su teoría del derecho es imperativista, No ve ordenamientos diferentes del estatal. Pero dice que la justicia es *conformidad con el orden del universo,* no con una regla o ley: "El orden inaprehensible o inconcebible en sí mismo, o sea en su infinitud, se descompone a fin de poder ser conocido en un complejo de *leyes o reglas* que toman el nombre de *derecho natural".* Vallet observa a esto que implica una visión de dichas reglas y sus excepciones, pero no de la determinación de lo justo en cada relación concreta o sea lo integrado por las cosas justas, y que si el hombre las descubre y formula, constituyendo así la ciencia del derecho, no sólo busca las mismas sino también lo que es justo en cada caso, la cosa justa, habiendo formulado esas leyes precisamente para eso, con finalidad instrumental, a medida que las ha ido descubriendo en dicho orden; y que hay que recurrir al análisis del propio Carnelutti para explicarse la fisura, difícil de llenar, entre su iusnaturalismo y su imperativismo normativista". Éste, como brillantemente acostumbra, emplea una exuberancia de metáforas, trayendo a colación el arte y la fotografía –aquilatando la naturaleza de las relaciones entre Beethoven y Toscanini–, pero lo que concre-

---

mento particular, desarrollado en cada pueblo a través de la historia; aquél piensa que ambos elementos no están superpuestos sino que se entrelazan en el orden natural de las cosas.

(81) "Damos el nombre de realismo natural –escribió Llorens– a la doctrina que acepta sin reserva los datos de la conciencia que nos aseguran la realidad del mundo exterior y su distinción del interno".

(82) *Crítica de la escuela histórica según los principios de Santo Tomás sobre la inmutabilidad de las leyes*, RJC 6 (1900) 225.

tamente hay que subrayar es su explicación de que si la ley contiene un mandato, "hay que reconocer un poder de mandar en quien lo ha mandado y que tenía razón para mandar, y cuanto más se abstrae el mandato más corre el peligro de perder su eticidad, surgiendo una oposición entre la exigencia de justicia y la de certeza, no sólo en el momento de la formación sino en el de la aplicación de las normas, una valoración *a posteriori* que renueva la hecha *a priori.* Y siempre, más o menos, de modo imperceptible o manifiesto, está última fase de la dinámica del derecho se liga de nuevo a la primera, y su nobleza se manifiesta en el esfuerzo inexhausto por adecuar la ley a la justicia mediante su aplicación (83)".

En la parte sistemática, VALLET encuentra un campo abonado para explayar su sapiencia jurídica y filosófica sin coerción intelectual alguna. Nos recuerda a Gordon MICHIELS en el Derecho Canónico coetáneo. En la determinación del derecho trata por separado de los niveles teológico, filosófico, político legislativo, científico (sociológico, economicista, ecológico o jurídico), práctico e instrumental auxiliar. Dedica mucho espacio a la interpretación jurídica y a la determinación negocial (tambi´n notarial) del derecho.

EL DESPACHO DILATADO

De 1962 a 1980 aparecieron cinco volúmenes recopilatorios de escritos jurídicos de VALLET, sobre *derecho de cosas, garantías, cosas y garantías, donaciones;* y *estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades* (84). Aquí sólo tenemos huelgo para fijarnos en algunas aportaciones innovadoras o reveladoras particularmente de la mentalidad del autor.

(83) CARNELUTTI también escribió que, aunque teóricamente el juez es un servidor de la ley, en la realidad de la vida la lucha del hecho con la ley se convierte en lucha entre el juez y el legislador. Lo de que el segundo esté arriba y el primero abajo es más apariencia que realidad. Todo el derecho culmina en el juicio, de manera que el juez termina por juzgar al legislador. Hay naturalmente jueces y jueces, y no todos tienen hoy el corazón del pretor romano, pero un juicio que no contenga una dosis de corrección de la ley no es frecuente".

(84) Hay que tener en cuenta su *Panorama del Derecho Civil* (Barcelona, 1963).

Para resolver el problema planteado por la concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble, recurre a la distinción entre la posesión en sentido estricto y la tenencia. En el *pignus tabernae,* concluye que la extensión a la hipoteca del establecimiento de un conjunto variable de mercancías o las materias primas, debe excluirse por suponer gravísimos defectos técnicos y prácticos (85). Incluye unas notas críticas y de mucha actualidad sobre la pretendida naturaleza personal del derecho arrendaticio. Ante el buque como objeto de garantía y su requerida fijación estima ser "algo que no puede ni debe zanjarse desde un punto de vista teórico y entre libros, sino a la luz de éstos, pero hallándose inmerso desde tiempo en los problemas de la navegación y de sus actividades mercantiles".

No se muestra acorde a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito. Un problema con solución distinta según el partido tomado provisionalmente al discutir otros conceptos más fundamentales y primarios (relación jurídica, derecho subjetivo, objeto del derecho), mientras que de adoptarse el criterio analítico, la resultante es la imprecisión. Y al jurista se le plantea muchas veces la necesidad de prescindir de la clasificación para poder comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de ciertas instituciones.

La donación "mortis causa" en el Código Civil español fue el título de su primer libro, 1950. Era socorrido tener esta figura por pasada a la historia, en virtud del artículo 620 del Código Civil que, al sentar que participaban de las disposiciones de última voluntad, se estimó identificarlas con los legados. Era la doctrina común y ortodoxa que nadie se tomaba la molestia de revisar, sobre lo cual atrajo Palomino la atención de Vallet. Pero participar no significa lo mismo que subsumir. Él sostuvo que la equiparación era en la forma, pero no en el fondo, que continuaba sujetándose a la regulación de las donaciones. Y opinó que la donaciones entre cónyuges, se convertían en *mortis causa,* de no haber sido revocadas, pues la prohibición de las mismas en el Código Civil tenía lugar para sus efectos durante el matrimonio, pero no después, quedando mientras tanto en un estado de pendencia, sujetas a la condición de la no revocabilidad. A esa conclusión le ayudó a llegar la validez de las tales liberalida-

(85) Su segundo libro, aparecido en 1951, trató de la *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio.*

des de una manera indirecta, con el consiguiente absurdo de que la ley las prohibiera si directamente tenían lugar. De esa manera entroncaba con su primera experiencia notarial y su primer artículo sobre el pacto de sobrevivencia. Y como tales donaciones valían las compras hechas por la mujer casada con declaración no justificada del marido de ser parafernales (86).

Se ocupó también de la conversión de la propiedad en el capitalismo anónimo y las propuestas de reformar la empresa, o sea de las sociedades anónimas. Ante el balance de su debe y haber, pensaba que "no se trata de prohibirlas ni de absorberlas por el Estado, lo que sería peor todavía sino, de una parte, de no darles facilidades suplementarias, y de otra de no impulsar con imposiciones excesivas a que la propiedad y las empresas privadas se escondan en el anonimato. Se trata de personalizar al propietario, de defender la inmediatez de la relación concreta hombre-cosa, desnudándola del velo formal que la hace abstracta y la deja en el anonimato y en la casi irresponsabilidad. Tal vez en la sociedad comanditaria por acciones se pueda hallar la mejor solución que indirectamente merezca ser impulsada y estimulada".

Entre la impotencia y la utopía, ante unas "consecuencias desoladoras",pero con una llamada a no bajar la guardia, terminó sus consideraciones sobre *la antítesis inflación-justicia:* "En el precio que por la inflación debe pagar la sociedad al Estado, tal vez la prestación más grave sea la imposibilidad de la justicia en materia económica. El Estado, que conserva entre sus fines el logro de la justicia, deberá prescindir necesariamente de toda actuación inflacionaria. Cierto que hoy nos hallamos en un mundo que pretende su plantar el *derecho* y la *justicia* a la *efectividad* y la *eficacia",* aunque "a mayor abundamiento llegan en nuestra ayuda los economistas. La inflación causa la injusticia, pretendemos los juristas. La inflación produce resultados económicos desastrosos, declaran a su vez los economistas.

Y no hemos empleado una metáfora cuando hemos titulado "dilatación" esta apartado. Pues el letrado VALLET compaginó su función notarial con otros asesoramientos jurídicos, nunca por encargo. En 1987 salió el primer volumen de sus *Dictámenes e informes de un notario*; el segundo, póstumo, en 2011, escribiendo José-Ángel MAR-

(86) De este caso trató también en sus Estudios varios, pp. 151-202.

TÍNEZ SANCHIZ en el prólogo: "Fue siempre notario, apegado al oficio, como los pies en la tierra, pero su mirada que escudriñaba los hechos se alzó continuadamente hacia el cielo en un proceso ascendente y descendente para encontrar la justicia del caso concreto. Su estatura jurídica y filosófica le elevó por encima de la institución que se enriqueció gracias a su enorme y justificadísimo prestigio, aunque con su característica humildad solía repetir la frase de Newton de que somos enanos a lomos de gigantes". De su contenido, nota la permanencia de su constante que tantas veces hemos tenido que mencionar, "no tener nada de especulativo sino a la búsqueda de lo justo concreto que no está en el cielo de los conceptos jurídicos ni en una aplicación automática de la norma ni siquiera en una abstracta idea de justicia, sino en la indagación de la naturaleza de las cosas, en lo cual el jurista no está solo", pues cuenta con elementos mediadores, a saber las leyes, la costumbre, los principios generales, las pautas de valor jurídico, la jurisprudencia, los dictámenes anteriores, las *regulae iuris,* el *ius commune* como buena razón y equidad.

Hay dictámenes expresados en una carta, y otros que son notas informativas de alcance general. Así sobre los modos de evitar que grupos competidores de una empresa entren como accionistas en una sociedad anónima titular suya y de que cualquiera de los grupos de los titulares la domine totalmente. También los derechos que tiene el usufructuario de acciones al concurrir con el derecho de preferente suscripción de nuevas acciones; y la suscripción preferente en virtud del pseudousufructo de ellas. Su indeleble carácter de romanista debió sentirse feliz al emitir su parecer sobre un caso la condición fideicomisaria *si sine liberis masculus decesserit* en Baleares, donde consuetudinariamente regía el derecho romano, teniendo él ocasión de resolverlo con arreglo a las *Novelas* de Justiniano, pero no solamente fijándose en los detalles sino inspirándose en los principios.

Más a ras de tierra, uno de sus últimos dictámenes, de 1998, se ocupó de los elementos de la propiedad horizontal comunes por destino mientras no se acordara su desafección (vivienda del portero y la que fue del chófer, derecho a elevar una planta retranqueada en la terraza). Sentó su pertenencia a los propietarios todos proporcionalmente a sus cuotas, y a falta de acuerdo sobre su regulación, la distribución del uso por espacio y tiempo en relación a las mismas.

Otro mundo era un caso de la *fiducia cum amico* de repercusión en Barcelona. Extinguida una sociedad anónima, un edificio suyo fue alquilado por noventa y nueve años y un canon simbólico a tres fundaciones, una el muy prestigioso *Fomento de la piedad.* VALLEY tuvo ocasión de citar a NÚÑEZ LAGOS, por su doctrina de la relevancia contractual del consentimiento, con arreglo a los postglosadores y los canonistas, y la normativa de las *Decretales* sobre albaceas y herederos.

En una interpretación de una sustitución fideicomisaria *sine liberis* y *cum liberis* para los hijos y solamente *cum liberis* para los nietos, opinó contra dos pareceres de sendos catedráticos, Francisco Fernández DE VILLAVICENCIO y María-Encarna ROCA TRÍAS, que no habiendo elegido sustituto el nieto, procedía la sustitución vulgar en fideicomioso del hijo varón primogénito.

Un complicado caso de vecindad civil en Navarra, con el papel de la voluntad a su propósito, y la validez en el supuesto de hecho de un testamento *per relationem*, le dio pie para un estudio exhaustivo de ambos problemas. Sobre la interpretación de los testamentos disertó a propósito de la destinación de sus títulos nobiliarios que hizo un duque titular de varios más. Expuso en su última voluntad que los que poseía *de facto* serían para su primogénito, y el resto, los *de iure* que por derecho histórico tenía en su patrimonio honorífico familiar les transmitiría inmediatamente después del otorgamiento a los demás. Pero en otra cláusula mandó un marquesado también al mayor. VALLET concluyó que las disposiciones enunciativas no prevalecían sobre las declaraciones de voluntad, sirviendo sólo como indiciarias de la del testador en caso de duda; citó en su apoyo la doctrina de Juan CASTILLO DE SOTOMAYOR, en sus *quotidianarum controversiarum iuris.*

En una donación a una congregación religiosa femenina y en su defecto a la parroquia del lugar, con el fin de ocuparse de la educación e instrucción de sus niños de ambos sexos, encontró la solución nítida en la reversión a los herederos de la donante de los bienes donados si las dos instituciones fallaban. Algo más complejo era un caso del pueblo de Agüimes, en Gran Canaria. En 1939 una testadora destinó a hospital, de acuerdo con el Cabildo Insular, un edificio en construcción. Habiendo surgido dificultades, en 1947 otorgó nuevo testamento, disponiendo que el edificio y el resto de su herencia se destinara por los albaceas a una obra benéfica de

tipo moral, religioso o docente o de protección a la mujer. Los albaceas se ocuparon de la terminación de la iglesia parroquial, la construcción de otra, de una ermita en el puerto y de una capilla en el cementerio. Destinando el remanente a una fundación pía docente, entregada con ese fin a los Hermanos de las Escuelas Cristianas, la cual fue erigida por el ordinario de Las Palmas. Hubo disensiones entre las autoridades civiles y las eclesiásticas, y el ayuntamiento presentó una demanda alegando la vigencia del testamento primero, por haberse a su juicio constituido en él automáticamente la fundación hospitalaria. En 1970 el Tribunal Supremo falló en contra de esa pretensión.

En 1963 dictaminó sobre otra fundación canónica, ordenada en sendos testamentos de dos hermanos en 1896 y 1919. Hace constar que acaso su opinión suene a atrevida y aventurada. En el primer testamento, un varón había incluido una cláusula para la conservación de un panteón familiar, la celebración en él de cincuenta y cuatro misas anuales, el alumbrado con velas esos días y el de las Ánimas, y la reposición de las ropas y vasos sagrados precisos. Encargaba de su cumplimiento a sus hermanas. Una de ellas fue la testadora de 1919, la cual encomendó el mismo a su sobrino heredero, con el legado para ello de una finca, y en su defecto sucesivamente a los titulares de determinados cargos eclesiásticos. Los albaceas adjudicaron la finca al sobrino como legatario usufructuario, sin decir nada de la nuda propiedad.

Vallet estimaba la inaplicabilidad de la prohibición de las cargas perpetuas del artículo 785 del Código Civil, la cual había declarado la Dirección en 1906 que no era contraria a la institución en favor del alma, ni al legado para destinar las rentas a fines piadosos, aunque se ordenara su inscripción en favor de los sucesivos administradores. Si se consideraba capellanía, la finca sí habría de venderse, pero en ningún caso revertiría a los herederos por la claridad con que estaba excluida su índole familiar. Vallet clasificó la figura como de un fiduciario con sustitución fideicomisaria, aunque se le llamara legatario usufructuario. Después de su muerte, había de convertirse en una funación canónica pía, procediendo la constitución a su servicio de una enfiteusis, con el aseguramiento para siempre de una renta en especie equivalente y con cláusula de estabilización, y en caso de redención exigir al redimente el pago de una renta de la misma cuantía garantizada hipotecariamente sobre la finca.

Una vez más tuvo ocasión de insistir en que "las consecuencias de las disposiciones debemos deducirlas de las concretas detalladas por la testadora, y no de líneas conceptuales deducidas *a priori* de calificaciones más o menos técnicas y de cuya valoración por la testadora, por no ser ésta jurista, no podemos estar nunca seguros. Nos enfrentamos con la cuestión de las posibles contradicciones entre la voluntad técnico-jurídica y la voluntad empírica o practica de la persona otorgante que, a juicio nuestro, siempre debe resolverse de conformidad con ésta por ser más especifica y concreta e indudablemente consciente".

No todos los dictámenes de VALLET se publicaron. Nos consta por ejemplo que dio uno respondiendo al azobispado de Lima, en una cuestión desacorde del mismo con la autoridad civil (87).

LA CONSTANTE DE LA MATERIA SUCESORIA

En 1954 salió el tercer libro de VALLET, *La mejora tácita.* Ya hemos visto que el primero había tratado de un tema indirectamente relacionado con la última voluntad. De las 624 densas páginas y 2.183 notas del tercero, aparecido el año siguiente, ¡unos *Apuntes*!, diremos enseguida. De 1980 a 1983 son las casi tres mil páginas de sus siete volúmenes *Estudios de derecho sucesorio:* "el fenómeno sucesorio, la interpretación del testamento. las legítimas; la computación, imputación, colación; y las reservas clásica y lineal. Ésta última nos ocupará más, por haberla dedicado el autor el quinto de sus libros, dos volúmenes de casi mil páginas en 1957 y 1960. El *Panorama del derecho de sucesiones,* en 1982, es una recapitulación ágil de todo el tema, con un volumen dedicado a los fundamentos y otro a la perspectiva dinámica, un camino que él llama de la anatomía a la fisiología, desde el titulo sucesorio hasta la partición de la herencia, habiendo comenzado por la sucesión "como un hecho, una manifestación dinámica de la realidad a través del tiempo, observada en su acontecer, vista cinematógraficamente, como el discurrir

(87) Se adentraba también en eld erecho administrativo. Así para sostener la extinción de una concesión del abastecimiento de aguas a una ciudad a la terminación del iempo pactado, con independencia de las condiciones de la posteriormente otorgada.

de una película". Ya sabemos su proclividad a las consideraciones primarias en torno a cualesquiera situaciones de detalle, de la mano de la filosofía ante el más pormenorizado casuísmo. Sin embargo, apenas lo hace en un ámbito que tanto se prestaba a ello, "la potestad jurídica sobre el más allá de la vida", como tituló un libro Niceto Alcalá-Zamora. Y es que la institución estaba tan arraigada en el paisaje foral de nuestro jurisconsulto que toda explicación o elevación se quedaban en tácitas (88).

Pasando a los dos libros tempranos de VALLET, uno y otro me evocan recuerdos personales. Un entrañable amigo, opositor conmigo en 1955, que inesperadamente fracasó, liberado yo de momento del programa de las oposiciones directas, con vistas a su futuro del que prefiero no acordarme, concretamente a esperanzadas oposiciones entre notarios, me sugirió extractar los *Apuntes de derecho sucesorio,* tarea que calculaba de un mes. En cuanto a *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil, como norma a interpretar y a integrar,* era un tópico ponerle como ejemplo de una repercusión del principio de troncalidad del Fuero de Sepúlveda, que el tronco vuelva al tronco y la raíz a la raíz, una postura radicalmente desacorde con la tesis de VALLET.

Nosotros confesamos que estos dos libros son nuestros preferidos de toda la ingente obra del maestro. Está en ellos demostrado que también el derecho civil puede ser un deleite. Con las idas y venidas de los profesores a los magistrados, a la busca en el tiempo de las ordenaciones precursoras, y en el espacio a la de los paralelos o no tanto de más allá de las fronteras. No rehuyendo ninguna cues-

(88) El 17 de mayo de 1950 dijo Francesco CARNELUTTI en la Academia Matritense del Notariado: "Para hacerse cargo del valor de los consejos del Notario, no hay un ejemplo más convincente que el del testamento. No existe para mí una figura de negocio jurídico más importante. ¿Y por qué no decir más fascinador? Se precisa una inteligencia de primerísima mano para explicarse este milagro del Derecho, en virtud del cual la voluntad del hombre le sobrevive. Cada vez que pienso en esto me parece ver el espíritu del hombre custodiado en una urna de cristal. Un juicio que sirve para regular la vida de los otros después de la muerte de quien le pronuncia, cuando no hay lugar a reconocer el error. El que lo emite debe tener en las manos una balanza de precisión. El notario que está a su lado es una balanza. [...] Nunca, junto al moribundo (lo es siempre el hombre cuando, aun estando sano, contempla la muerte) se reconocería al Notario, ni como documentador ni como intérprete, sino cual algo muy próximo al confesor".

tión y deteniéndose sin prisa donde fuere necesario. Se subtitulan los *Apuntes,* "posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil". Pero van más allá de la preocupación del legislador porque al legitimario, se le estime heredero o legatario, no se vea defraudado en sus derechos a través de los portillos aunque angostos de la preterición o le desheredación y la maraña aritmética de la computación, imputación, reducción en su caso y al fin colación de las donaciones. Se aborda el legado de parte alícuota lo mismo que la institución en cosa cierta.

¿Es la legítima una parte de la herencia atribuida por la ley a título de heredero, según el artículo 806? ¿Puede ser atribuida por el testador mediante cualquier título, acorde al 815? El debate estaba abierto. Ahora, en una situación sociológicamente nueva, el tema ha mantenido la bastante actualidad para ser argumento del discurso de ingreso en la Academia de otro notario, José Ángel Martínez Sanchiz, *"Quo legitima tangitur". La intangibilidad cualitativa de la legítima.* Las citas de Vallet y su examen por un compañero en la misma sede, al cabo más de medio siglo de tremenda mutación histórica, y la búsqueda de soluciones adaptadas al tiempo diverso, nos resuenan consolatoriamente como una manifestación de la vigencia fecunda iusprivatista contra el viento y la marea de las ciercunstancias. Por cierto una búsqueda de soluciones que en este ámbito hubo de ejercitarse el notario en los territorios de derecho común al a fin de abrir un cauce al usufructo universal del cónyuge viudo.

Su tratado sobre el artículo 811 le comenzaba Vallet con una cita de Jaime Guasp, "lo fundamental de la docencia jurídica no está en los datos que se tratan de transmitir a los alumnos sino en la actitud que se les quiera hacer asumir ante la vida", por lo cual la materia más adecuada para su formación será la que sirva mejor para ejercitar al jurista. Estaba convencido de que ese artículo del Código Civil era desde esa óptica la mejor, pues además de su interpretación complicada era una norma distinta dde nuestro régimen general, planteando el problema de encajar en éste el injerto. Le preocupaba la última postura del Tribunal Supremo que, apartándose de la doctrina anterior, se orientaba en un sentido contrario a los fundamentos de nuestro derecho sucesorio, de manera que "de puro perseguir la interpretación literal, se contraría el rigor de la letra, y se soslaya el espíritu de la norma para atender a las reglas de troncalidad, a pesar de que con anterioridad el propio Tribunal

había reiteradamente repetido que no obedecía a principio alguno de troncalidad verdadera". Una vez más volvía a recordar a Aristóteles, asumido por SUÁREZ, de tener en cuenta en todo momento el contacto de las leyes con la realidad de la naturaleza.

Herodoto diferenciaba la guerra de la paz en que, mientras en ésta los hijos entierran a los padres, en la guerra son los padres quienes entierran a los hijos. Alonso MARTÍNEZ explicó la motivación de la reserva lineal del artículo 811 en hacer desaparecer "el peligro de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente y a título gratuito a personas extrañas por el azar de los enlaces y muertes prematuras", o sea "la desviación de su línea de los bienes heredados por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente que a su vez los hubiese adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, producida por azar". Sin embargo, el Supremo dispuso en algunas sentencias que esos bienes no salieran de la línea de su procedencia, no de la familia, teniendo un destino predeterminado, del que derivaba la distribución igualitaria entre los reservatarios en los casos de pluralidad de titulares o sea entre los descendientes comunes del ascendiente reservista y del ascendiente de quien procedían los bienes".Y en sentencia de 1 de febrero de 1897 dijo que el artículo "restablecía en determinados casos el antiguo principio de troncalidad", el de los fueros extensos como el de Sepúlveda, *la raíz a la raíz se torne onde viene el heredamiento,* en el de Cuenca *alia vero radici redeat at radicem; e*l 2 de marzo de 1956 vio en él grandes analogías con el carácter troncal del derecho navarro (89). VALLET opina que "cuando quiera hacer se el análisis del carácter troncal o semitroncal que el artículo 811 puede tener, ha de atenderse a la finalidad perseguida por él, por encima de las reglas típicas de uno u otro sistema, a los cuales el Código Civil no hace llamamiento específico alguno".

El caso es que el 811 no tiene una sola palabra clara, que excluya la necesidad de una exégesis complicada, haciendo de momento viables las actitudes más contrapuestas (90). Así, en cuanto a la de-

(89) Las sentencias negadoras del carácter verdaderamente troncal del precepto que VALLET cita van del 30 de diciembre de 1897 al 1 de julio de 1955.

(90) A pesar de lo cual, en la exposición de VALLET leemos varias veces que hay en él problemas poco tratados por los autores.

terminación de los bienes reservables por razón de su naturaleza, si lo son los fungibles y no específicamente determinados, y los que en el patrimonio del descendiente sustituyan a los adquiridos por éste a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano. Y por razón de su origen, en los adquiridos gratuitamente por el descendiente de otro ascendiente había que decidirse por si hacía falta o no que fueran troncales; y por el descendiente de un hermano si había que atender al origen anterior, y exigir que los reservatarios se hallaran en la línea.

Determinar los parientes en la línea requiere precisar el concepto de ésta, sosteniendo VALLET que "para juzgar el carácter reservable de los bienes sólo debemos atender a su origen inmediato, y para determinar quienes son los reservatarios examinar quienes pertenecen a la línea de donde los bienes proceden en su trayectoria familiar y se hallan en el grado de parentesco exigido". También hay que concretar el punto de arranque para contar el grado de parentesco, y decidirse por la unidad o diversidad de los requisitos de línea o de grado.

VALLET examinó los límites intrínsecos de la aplicación del artículo: ausencia de diversidad de línea; y cuando a la muerte del reservista sus únicos descendientes lo sean también del ascendiente o hermano de quien procedan los bienes. La exigibilidad del azar imprevisto deja fuera claramente la reserva excluida por sus beneficiarios.

Se impone interpretar la frase "adquridos por ministerio de la ley": ¿Cualquier sucesión? ¿La intestada? ¿La legítima con testamento o sin él? ¿Toda la sucesión intestada y en la testada sólo la legítima? ¿La sucesión intestada incluyendo en ella la legítima percibida *extra* o *contra* testamento o meramente reconocida pero no la atribuida voluntariamente? En cuanto a los límites extrínsecos, se plantea la concurrencia de la reserva lineal y la legítima de los descendientes del reservista, el de la reserva lineal y la vidual, y la posible antinomia entre los artículos 811 y 971.

En su esfuerzo por encajar esta planta extraña en nuestro régimen, Vallet examina las tesis de la descomposición en usufructo y nuda propiedad del dominio del reservista y los reservatarios; la sustitución fideicomisaria condicional, y el derecho condicional disponible derivado del descendiente, decidiéndose por la expectativa indisponible derivada de éste, no siendo el derecho del reservista eventual ni estando sujeto a condición resolutoria, ni los reservata-

rios titulares de los bienes bajo condición suspensiva ni de un derecho actual a su adquisición automática.

Hay que notar también lo discutible de la determinación de a quién los reservatarios suceden y si su derecho es siempre *mortis causa,* y examinar las limitaciones de la responsabilidad del reservista y el derecho de recobro por los reservatarios, y analizar el espinoso estado de la reserva pendiente y la posición de los reservatarios, así como el cumplimiento por el reservista de la reserva consumada, anticipada o *mortis causa,* y su incompatibilidad o no con la sucesión intestada del reservista y con la testada o intestada de los reservatarios. Recapitulaba VALLET la compleja posición del reservista y los reservatarios. Y terminaba dilucidando la aplicabilidad de la norma en los territorios forales.

Ante esta urdimbre de problemas, la primera impresión en el profano de tratarse de elucubraciones ociosas, cedería ante el mas alejado de este mundo de la ciencia jurídica, sin más que vislumbrar las hondas repercusiones humanas de unas u otras opciones.

AMOR LIBRORUM NOS UNIT

La instalación de la biblioteca jurídica de VALLET en el Colegio Notarial, presidida por su noble retrato, es un destino ideal casi nunca póstumamente asequible a los libros por la fuerza misma de las cosas. La voluntad del difunto y la apertura de los receptores de su legado han hecho posible una conjunción de la utilidad y el lujo espacial que resulta rarísima y por doquier envidiable. Es emotiva la conservación de algunos de los carnets de notas de su poseedor, apuntes relacionados con su uso al servicio de su fecundidad literaria. Esta conservación facilitaría un estudio *ad hoc* de la misma. Nosotros aquí sólo tenemos huelgo para señalar algunos títulos a guisa de complemento de los temas de que acabamos de ocuparnos. No hace falta ponderar que muchos frontispicios merecen la pena. La monotonía es inevitable en la relación que sigue, al no ser posible más que la enunciación de los títulos.

Nos es preciso empezar por el argumento que fue más caro al poseedor: el jesuita Leonardo Lessio imprimió en Amberes *–ex officina Plantiniana–,* el año 1620, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus.* En una edición ginebrina de 1733 están las *De iustitia*

et iure opera omnia de su hermano en religión Luis de Molina, que arriba quedó citado (91). Un *Tractatus de iustitia et iure,* impreso el año 1637 en Madrid, es de Gaspar Hurtado *Mondejarensis.* Un agustino, Pedro de Aragón, comentó el correspondiente tratado del Aquinatense, *In secundam secundae de iustitia et iure* (Salamanca, 1590). *De principiis iuris naturae et gentium* (Venecia, 1764) es de Juan-Francisco Finetti. Citamos aquí también el *Tractatus novus de facti scientia et de ignorantia* (Ginebra, 1733) de Juan Bautista Costa.

Del *Corpus iuris civilis romani,* hay una edición de Basilea, 1781, con notas de Dionisio, Gotofredo, Francisco Modio y Simón van Leeeuwen. Es ya venerable el comentario a las *Instituciones* de Ángel Aretino, "in utroque iure praeclarissimus", y su tratado de las diversas materias. De los tórculos lioneses salió en 1572 el *Digestum vetus seu Pandectarum iuris civilis,* cinco años después de los *Quatuor libros Institutionum* de Francisco Hotomano en la misma ciudad; en el siglo siguiente, de Amberes, 1642, es el *Enucleatus sive renovata commentaria de iure civili,* de Hugo Donello, además en otra edición napolitana de 1742. Bartolomé de Henao Colón y Larriategui tituló atractivamente, *Otia salmantina,* su libro allí impreso en 1707, *ubi praecipui aliquot iuris civilis tractatus et plura iurisconsultorum responsa explicantur.* El *Infortiatum seu Pandectarum iuris civilis* salió el año 1569 en Lyon (de 1540 es el *Super Digesto veteri et infortiato et Digesto novo,* de Bartolomé Socino; allí mismo aparecieron, treinta y un años después, los *Renovata commentaria in IV Institutionum,* de Antonio Pichardo; las *Praelectiones* sobre el Código de Justiniano, de Antonio Perecio, el 1755 en Nápoles. De las *Operum postumorum quae de iure reliquit,* de Jacobo Cuyacio, las *IV Codex Iustinianus* [...] *recitationes solemnes,* se imprimieron el año 1617 en París. En Ginebra, salieron de Juan Brunemann el *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum* (1762) y el *Commentarius in Codicem Justinianeum* (1771).

Algunos vocablos definitorios se agolpan en los títulos: las *Practicarum resolutionum iuris* salieron en Frankfurt del Main en 1610; unas *Variae iuris resolutiones* (Lyon, 1630) son de Acacio-Antonio

(91) Vemos también las *Additiones seu illustrationes aureae* al libro de Molina (Lyon, 1669), de un caballero de Santiago, Baltasar Gilmón de la Mota.

de Ripoll; del salmantino Antonio Gómez, vieron la luz también en Lyon, ya en el siglo siguiente, 1701, las *Variae resolutiones iuris civilis communis et regii.* De Antonio Fabro, las *Coniecturarum iuris civilis* (Ginebra, 1630), y el que lleva su nombre, *Codex Fabrianus definitionum forensium* [...] *ad ordinem titulorum Codicis Iustinianei* (Nápoles, 1765).

De Juan-Bautista Valenzuela Velázquez, que sirvió en Nápoles, Granada y el Consejo de Castilla, antes de ser obispo de Salamanca, las *Consilia sive responsa iuris,* y de Rolendo a Valle, los *Consilia sive responsa* (Lyon, 1571 y 1585; este último el mismo año de la aparición en Venecia de las *Consilia seu responsa* de Pablo de Monte Picho, profesor y jurista en Pavía); sin dejar las prensas lionesas, en el siglo siguiente, 1655, los *Consiliorum Bartoli libri duo,* cincuenta años después de que aparecieran en Venecia los *Consiliorum sive responsorum,* de Pedro Surdo. Del Bartolo están la edición lionesa de 1547 y la veneciana de 1575. De Alberico de Rosato los *commentariorum iuris utriusque,* y el *Repertorium generale* (Lyon, 1545)..

En 1619 salieron también de los tórculos vénetos las *Controversiarum iuris,* de Andrés Fachineo, y allí mismo en 1662 las *Controversiarum forensium* de Francisco Andreoli, jurista en Parma y Piacenza. Remigio Maschat y el escolapio Juan Walbrecht de San Antonio, imprimieron en la misma ciudad, 1764, las *Resolutiones quaestionum amplius DC in utroque iure controversarum.* De José Vela de Oreña son las *Disertationes iuris in Hispalensi senatu* (Granada, 1638), extendidas al granadino en una edición de 1675.

Las "Opera Omnia" del obispo de Segovia, Diego de Covarrubias y Leyva, salieron el año 1676 en Lyon, y el siglo siguiente en Ginebra, 1733, de Diego Ibáñez de Faria, un suplemento a ellas, *Additiones, observationes et notae ad libros variarum resolutionum.* Las *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt,* de Francisco Durenio, habían aparecido en Frankfurt el año 1592; de Jerónimo de Ceballos, en Amberes, 1623, el *Speculi aurei opinionum communium contra communes*. Las *Opera Iuridica,* del vallisoletamo Juan Yáñez Parladorio el 1761 en Ginebra

El *Theatrum veritatis et iustitiae,* que vemos en la edición de Venecia, 1716, del cardenal Juan-Bautista de Luca, de Venusia, es una obra inmensa, de la que el desarrollo de los subtítulos del conjunto de sus volúmenes seria un programa completo de la ciencia jurídica.

Por eso Nicolás Falconio, de Spoleto, imprimió el año 1716 en Venecia para él un *Repertorium seu index generalis.*

De las acotaciones territoriales, vemos para España los *Commentaria* [...] *recollectionis legum* (Madrid, 1580), de Juan Matienzo, las *Allegationes iuris*, de Pedro Díez Noguerol, que se dice oriundo de Ocaña y Madrid (Lyon, 1676), y sobre todo los *Commentarii juris civilis in Hispaniae regias constitutiones* (Lyon, 1737) de Alfonso de Azevedo, de Plsencia; Juan-Bautista Larrea, recogió las *Novarum sacri regii senatus Granatensis* (Lyon, 1679). Juan-Pedro Fontanella, de Olot, editó en Lyon el año 1668, las *Decisiones sacri regii senatus Cathalonia,* de Jacobo Cancerio Domicello, de Barbastro, son las *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificii et municipalis principatus Cathaloniae*, y de Miguel de Cortiada las *Decisiones cancellarii et sacri regii senatus Cathaloniae,* allí mismo impresas en los años 1712 y 1714); las *Decissionum sacri senatus regii Aragonum,* son de la imprenta zaragozana, 1602, mientras que en Valencia salió el año 1742 el *Theatrum jurisprudentiae forensis Valentinae,* de Nicolás Bas y Galcerán. En Turín el 1590 las *Novae decisiones sacri senatus Pedemontani,* de Antonino Tesauro, de la ciudad episcopal de Fossano. Para Cerdeña, escribió Jerónimo Olives, las *Commentaria et glosa cartam de logo, legum et ordinationum Sardarum* (Madreid, 1617). Para Nápoles, vemos las *Consultationes iuris cum decisionibus a supremis Neapolitanae regni tribunalibus* (1671); y para Sicilia, el panormitano Antonio de Amato, reunió las *Variae resolutiones iuris, forenses et tpracticabiles*[...] i*uris proprii Siculi interpretatione* (Lyon, 1568), y el mesinense Mario Giurba las *Decisiones novissimae* (Ginebra, 1654). Esteban Graciano recopiló las *Decisiones Rotae Provinciae Marchiae* (Roma, 1619).Diez años antes había salido en París la *Secunda pars commentariorum analyticorum in consuetudines Parisienses.* Dos años más tarde, en Lisboa, las *Decissiones supremi eminentissimi senatus Portugalliae.*

El exlibris mariano de esta biblioteca tiene una apariencia luminosa, y no lo decimos por el tema. El artista ha acertado a representar a la Virgen, sin recurrir a efectismo alguno, de una manera seductora que impresiona, teniendo en cuenta lo limitado de los recursos del género.

En los catálogos de librería se indica siempre si es el caso que el ejemplar ofrecido tiene el sello del anterior poseedor. Para mí, lejos de menoscabarlo, es un dato a valorar. Se siente uno en cierta unión

con los que antes pasaron las mismas páginas llevados de la misma atracción, y se hace la biografía del volumen. Ex libris de nombres conocidos hay en esta biblioteca, tal el ducal de Medinaceli. Y abundantes notas manuscritas, algunas en latín, denotadoras de que éste no era una lengua muerta aunque tampoco viva sin más, si queremos una *Kultursprache.* Nos enteramos de que "este tomo fue de Diego Valcarce y Santuso, cura de Santiago de Sobrecedo y San Miguel de Vilella, en el obispado de Lugo". Nada particular nos dice que el libro de Antonio Gómez perteneciera a don Joaquín Morales, pero sí un fragmento de carta a un Monseñor, probablemente civil, extrañamente pegado al reverso de la portada: "...avoir reçu un ordre du roi pour nous donner quelque grain pour le pays de Labour; n'oubliez pas la garnison de Fontarrabie qui en manque depuis longtemps".

Vallet ponía en los libros muchas señales, algo indicador de su frecuente uso. Muchas veces nada más que tiras de papel en blanco. Pero algunas son fragmentos que nos dicen algo. De una convocatoria para el seminario de don Federico, de una invitación de la Academia Matritense, el Centro de Estudios Tributarios o de Joaquín Calvo Sotelo cuando presidía el Círculo de Bellas Artes; de una de las circulares informativas del cuerpo que enviaban periódicamente las agencias de Calvo –de esta hay una del tiempo de la temprana notaría de Malgrat– y Paniagua (en una hemos visto el traslado a Burgos de Antonio Vázquez Campo); de un telegrama sólo leemos la palabra "aprobado". De Malgrat hay un diario autógrafo del despacho, la gota que hace colmar nuestro pasmo ante la capacidad de trabajo de nuestro compañero; parece que está allí por casualidad pero no es desdeñable para seguir la trayectoria de una vida afanosamente noble. No es raro que en los libros esté la factura del ejemplar, y nos aparecen nombres de libreros anticuarios conocidos. Algún documento está intacto o casi, como una carta en 1949 de un bufete de La Habana, en el edificio Tabacalera; otra del registrador Cabello con motivo del libro sobre *La hipoteca del derecho arrendaticio*.

Pasando a los ámbitos concretos, en 1573 se imprimió en Venecia *De successionum, Vasquii Pinciani Menchacensis;* de Simón de Pretis, salió el año 1585 en Lyon *De ultimarum voluntatum interpretatione tractatus,* y el 1600 en Frankfurt del Main el *Speculus testamentorum;* el autor del *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum* (Ginebra, 1631) es Francisco Mantica, *utinensi;* de un

romano, Paulo Rubei, son las *Resolutiones practicabiles circa testamentorum aliasque dispositiones ad pias et non pias causas* (Lyon, 1676), el mismo año del *Tractatus de perfectione voluntatis testamento requisita,* de Fernando de Escaño en Sevilla; Gaspar Mancio escribió en el siglo siguiente el *Tractatus rationalis absolotissimus de testamento valido et invalido* (Ulmae, 1726). Antonio Gobio, *De successionibus ab intestato* (Mantua, 1701); y Juan Torre, *De pactis futurae successionis* (Venecia, 1694), con jurisprudencia rotal. Fernando-Alfonso del Águila y Rojas adicionó el tratado de su abuelo Hernando de Rojas (Ginebra, 1738). De Juan-Manuel López Fando es un *Prontuario de testamentos y contratos* (Madrid, 1798), en forma de peguntas y respuestas, "obra útil no solamente a los escribanos principiantes y a los que intentan serlo".

Sobre la sucesión "forzosa", *De legitima tractatus* (Ginebra, 1652) es de Mercurial Merlino *farolivensi,* y de Juan-Antonio Mangilio, *pisauriensi,* el *Tractatus de imputationibus et detractionibus in legitima Trebellianica* (Ginebra, 1668). De Barbastro era Jerónimo Portoles, autor de un *Tractatus de consortibus eiusdem rei et fideicomissio legali (*Zaragoza, 1583); Pedro Antonio, imprimió en su ciudad de Piacenza (1587) *De fideicomissis,* y Antonio Peregrino, de Padua, *De fideicommissis praesertim univesalibus* (Lyon, 1670), el año siguiente Francisco Camarela, en Venecia, *De legatis et singulis rebus per fideicommissum relictis*; en el siglo siguiente, Francisco-Antonio Benfino, *De iure fideicommissorum* (Venecia, 1741). De Vicente Fusario, de Brescia, es un *Tractatus de substitutionibus* (Venecia, 1544) y de Juan Torre, *De successione in majoratus et primogenituris Italiae* (Lyon, 1688).

En 1602 aparecieron dos libros sobre el mismo tema, a saber *Quaestionum iuris emphyteutici,* de Álvaro Valasco (Lisboa), y *De emphyteutis* de Aurelio Corbulo (Urbino, en 1734 en Venecia el *Tractatus de censibus Hispaniae* de Luis Velasco de Avendaño; Francisco Solsona es autor de la *Laudemiorum lucerna* (Barcelona, 1576). El salmanticense Amador Rodríguez, de un *Tractatus de concursu et privilegii creditorum in bonis debitoris* (Lyon, 1665), y Pedro-Marcelino Corradino de un *Tractatus de iure praelationis* (Roma, 1688). Es un clásico el *Labyrinthus creditorum concurrentium,* de Francisco Salgado de Somoza (Lyon, 1672), de la cancillería vallisoletana; de Gaspar Baetio (Granada, 1570) es la *Prima pars tractatus de inope debitore ex castellana consuetiudine de creditoribus addicendis* Do-

menico Sforza escribió *De restitutione in integrum* (Vencia, 1623), y Gaspar Rodrigo un *Tractatus de annuis et mensibus reditibus* (Medina del Campo, 1604). En Venecia el año 1573 se imprimió un *Tractatus adipiscendae possessionis,* "Achille personali I.U.C. Mirandulano auctore"; Jacobo Menochio escribió *In omnes praecipuas recuperandae possesiones* (Monte Regali, 1615), y Cristóbal de Paz *De tenuta* (Ginebra, 1727). A Emmanuel Roman Valeron debemos un *Tractatus de transactionibus* (Lyon, 1665), y a Alfonso de Olea un *Tractatus de cessione jurium et actionum* (Ginebra, 1723), con jurisprudencia rotal; a Francisco Muñoz Escobar, jurista en Valladolid, *De ratiociniis administratorum et computationibus variis aliis* (Lyon, 1723). El portugués Pedro Barbosa imprimió el año 1595 en Madrid unos *Commentariorum ad interpretatonem tituli ff. Soluto matrimonio qemadmodum dos petatur,* y Antonio Córdoba de Lara, *Si quis ad liberis ff. De liberis agnoscendis* (Sevilla, 1575)*;* de Cristóbal Coscio, *clusini,* es *De sponsalibus filiorum familias* (Roma, 1766). Un *Tractatus de dote tractatus* (Ginebra, 1733) es de Julio Capón. Vicente Mancino escribió *De confessionibus tam iudicialibus quam extraiudicialibus* (Roma, 1591). Pedro Barbosa imprimió en Lisboa, el año 1627, (habiendo impreso años antes en Madrid una recopilación de las leyes lusas) unos *Commentarii ad rubricam et legem codice de praescriptionibus;* el año 1785 salió en pequeño formato en la Universidad de Cervera la tesis de Miguel Cavallero y Villa, *De usucapionibus et longi temporis praescriptionibus.* El conocido *Novus et methodicus tractatus de raepresentatione,* de imprenta madrileña, el autor Marcos Salon de Paz, es de 1624. Ansaldo de Ansaldis imprimió el año 1718 en Ginebra los *Discursus legales de commercio et mercatura.*

Para abrirse paso en la selva del casuismo jurídico a través de las leyes, la jurisprudencia y los comentarios, hacen falta guías, como el *Alphabetum iuridicum canonicum civile theoricum, practicum, morale atque politicum* (Madrid, 1678), o el *Repertorium generale rerum notabiliorum seu materiarum omnium* (Lyon, 1686).

De materia testamentaria es el *Tractatus de effectibus et defectibus clausulae codicillariis* (Turín, 1609), de Fabio Turreto, pero con un interés muy inmediatamente notarial. Como el *Tractatus clausularum instrumentalium* (Venecia, 1601) de Bartolomé Bertazolio, que se anunciaba en la portada de interés para los estudiantes y abogados, mas "potissimum tabellionibus". Estamos ya en el mundo

del despacho cotidiano, en la antesala de libros como la *Theorique de l'art des notaires* (Lyon, 1558), traducido del latín por Pardoux DE PRAT MARCHOYS (92).

Además de la riqueza de esta biblioteca, el muestreo que dejamos es un indicio de la riqueza de la literatura jurídica en el Renacimiento y el Barroco. Salta también a la vista la índole plenamente europea de esa cultura, lo que resultaba posible merced a la índole predominante del derecho común, sin perjuicio de las peculiaridades nacionales o territoriales. Es necesario reivindicarla para la historia de la literatura también, tanto la neolatina como las vernáculas.

De los dos siglos últimos sólo voy a mencionar, como un exponente de la fecundidad y el vigor de la materia en el XIX, los treinta y tres tomos de los *Principes de droit civil français* de François Laurent, el profesor de Gante. La exposición es tan viva e inmediata que sentimos dialogar con nosotros el libro, sin más que abrir cualquiera de sus páginas. El capítulo de la interpretación de las leyes del primer tomo está profusamente subrayado por VALLET con lápices de varios colores.

Al terminar este modesto tributo, se me viene a la memoria un entrañable amigo, el historiador del derecho José ORLANDIS (93). Jubilado VALLET, en una visita a Madrid, Orlandis se me mostró jubiloso por haber tenido ocasión de oírle informar como letrado en el Supremo. Hacía mucho tiempo, me había opinado que, al margen de su actuación profesional, la contribución de los notarios españoles a la ciencia jurídica sería bastante para justificarlos (94).

(92) No se especifica más en la portada.

(93) VALLET colaboró en la miscelánea que se le dedicó en su septuagésimo aniversario (1988; pp. 499-51) con un artículo sobre *El pensamiento y el sentimiento de España de Jaume de Marquilles (1368-1451 o 1455), "Hispania christiana".*

(94) Tengo que agradecer el apoyo y las facilidades de Urbano BLANCO en la biblioteca del Colegio y de Fernando MARCO en la biblioteca de VALLET, sin cuya cooperación éste trabajo habría sido más largo y difícil.

ESTUDIOS DOCTRINALES

FIRMA ELECTRÓNICA Y CONSENTIMIENTO

(Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia)

Javier Manrique Plaza
Notario

Ilustrísimo Señor Presidente de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Ilustrísimo Señor Vicepresidente del Consejo General del Notariado y Decano del Colegio Notarial de Andalucía, Ilustrísimos Señores Académicos, señoras y señores.

Sean mis primeras palabras de agradecimiento:

— a la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia por el nombramiento con el que me honra,

— a mi presentador Victorio Magariños Blanco, por sus excesivos elogios derivados, sin duda, del magisterio que ha ejercido sobre mí desde hace muchos años,

—y al Notariado, como institución a la que debo todo lo que soy y pueda merecer.

En los albores del siglo XXI, comienza a desarrollarse lo que se ha dado en llamar la "sociedad de la información", que es una nueva forma de relaciones humanas, que resulta del acceso generalizado a redes abiertas de interconexión de equipos informáticos (internet).

Esta electronificación de las relaciones sociales y, por ende, las jurídicas, ha provocado un cambio de paradigma en muchos conceptos jurídicos y una evolución superlativa de la aplicación práctica del Derecho; no podemos, por ello, dejar de lado este tema tan fascinante como difícil y que nos supone un verdadero reto intelectual, un reto al que la mayor parte de los juristas nos resistimos, a veces, a enfrentarnos, quizás porque estos temas tecnológicos

nos resultan incómodos. El progreso es imparable; hace unos días hemos conocido la noticia que Finlandia, país que tiene uno de los sistemas educativos más avanzados, va a suprimir en sus planes de educación elemental la asignatura de caligrafía pues se pretende que los niños aprendan a escribir directamente en un teclado y, en fin, ya me ven utilizando el documento electrónico, como parte de la puesta en escena.

Mi interés la materia surgió al escuchar la conferencia que pronunció en esta tribuna el 21 de junio de 2004, Don Antonio Rodríguez Adrados, Notario y Académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, en la clausura del curso de la Academia Sevillana del Notariado, dedicado al Notario de Córdoba, Don Santiago Echevarría Echevarría. "La firma electrónica y su utilización por un tercero". Bajo este sugerente título el autor me introdujo en un nuevo mundo de conflictos entre nuestros principios básicos en materia de derecho documental, la firma electrónica y el consentimiento.

Mis reflexiones dieron fruto en la conferencia que pronuncié, en este mismo lugar, el 12 de abril de 2010, en el curso de la Academia Sevillana del Notariado, en homenaje a Don Victorio Magariños Blanco: "Notariado y nuevas tecnologías, una apuesta de futuro".

No es extraño que los notarios estemos especialmente interesados en esta cuestión que de forma tan especial y directa incide en el ámbito del derecho documental en el que propiamente desarrollamos nuestra función.

Resulta curioso constatar que en nuestra literatura jurídica y en nuestra jurisprudencia, hay muy poco sobre la firma de las personas y el consentimiento; probablemente porque sea un concepto que parece obvio y sobre el que no se polemiza. Las relaciones jurídicas se perfeccionan por el consentimiento, que es lo verdaderamente importante, y no por la firma. La firma es simplemente una forma de manifestación "gráfica", del consentimiento pero no la única pues el consentimiento puede ser verbal e incluso tácito o presunto.

La teoría de la firma electrónica presupone la existencia de una teoría de la firma manuscrita, y ésta en nuestro derecho positivo no existe. El problema no es baladí pues el principio clave de la firma electrónica es su equiparación con la firma manuscrita y resulta que no conocemos la teoría de la firma manuscrita pues no existen ni textos legales, ni requisitos ni principios generales, sobre su valor jurídico, de manera que sus efectos derivan más bien de la cos-

tumbre. Ni siquiera nuestra legislación notarial, a pesar de ser el tratado, por antonomasia, del derecho documental, tiene precepto alguno que esboce siquiera alguna consecuencia jurídica de la firma. El artículo 195 del Reglamento Notarial se limita a señalar que los que firmen una escritura pública en cualquier concepto lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de noviembre de 1997, se refirió a la firma manuscrita, atreviéndose incluso a definirla, como trazado gráfico, que contiene habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, y con la cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice; lo que la distingue es su habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor, como vehículo que une a la persona del firmante con lo consignado en el documento; debe ser manuscrita y de puño y letra del suscribiente, como muestra de la inmediatez y voluntariedad de la acción y del otorgamiento.

Es decir, se considera la firma como una manifestación o prueba del consentimiento, en concordancia con los pocos preceptos del Código Civil que se refieren a ella en materia de prueba de obligaciones como los artículos 1.225 y 1.227, o los preceptos de la Ley Cambiaria que exigen la firma de las declaraciones.

La Ley LFE (art. 3.1) define la firma electrónica como el "conjunto de datos en forma electrónica consignados junto a otros asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante."

Esta definición no resulta claramente inteligible para los ciudadanos en general, ni tampoco para los juristas, y lo que es peor, no parece correcta. La firma electrónica es un resumen cifrado del mensaje, pues firmar electrónicamente un documento supone cifrarlo para convertirlo en otro, distinto e ilegible, pero relacionado con el documento original gracias al algoritmo de cifrado.

La propia LFE distingue entre dos clases de firma electrónica: la avanzada y la reconocida.

La firma avanzada tiene dos signos distintivos:

a) identifica al firmante.
b) garantiza la identidad del mensaje transmitido.

La firma reconocida dos requisitos más:

a) está basada en un certificado reconocido.

b) está generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Ambas firmas necesitan un certificado electrónico reconocido que tiene que ser emitido por un prestador de servicios de certificación, que ha de ser un "tercero de confianza", cuya misión primaria es certificar que determinada clave pública pertenece a una persona determinada y que se encuentra vigente.

La prestación de servicios de certificación es una actividad privada que se ejerce bajo el principio de libre competencia, garantizándose la eficacia del servicio mediante un sistema de seguros de la responsabilidad civil que pudiera generarse.

Sin embargo en el caso de funcionarios públicos o de profesionales colegiados será la propia Administración Pública competente o el Colegio Profesional respectivo que tenga delegada la competencia, quienes emitirán los correspondientes certificados reconocidos de sus propios miembros; así ocurre igualmente, en el caso de particulares, con el DNI electrónico que tendría que ser expedido por los órganos competentes del Ministerio del Interior y no por un prestador privado de servicios.

El Reglamento europeo EIDAS que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2016 modifica la terminología hasta ahora utilizada y sigue hablando de firma electrónica avanzada y de firma electrónica cualificada (en sustitución de reconocida), aunque los requisitos y efectos de las dos clases de firma avanzada y cualificada sean equivalentes a los hasta ahora existentes de avanzada y reconocida.

Distingue el Reglamento claramente las firmas electrónicas en servicios públicos, que son las que pretende regular y que serán aquellas emitidas por el propio Estado miembro y que deberán tener, como mínimo los mismos formatos y métodos que las avanzadas o cualificadas.

Cosa distinta de la firma electrónica es la llamada firma digital que es aquella firma manuscrita pero que no se estampa sobre un papel sino sobre una pantalla táctil con capacidad de reconocer la grafía y mediante un punzón. Esta firma es parecida a la firma manuscrita tradicional, con la ventaja que el dispositivo puede reconocer mediante la captura de la misma datos biométricos del firmante que garanticen su autenticidad. Hace unos días (el lunes 25 de abril pasado), el BOE publicaba una Resolución de 6 de abril de

2016 del Servicio Público de Empleo Estatal, que con objeto de suprimir el soporte papel en las solicitudes de los ciudadanos, afirma que esta firma digital puede entenderse incluida dentro del art. 3 LFE como una verdadera firma electrónica, realizándose mediante la captura presencial de firma digitalizada con datos biométricos (conjunto de datos en forma electrónica, que junto a otros asociados con ellos, puedan ser utilizados como medio de identificación del firmante).

Vamos a hacer una incursión previa sobre los principios generales de la contratación electrónica, que están claramente enunciados tanto en las conclusiones y trabajos de UNCITRAL como en las Directivas y Reglamentos Europeos (entre ellos el importante Reglamento 910/2014 de 23 de julio) Reglamento EIDAS, y en nuestra normativa interna básicamente la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la información y el comercio electrónico y la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica. Son estos tres:

1. El principio de equivalencia funcional significa que aunque los medios materiales son absolutamente diferentes entre la contratación tradicional en papel y la contratación electrónica, debe aplicarse el principio de indiferentismo material, que da a lugar a que los efectos de ambos instrumentos sean equivalentes.
2. El principio de neutralidad tecnológica; no debe primar una tecnología sobre otra, no debe haber ningún apriorismo tecnológico, lo que obedece, sin duda, a la vertiginosa evolución de los medios electrónicos.
3. El tercer principio, me resulta de esencial importancia: Las normas de contratación electrónica no alteran el régimen jurídico de las obligaciones y contratos, ni siquiera de los contratos a distancia y mucho menos los requisitos y efectos jurídicos y así el artículo 2.3 del citado Reglamento EIDAS "Este Reglamento no afecta al derecho Nacional de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimientos relativos a la forma".

En relación con el principio de equivalencia funcional tenemos que constatar el choque de civilizaciones que se produce en esta materia:

— de un lado, tenemos nuestro viejo derecho contractual espiritualista, puramente convencional y con absoluta libertad de forma, que procede, desde el siglo XIV, del Ordenamiento de Alcalá: "*Que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechas en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con él*", formulación que está hoy recogida en el actual artículo 1.278 del Código Civil.

— de otro, las nuevas tecnologías que han revolucionado la forma de comunicarnos que proceden del mundo anglosajón muy concretamente, de Norteamérica, cuyo sistema jurídico, no solo, en materia contractual, sino también, desde el punto de vista procesal y probatorio, es muy diverso e incluso opuesto y a veces contraproducente con nuestro sistema continental.

Esto provoca una especial dificultad derivada de la complejidad tecnológica de la materia y la heterogeneidad de sistemas jurídicos que entran en contacto, pero es que además esta complejidad, de alguna manera, incita, a plantearnos en el fondo, incluso, la idoneidad del medio electrónico para la producción de relaciones con trascendencia jurídica.

No cabe duda, a pesar que los ordenamientos jurídicos se empeñen en darle el mismo valor, de la propia inseguridad del documento electrónico motivada por su contenido esencialmente volátil y por la propia inseguridad de una red universal; pero de esta inseguridad no debemos concluir la falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, pues hoy es una realidad incontestable la existencia y virtualidad del medio electrónico.

Profundicemos ahora en el propio concepto de firma electrónica para enlazarlo con el consentimiento; para ello tenemos que recordar los que dijimos antes de la firma manuscrita, aunque el más antiguo elemento documentador no fue la firma sino el sello, incluso antes de la invención de la escritura.

La firma no es un simple requisito o una solemnidad de un documento, es la unión, el nexo, que enlaza un documento y las declaraciones contenidas en él con una persona concreta y determinada: el firmante y vincula al mismo con las declaraciones que el documento le atribuye y que el propio documento contiene. Es la expresión del consentimiento.

La firma electrónica no goza, de las características de la firma manuscrita que la hacen evidente e indeleble. La doctrina lo ha puesto reiteradamente de manifiesto y entre los autores que se han ocupado de este problema destacan un nutrido grupo de notarios españoles que reiteran el principio de la escindibilidad de la firma electrónica en la que se distingue nítidamente titular de firmante, precisamente porque cualquiera puede firmar, conociendo las claves, siendo el resultado de la firma absolutamente idéntico, lo que nunca ocurre con la firma manuscrita, salvo en los casos de falsificación.

Así, se habla de que la firma manuscrita es inescindible de la persona y la firma digital, no, pues se puede separar el soporte físico y la generación de la firma digital de la persona titular del mismo.

A la vista de lo dicho, hasta ahora, se impone una conclusión: la firma electrónica no es una verdadera firma ¿que sea entonces? Hay muchas opiniones, casi todas coincidentes:

— es un procedimiento generador de una apariencia jurídica

— es un mecanismo de cifrado de un documento; un sello o marca del mismo.

— es un sello especial, signáculo electrónico del documento, con sus raíces en el documento sellado (*act under seal*) del Derecho inglés.

— es más bien un tampón.

— podría llamarse llave privada, *sigillo informaticum.*

— la firma digital, impropia denominación, corresponde perfectamente a la impronta de sello y debería llamarse *rectius* sello electrónico.

— nos encontramos más bien ante un sello digital.

Para nosotros los notarios quizás sea más grafico hablar de estampilla "A ningún notario se le concederá autorización para signar ni firmar con estampilla", decía el artículo 196.3 del Reglamento Notarial, pues supondría admitir la posibilidad que los documentos notariales fueran autorizados por terceras personas. Este precepto no sabemos si de forma consciente o inconsciente fue suprimido por la Reforma del Reglamento Notarial en el año 2007.

Las conclusiones del Simposio Notariado 2000 no pueden ser más expresivas: la firma electrónica en el estado actual de la téc-

nica y de la legislación, tiene el carácter de sello o estampilla y no propiamente de firma.

Por lo tanto, yerra la LFE cuando afirma en el artículo 3.1 que la firma electrónica es el conjunto de datos que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante, porque estos datos solo pueden identificar inequívocamente al titular.

El Reglamento europeo EIDAS (última norma sobre la materia), define sin embargo al firmante como la persona que crea una firma electrónica. Aunque la definición no es suficientemente clara, no deja de ser un avance que se identifique al firmante con la persona que firma, o sea, la que en cada momento crea una firma electrónica.

Creo haberles convencido que la firma electrónica, no es una verdadera firma, ni tampoco es un medio de identificar al firmante pues solo identifica y acredita que la firma estampada electrónicamente es la del titular del dispositivo de creación de la firma y la firma producida no se diferencia en nada, si la ha puesto el propio titular u otra persona y ello tiene importantes consecuencias, entre otras, que el fallecimiento del titular no puede conferir al documento firmado con firma electrónica, conforme al artículo 1227 del Código Civil, fecha fehaciente, pues no es posible garantizar que el documento haya sido firmado antes del fallecimiento del titular.

Pero lo verdaderamente importante es la imputación jurídica de los documentos con firma electrónica.

La escindibilidad supone que aunque el dispositivo físico de aplicación de la firma (tarjeta magnética o certificado alojado en ordenador), es fácilmente custodiable por su titular y además su uso está protegido por una clave o PIN; nada impide que el titular se lo entregue a otra persona y le revele el PIN y ésta sin ninguna dificultad pueda utilizar el mismo, o sea, puede técnicamente firmar. Igual ocurre si el dispositivo es sustraído por alguien que obtiene además la clave, puede firmar y el receptor del documento electrónico firmado no puede distinguir de ninguna manera que el que ha firmado (o sea, el que ha aplicado la firma), ha sido una persona distinta. O sea igual que si estampáramos un sello.

La pregunta es si se puede imputar el consentimiento a una persona por el mero hecho de ser titular de una firma electrónica, con independencia de quien sea el que haya utilizado el dispositivo electrónico de creación de la firma.

Aquí está la clave; y sobre ello han reflexionado entre otros Rodríguez Adrados y Gonzalez-Meneses (ambos Notarios).

La LFE se desentiende de la cuestión; no la trata ni de soslayo, incluso utiliza la terminología confusa y errónea que dijimos al denominar firmante al titular de la firma; creo que está muy claro que firmante no puede ser otro que la persona física que crea una firma electrónica, como dice con más exactitud el Reglamento Eidas.

En el caso de la firma manuscrita la imputación jurídica, por efecto del consentimiento puesto de manifiesto por la propia firma, no plantea especiales problemas, pues si la firma es auténtica, o sea, ha sido estampada por él, le vincula y si el firmante aparente niega que sea la suya, se puede comprobar la autenticidad mediante cotejo pericial caligráfico.

En la firma electrónica la vinculación entre la firma y la persona no tiene nada que ver, no depende de las propias características del individuo, y además la asignación de la firma se realiza por un tercero; la entidad certificadora, que es la que verifica la identidad del solicitante y la voluntad de adquirir una firma electrónica. Por tanto la seguridad depende en gran medida de la actuación diligente de la entidad de certificación.

¿Qué ocurriría si hay una suplantación de personalidad en el momento de la expedición de una firma electrónica?

En principio, parece que el titular aparente debía quedar indemne, de un lado, por la naturaleza privada de los prestadores de servicios de certificación y de otro por la evidente falta de consentimiento del mismo, en el caso de uso de la firma electrónica, que deriva en la absoluta inimputabilidad de la apariencia creada por el titular aparente.

Sin embargo, el artículo 326 LEC remite al artículo 3.8 LFE: "El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido que cumple todos los requisitos y condiciones establecidas en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el

documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiera formulado la impugnación. Si a juicio del Tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle además una multa de 120 a 600 Euros".

La norma no establece una presunción, sino –como dice Rodríguez Adrados– una suerte de prestidigitación legal, sustituyendo el tema sobre el que se está discutiendo (la autenticidad de la firma) por un tema distinto: la comprobación que el certificado reconocido cumple con todos los requisitos y condiciones y que la firma ha sido generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Si estas comprobaciones son positivas se presumirá la autenticidad de la firma y si esto es así, el titular aparente se arriesga además a ser condenado en costas e incluso multado.

¿Es una verdadera presunción *iuris tantum* o es *iuris et de iure*?, porque si las posibilidades de impugnación se han agotado, ya no se puede desvirtuar.

Esto es lo que sostiene rotundamente el Catedrático de Derecho Mercantil, Rafael Illescas Ortiz, criticando, incluso, el tenor literal de la Ley por hablar de presunción, y afirmando que no se trata de una prueba pericial sino simplemente sendas certificaciones del prestador de servicios de certificación respecto del certificado y del dispositivo utilizados. La presunción, pues, puede calificarse tecnológicamente como *iuris et de iure*.

Nuestro compañero Manuel González-Meneses nos llama la atención para que nos demos cuenta que semejante régimen –que algunos equiparan a la escritura pública, cuando en realidad supone atribuir a la firma electrónica reconocida una eficacia mucho mayor– es algo similar a que cuando el pretendido firmante de una escritura alegase falsedad o suplantación de personalidad, la ley se contentase con comprobar que el notario ha observado todas las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actuación notarial.

Evidentemente, esto no es así; en nuestro derecho vigente la escritura pública notarial está investida de una presunción legal de veracidad *iuris tantum*, es decir que admite la prueba en contrario. Si aceptamos la tesis anterior la firma electrónica reconocida, una

vez supere la comprobación de regularidad tecnológica se convertiría en una prueba prácticamente indestructible.

El error está en olvidar que una cosa es la seguridad tecnológica y otra diferente es la imputación jurídica, es decir, la existencia del consentimiento referido a ese concreto documento electrónico. Así debemos interpretar el precepto: se refiere sin duda a la comprobación tecnológica de la firma si esto es lo que se pretende impugnar.

El argumento, para mí, es evidente y deriva del principio general del indeferentismo material que antes hemos enunciado; las normas de contratación electrónica no alteran el régimen jurídico de las obligaciones y contratos y por ende del consentimiento, pilar esencial, requisito *sine qua non*, de la existencia de acto o negocio jurídico. Mantener lo contrario afectaría incluso al principio constitucional de tutela judicial efectiva.

En realidad, ya dijimos antes, que la equivalencia funcional entre firma electrónica reconocida y firma manuscrita no es tan clara precisamente como consecuencia de la escindibilidad, que impide asegurar a ciencia cierta que el titular de la firma electrónica es el firmante.

Si siguiéramos literalmente la terminología de la LFE, cuando una firma electrónica avanzada cumple los requisitos de reconocida no habría discusión sobre su autenticidad. Si esto fuera así nuestro derecho de obligaciones habría sufrido una mutación radical. Según González-Meneses habría nacido una nueva fuente de obligaciones: la responsabilidad negocial ante terceros por el mero hecho de ser titular de una firma electrónica sea quien sea el que realmente haga uso de la firma.

Así, llega a afirmar el Notario Rodrigo Tena Arregui, (en su trabajo en colaboración con Elisa de la Nuez "La firma electrónica ¿un poder al portador?"), que el acto de solicitud de una firma electrónica se convertiría en una especie de apoderamiento general en blanco (un auténtico poder de ruina) a favor de cualquier tenedor de la firma electrónica que llegue a conocer la clave que permite su uso, incluso con eficacia *post mortem* de su titular, hasta que el certificado no sea revocado.

En definitiva, parece lo más lógico interpretar que la firma electrónica reconocida produce solo una presunción *iuris tantum* de autenticidad que admite, lógicamente, prueba en contrario. Si el titular de la firma consigue probar que no fue él el que firmó, –igual que pasaría

con una firma manuscrita,– no quedará vinculado contractualmente. Otra cosa serán las responsabilidades del titular de la firma que por su falta de diligencia deba asumir las consecuencias de la utilización de la firma por un tercero. Pero en sentido estricto, si una de las partes, no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, no podremos decir que ha prestado su consentimiento al contrato; podremos decir cualquier otra cosa, que asume las obligaciones derivadas del mismo, ex artículo 1.902 del Código Civil, que se ha creado una apariencia que no puede perjudicar al tercero… pero nunca que efectivamente ha prestado el consentimiento en el contrato conforme al artículo 1.258 del Código Civil, y este planteamiento concuerda con los artículos 1.2 LFE, 23.1 LSSICE y 2.1 del Reglamento EIDAS, aunque sería deseable una formulación más clara del mismo, acotando los efectos de la firma electrónica reconocida.

Afortunadamente el TS, en Sentencia de 2 de julio de 2001, se alinea en la misma dirección, estableciendo que el prestador de servicios de certificación, "desarrolla su competencia en el ámbito de las comunicaciones electrónicas garantizando con su intervención la procedencia de quien envía el documento, la integridad del contenido del documento y su confidencialidad, en materia de certificación electrónica, pero no puede extenderse y no lo hace, más allá del mismo, y, por supuesto, no puede comprender lo que es propio de la seguridad jurídica contractual, que afecta al proceso de formación del contrato, a la prestación del consentimiento y a la producción de efectos. Estos aspectos dependen de las partes contractuales y la seguridad en ellos se obtiene con la intervención de las personas que tienen encomendada en nuestro derecho la seguridad jurídica preventiva, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de conocer la Ley, su significado y alcance".

Llegado este punto hay que plantear soluciones, de lo contrario, parecería que hemos trazado un discurso retrógrado, inmovilista a la contra de las nuevas tecnologías y de la firma electrónica.

Nada más lejos de la realidad, intentamos justo lo contrario:

1.º Conseguir una mayor seguridad en la imputación de las declaraciones de voluntad del consentimiento, manifestado mediante firma electrónica.

2.º Buscar seguridad para que los riesgos derivados del principio de equivalencia funcional, motivados por la escindibilidad, no den

lugar a la quiebra de los más elementales principios de justicia material.

3.º Defender la imposibilidad de aplicar el régimen procesal tradicional a la firma electrónica. La autenticidad del documento en papel con firma manuscrita permite una prueba intrínseca de la misma, lo que no es posible en el caso de firma electrónica por la propia naturaleza de la misma, y su propia virtualidad no debe ir más allá de la presunción *iuris tantum* (en caso contrario ya hemos visto que incluso su eficacia sería superior a la de la escritura pública).

Por ello se impone una reflexión para encontrar soluciones a este régimen inseguro probablemente por confuso:

A) El desarrollo de la firma electrónica en el llamado comercio electrónico no plantea en principio serios problemas de seguridad en el tráfico. Los operadores de este mercado irán estableciendo las cautelas y garantías que en cada caso consideren adecuadas a los riesgos asociados de cada tipo de contratación concreta.

En este ámbito el uso de la firma electrónica no debe ir más allá del comercio electrónico de productos, mercancías y servicios previo pago de los mismos y por otro lado como garantía de la comunicación entre personas o entidades, actuando como un medio de identificación electrónica de las partes.

Los operadores económicos adaptados a los mercados en los que se desenvuelven, identifican rápidamente los riesgos del mismo y adoptarán las medidas de seguridad que puedan estimarse pertinentes.

Igualmente los prestadores privados de servicios de certificación están obligatoriamente cubiertos por seguros de responsabilidad civil que cubran los perjuicios causados por culpa o negligencia de los mismos y ya procurarán que los certificados emitidos sean de lo más fiable.

B) En el ámbito público ya tenemos en España una Administración de Justicia electrónica (aun no universal, LEXNET) y una Administración Pública que en plazos muy breves debe funcionar de forma casi exclusivamente electrónica conforme a las previsiones de la Agenda Digital Europea y al repetidamente citado hoy Reglamento EIDAS.

Las firmas electrónicas de los funcionarios públicos, tienen en principio y por definición un nivel de seguridad más alto que las firmas electrónicas ya que están expedidas por la Administración Pública, así las de Jueces y Magistrados son expedidas por el Consejo General del Poder Judicial, las de los demás funcionarios públicos sean estatales, autonómicos o locales, son expedidas por la Administración en la que están incardinados, las de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles por su Colegio Profesional…

Esta naturaleza pública de la emisión del certificado electrónico reconocido da lugar a una mayor seguridad, pues hemos eliminado de un plumazo el problema del titular aparente de la firma electrónica.

En cuanto a los particulares que se relacionan con las Administraciones Públicas con carácter general las firmas electrónicas admitidas –y así debía ser siempre en el futuro– son las emitidas por las propias Administraciones Públicas, en ejercicio de su competencia, y así tenemos: el DNI electrónico, las firmas electrónicas con certificados de la FNMT, las firmas electrónicas de la AEAT, de la Tesorería de la Seguridad Social y otros organismos públicos, así como las que expedimos los notarios como entidades de certificación. Igualmente cumplen con este requisito las firmas electrónicas de profesionales emitidas a través de su Colegio Profesional respectivo.

Estas son las firmas comúnmente admitidas hoy y las que únicamente debían admitirse en un futuro por contar con ese plus de seguridad que minimiza, en origen, el riesgo del titular aparente.

Ahora bien, seguimos con el mismo problema, que a su vez es doble: la posibilidad de su uso incorrecto sin que se detecte, a simple vista, y la dificultad probatoria que se genera para el titular de una firma que pudiera haber sido usurpada.

En los casos en los que por parte de la Administración Pública la firma electrónica se utiliza como un sello, como podría ser en lo que antes llamamos documentos electrónicos oficiales bastaría con que estuviesen firmados electrónicamente con firma avanzada (no reconocida) que, en realidad, equivaldría a la existencia de un sello autenticador oficial legitimado por la presunción iuris tantum de autenticidad de la propia firma electrónica. Además este tipo de documento se suele poder comprobar mediante código seguro de verificación en los propios archivos electrónicos de la administración competente.

Pero esta conclusión no es tan clara cuando se trata de un documento público electrónico pues en este caso, la firma personal del titular es un requisito imprescindible no solo para la eficacia, sino para la propia existencia de un documento público y podíamos plantearnos serias dudas sobre la virtualidad de la presunción *iuris tantum* de la propia firma electrónica. Estas dudas vendrían generadas básicamente por la banalización que de los propios documentos públicos provocaría la posibilidad de que el firmante no fuera el propio titular de la firma y sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir. Nótese además que en estos supuestos no sería nunca válida la firma por delegación, entendiendo por tal la cesión del dispositivo de firma.

Igual ocurre con las firmas electrónicas de los profesionales colegiados (no funcionarios), especialmente cuando estas firmas se refieren a documentos en los que la misma es esencial como manifestación de autoría y de consentimiento (proyecto de edificación de un arquitecto, demanda por un abogado, informe de auditoría por auditor…).

La esencialidad de la firma personal en este tipo de documentos (públicos y profesionales), exigiría a mi juicio la adición de técnicas que realmente hicieran seguro el dispositivo de creación de la firma. Y estas no podrían ser otras que las técnicas biométricas como garantía del acto personal de firma, de un lado, y como protección del propio titular, de otro, pues impedirían su uso incorrecto.

Las biometría (huella digital, líneas de la palma de la mano, curvatura de la córnea, iris…) está hoy muy avanzada, es muy sencilla, barata, fácil de implementar y en combinación con claves personales es de una seguridad casi absoluta; muy difícil, por no decir imposible de ser falsificada y daría una seguridad y autenticidad a los documentos electrónicos de la que hoy carecen (no olvidemos que nos estamos refiriendo a documentos en los que como regla general no es posible la delegación de firma y, sobre todo, no lo es mediante la cesión del dispositivo de creación de firma y de las claves pues supondría, en puridad, una firma, mediante estampilla o una firma aparente realizada por otro que privaría de eficacia y de existencia al propio documento).

No se me diga que un sistema biométrico puede ser falsificable o *hackeable*, también es falsificable una firma en un documento público o profesional, pero los documentos en papel tienen además

otras garantías formales, de las que carecen los electrónicos y la seguridad jurídica de ambos sería con la introducción de estas técnicas muy similar.

No se me diga, tampoco, que los procedimientos de visado, legalización, apostilla o similares podrían ser suficientes, porque éstos solo acreditan la condición de funcionario público o la vigencia de una colegiación, nunca que la firma haya sido puesta precisamente por el mismo.

Lo interesante es que estos medios además de ser deseables de *lege ferenda*, podrían ser establecidos como auto regulación, por todos los colegios profesionales en los que se estimara necesario, e incluso por las propias administraciones públicas en ejercicio de sus competencias sin necesidad de modificación legislativa.

Los beneficios serán inmediatos y de gran calado: evitarían el intrusismo profesional, no permitirían la banalización del documento, limitarían a términos razonables el número de documentos que una persona pueda firmar, y sobre todo los documentos firmados con firma electrónica con la adición de técnicas biométricas que garantizaran la identidad del titular y del firmante tendrían mucha mayor autenticidad lo que sin duda alguna redundaría en una mayor seguridad y confianza en estos documentos electrónicos.

Aún hoy, la circulación de documentos electrónicos públicos y privados está, muy limitada en el ámbito del derecho civil, del mercantil, de la contratación inmobiliaria e incluso bancaria, y en relación con los registros públicos pero el desarrollo es imparable no hay más que recordar LEXNET, la Administración Pública electrónica, el envío de documentos electrónicos a los Registros de la Propiedad, Mercantil, Civil….

No me cabe la menor duda que en nuestro derecho continental, este sistema encaja mucho mejor en los principios del derecho de obligaciones y contratos e incluso en los de la responsabilidad civil extracontractual.

En el caso de firmas electrónicas de particulares aunque en la mayoría de las relaciones jurídicas, se admiten solo las firmas electrónicas basadas en certificados reconocidos expedidos a través de una Administración Pública, sería también mucho más seguro para el receptor del documento firmado electrónicamente y para el propio titular la existencia de este filtro biométrico como garantía de su correcto uso.

Yo quiero pensar que en un futuro próximo esto va a ser así a pesar de la tendencia de la liberalización del mundo electrónico y de la influencia anglosajona. La prueba es que las entidades financieras ya están preparándose para la aplicación de estas técnicas biométricas para una futura banca digital mucho más desarrollada.

En el caso de particulares habría otras dos opciones más:

1. La firma electrónica generada ante Notario, que comprobaría lógicamente la identidad, la vigencia de titularidad del certificado y la acción de firma realizada en su presencia al modo que establece el artículo 261 del Reglamento Notarial, pero esto, por ahora, sería un supuesto excepcional pues aun estamos lejos de la admisión legislativa de los documentos públicos completamente electrónicos.
2. La llamada firma digital, esto es, la realizada en la pantalla de una tableta y a la que como dice la Resolución que antes cité se considera firma electrónica en cuanto captura datos biométricos de la firma y previa identificación del firmante ante el funcionario público competente.

Este es un ejemplo claro de auto regulación en sede de Administración Pública buscando mayores garantías para la firma electrónica.

En conclusión:

— De *lege ferenda* sería deseable que en un futuro próximo se estableciera que los dispositivos seguros de creación de firmas electrónicas reconocidas contaran con medios de identificación biométrica del firmante que permitieran asegurar de una manera fiable una verdadera autenticidad de la firma electrónica, que garantizara la imputabilidad de las declaraciones contenidas en el documento electrónico, esto es el consentimiento.

— Entre tanto la ley exija este requisito, en un ejercicio de auto regulación para conseguir la máxima seguridad jurídica, los organismos competentes, colegios profesionales y otras instituciones de la Administración Pública, debían de introducir en sus dispositivos de creación de firmas electrónicas reconocidas estos medios biométricos que garanticen su autenticidad.

Todo ello lógicamente sin perjuicio de la aplicación genérica de la teoría general de obligaciones y contratos y de la seguridad jurídica preventiva que no debe sufrir ningún menoscabo en base al principio del indeferentismo material.

Concluyo con unas expresivas palabras del Catedrático José Esteve Pardo, como apoyo de las ideas que he planteado:

"La sociedad del riesgo y otros fenómenos como la globalización o liberalización nos han situado en un panorama repleto de incertidumbre. Lo más grave es que el Estado, los poderes públicos y los más recientes desarrollos legislativos, han expandido esta incertidumbre a los espacios que se creían más seguros: los que roturaban las leyes y las declaraciones formales de las autoridades.

Hoy las leyes y las autoridades parecen batirse en retirada y no ofrecen las certezas que de ellas se espera. Ante ésta situación, los operadores tenderán a construir las certezas y la seguridad jurídica que necesitan para sus actividades sobre otras instancias de referencia. La función notarial, tradicionalmente colocada en la provisión de certezas y seguridades para el tráfico jurídico tiene una oportunidad para constituirse en alternativa a este proceso, al que asistimos, de construcción de la seguridad jurídica."

He dicho.

DE NUEVO CON LA FIRMA ELECTRÓNICA Y OTRAS CUESTIONES: REGLAMENTO UE NÚM. 910/2014 DE 23 DE JULIO DE 2014

Francisco Javier García Más
Notario.
Ex Letrado Adscrito en la Dirección General de los Registros y del Notariado

In Memoriam. A Juan Antonio de Obeso Piñeiro, toda una vida al servicio de la función Notarial.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS Y EXÉGESIS DEL TEXTO
- A) Apartados generales
- B) La identificación electrónica
- C) Los servicios de confianza
  1. Principios generales. Supervisión y control
  2. La firma electrónica
  3. Sellos de tiempo electrónicos. (Time stamping)
  4. Servicios de entrega electrónica
  5. La autenticación de sitios Web
- D) El documento electrónico. El Documento Público Electrónico y especial consideración del Notarial
- E) Otras cuestiones

I. INTRODUCCIÓN

En relación con el Reglamento UE, núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014. relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, en adelante (RIE), vamos a continuación a extraer algunos párrafos o ideas que surgen de los Considerandos del mismo, y que pueden sernos de gran utilidad a la hora de analizar y estudiar el contenido del citado Reglamento.

La idea central de este Reglamento surge de intentar ofrecer un marco global transfronterizo e intersectorial para garantizar unas transacciones electrónicas seguras y fiables y de fácil uso.

El Considerando tres, del (RIE) indica que la Directiva de firma electrónica no ofrecía este marco legal y que a través del RIE, se refuerza y amplía el acerbo que representa dicha directiva.

Los Considerandos cuatro y cinco determinan de alguna manera el origen del mismo tanto en relación con la comunicación de la Comisión del 26 de agosto del 2010, titulada "una agenda digital para Europa" como las conclusiones del 4 de febrero y del 23 de octubre de 2011 por las que el Consejo Europeo, invitó a la Comisión a crear un mercado único digital para 2015.

Uno de los objetivos del Reglamento es el de eliminar las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica (Considerando 12), y así mismo como consecuencia establecerse las condiciones en relación a qué medios de identificación electrónica tienen que reconocerse.

Lo que el Reglamento pretende es crear ese marco global fomentando el que los Estados miembros insten a que el sector privado utilice también voluntariamente los medios de identificación electrónica, a parte del general utilizado por las propias Administraciones públicas (Considerando 17).

Un punto esencial es la responsabilidad del Estado miembro que efectúa la notificación, de la parte que expide los medios de identificación electrónica y de la parte que realiza el procedimiento de autenticación (Considerando 18).

Aspecto fundamental es que el RIE tiene que establecer un marco jurídico general para la utilización de los servicios de confianza, y únicamente los servicios de confianza prestados al público que ten-

gan efectos en terceros deben cumplir las obligaciones establecidas en el presente reglamento (Considerando 21).

La importancia del uso transfronterizo de los servicios de confianza, hace que debe ser posible utilizarlos como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros, pero eso sí, correspondiendo al derecho nacional definir los efectos jurídicos de aquéllos, salvo que haya una disposición en contra del Reglamento (Considerando 22).

Un punto esencial es el carácter neutral del RIE en cuanto a la tecnología ya que los efectos jurídicos que otorga deben poder lograrse por cualquier medio técnico siempre que se cumplan los requisitos que en él se estipulan.

Un apartado esencial del Reglamento es el relativo a los Organismos de supervisión, que deben realizar las actividades previstas en el RF, la cooperación con las autoridades de Protección de datos (Considerandos 30 y 31).

Los prestadores de servicios de confianza, antiguamente denominados en la Directiva de firma electrónica prestadores de servicios de certificación, sometidos al reglamento por supuesto, especialmente en materia de seguridad y responsabilidad, con clara protección a los usuarios y con los perjuicios de los que deben responder estos prestadores. (Considerandos 35, 36 y 37).

El Reglamento y ello se deduce de sus considerandos quiere proporcionar un elevado nivel de seguridad y de certidumbre jurídica en los servicios de confianza, con especial atención en los prestadores cualificados con sus servicios de confianza cualificados a través de las listas de confianza que determinan e indican esa cualificación del prestador, y para determinar con mayor claridad esa confianza deberá existir una etiqueta de confianza para los servicios cualificados que los distinga de otros servicios. (Considerandos 44, 45, 46, y 47).

Un eje esencial del Reglamento y que es punto fundamental en el mismo que lo era también en la Directiva de firma electrónica es, la eficacia de estas firmas electrónicas, en el sentido de fijar el principio de que no se deben denegar los efectos jurídicos de una firma electrónica por el mero hecho de serlo o porque no cumpla todos los requisitos de la firma electrónica cualificada, ahora sí, serán las legislaciones nacionales a las que corresponde determinar los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los Estados miembros, salvo para los requisitos establecidos en el presente Reglamento según

los cuales una firma electrónica cualificada debe tener el efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita (Considerando 49).

También se quiera establecer esa interoperabilidad debido a que muchas veces las Autoridades competentes en los Estados miembros usan formatos de firma electrónica avanzada diferentes para firmar electrónicamente sus documentos, por ello es preciso velar porque los Estados miembros pueden soportar técnicamente al menos una serie de formatos de firma electrónica avanzada cuando reciban documentos firmados electrónicamente (Considerando 50).

Por supuesto que el Reglamento tiene que velar por los requisitos de la firma electrónica cualificada tanto en los dispositivos cualificados, así como el control por el firmante del uso de sus datos de creación de la firma. (Considerando 51).

Una cuestión bastante discutible en la que no compartimos su filosofía es la introducción, se dice en el Considerando 52 del (RIE), que debido a sus múltiples ventajas económicas debe desarrollarse la creación de firmas electrónicas a distancia, pero que habrá que a fin de garantizar que estas firmas tengan el mismo reconocimiento jurídico que las electrónicas creadas en un entorno gestionado por el usuario, los prestadores que ofrezcan estos servicios de firma a distancia deben proporcionar y aplicar procedimientos seguros y fiables y que son utilizados bajo el control exclusivo del firmante incluso para los supuestos de firma cualificada creada por un dispositivo de creación de firma a distancia, aplicando los requisitos de los prestadores cualificados. Circunstancia esta muy discutible sobre todo en la firma cualificada. Posteriormente analizaremos esta cuestión tan importante.

Uno de los objetivos fundamentales del Reglamento es la interoperabilidad y reconocimiento transfronterizos de los certificados cualificados, certificados cualificados que no deben sus requisitos exceder a los del presente reglamento, aunque en el plano nacional se puedan incluir atributos específicos siempre y cuando no perjudiquen la interoperabilidad y el reconocimiento transfronterizo en los certificados (Considerando 54).

También se regulan los requisitos relativos a detallar qué componentes de una firma cualificada debe evaluar la parte usuaria para su validación, así como la especificación de los requisitos exigibles a los prestadores cualificados de servicios de confianza que pueden brindar un servicio de validación cualificado (Considerando 57).

También se regula lo que llamamos la firma de las personas jurídicas que denominan sello electrónico, con la discusión y problemática que luego plantearemos, permitiendo cómo no, diríamos nosotros el aceptar una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica (Considerando 58).

Así mismo en relación con los sellos electrónicos se regular determinaciones y especificaciones similares a las que hemos indicado para la firma de las personas físicas, que luego analizaremos a la hora de hacer la exegesis del texto.

En el Considerando 63 se hace referencia a los documentos electrónicos, indicando su importancia para el desarrollo de las transacciones electrónicas transfronterizas indicando que el presente reglamento debe establecer el principio de la no denegación de efectos jurídicos a un documento electrónico por el mero hecho de estar en formato electrónico al objeto de garantizar que no se rechazará una transacción electrónica por el mero hecho de que el documento esté en formato electrónico

Ya analizaremos este apartado correspondientemente, y sobre todo las implicaciones sobre el alcance y efectos del mismo y su conexión con alguna otra directiva como la del comercio electrónico.

Así mismo como ideas y contenidos del Reglamento se habla de los servicios de entrega electrónica certificada, de los servicios de autenticación de sitios Web, y otros como los del sellado electrónico que contemplan un conjunto de medidas y disposiciones contenidas en el reglamento que según su justificación crean un ámbito en el mercado interior de confianza en relación a algunos aspectos de las nuevas tecnologías.

II. ANÁLISIS Y EXÉGESIS DEL TEXTO

A) Apartados generales

El Art 1, hace referencia la objeto del RIE, y así se determina que el objetivo esencial para garantizar el correcto funcionamiento del Mercado Interior se quiere realizar a través de los niveles seguros utilizar unos medios de identificación electrónica y unos servicios de confianza.

Por una parte en relación a la identificación electrónica se establecen las condiciones en que los Estados miembros deben reconocer los medios de identificación electrónica de las personas físicas y jurídicas pertenecientes a un sistema de identificación electrónica notificado de otro Estado miembro.

Establecer normas para los servicios de confianza especialmente para las transacciones electrónicas y establecer un marco jurídico para las firmas electrónicas, los sellos electrónicos, los sellos de tiempo electrónicos, los documentos electrónicos, los servicios de entrega electrónica certificada y los servicios de certificados para la autenticación de los sitios Web.

En cuanto a su ámbito de aplicación el artículo 2 dice que se aplica a esos sistemas de identificación electrónica notificados por los Estados miembros y a los prestadores de servicio de confianza establecidos en la Unión, pero en ningún caso se aplica a esa prestación de servicios de confianza utilizados exclusivamente dentro de sistemas cerrados.

Y en el apartado tercero un aspecto esencial de la no aplicación o que el Reglamento no afecta al derecho nacional o de la Unión relacionado con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales o de procedimientos relativos a la forma.

En este sentido, el Considerando 21, deja bien claro como aspecto explicativo que tampoco debe regular el Reglamento los aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos por el derecho nacional o de la Unión, y así mismo tampoco debe afectar a los requisitos nacionales de forma correspondiente a los registros públicos, en particular los Registros mercantiles y de la Propiedad.

La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 disponía en el Art. 1, párrafo segundo que: La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, ni afectan a las normas y límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias que rigen el uso de documentos.

La ley española de firma electrónica, Ley 59/2003, de 19 de diciembre, establece con claridad, en el Art 1 relativo al objeto en el

apartado 2, lo siguiente; "Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten".

El artículo 3 de la ley de transposición española de comercio electrónico, tiene directa conexión con el artículo 3 de la Directiva relativa al mercado interior, en relación con el anexo de la misma que expone las excepciones al artículo 3. Ya tuvimos ocasión de analizar, en la Directiva la evolución y el significado del artículo 3. Se parte del principio general de mercado interior, donde la ley aplicable, es la ley del lugar del establecimiento del prestador de servicios. No obstante este principio en muchos casos no puede llegar a ser realizado por diversas circunstancias, ya explicadas en el análisis de la Directiva, y por ello se llegó a establecer en un anexo las excepciones a este artículo 3.

Del mismo modo, el artículo 3 de la ley española, establece también esas excepciones, en el sentido que será aplicable nuestra ley incluso a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, establecidos en otro estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo, cuando el destinatario de los servicios radique en España, y los servicios afecten a materias, como los derechos de propiedad intelectual o industrial, la emisión de publicidad o de instituciones de inversión colectiva, la actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento, o de libre prestación de servicios, las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores, el régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato, y la licitad de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente no solicitadas.

Todas las anteriormente citadas, enunciadas de una u otra manera son consecuencia del anexo de la Directiva, como excepciones al artículo 3 de la misma.

En la ley española de comercio electrónico, se utiliza un apartado 2, en el artículo 3, para indicar un principio de carácter general en el sentido de que la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España, se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español. Este apartado 2, se podía

haber incluido con una redacción similar, en el propio apartado 1 del artículo 3, dentro de las letras que enumeraban, la aplicación de la ley española, como excepción al principio de la ley del país de origen.

En el ámbito de la función notarial, tan íntimamente ligada a la fe publica en materia documental, la el planteamiento también es claro. Nada se altera por las nuevas tecnologías en el campo de la fe pública.

Por su parte, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el Mercado interior, en su Art. 1 relativo al objetivo y ámbito de aplicación, en el número cinco letra d) determina que dicha Directiva no se aplicará entre otras actividades de los servicios de la sociedad de la información, a la de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

Todo lo anteriormente indicado no puede significar en absoluto que el Notariado y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles deban estar apartados de las nuevas tecnologías, del comercio electrónico y, en general, de los servicios de la sociedad de la información. Muy al contrario puede y debe estar presente en todo el fenómeno del comercio electrónico, lo que ocurre es que en el campo de la función notarial y registral existe una competencia reservada a cada uno de los Estados miembros de la Unión bajo la soberanía de cada uno de ellos, puesto que la función notarial de tipo latino determina que el notario es un oficial público, en el que el Estado delega un aspecto de su soberanía, de su competencia, a través de la fe pública. De todo ello deriva que será cada uno de los Estados miembros los que deban legislar, ordenar y derivar las cuestiones relativas a las nuevas tecnologías, las comunicaciones telemáticas, la firma electrónica y el notariado.

Por ello, es necesario crear un marco de seguridad jurídica y de confianza para su consecución. Si se pretende que el llamado comercio electrónico pueda desarrollarse, es necesario que las transacciones electrónicas ofrezcan a los consumidores y profesionales, el mismo nivel de seguridad y confianza, al menos, que las relaciones documentadas en papel, y todo ello porque las nuevas tecnologías de la información, con la potenciación de la comunica-

ción a distancia que suponen, hacen posible realizar transacciones comerciales, entre personas distantes entre sí, prescindiendo del tradicional soporte papel para plasmar sus compromisos.

La Disposición Adicional de la ya citada Ley 59/2003, deja con meridiana claridad expuesto lo que hemos indicado anteriormente, cuando establece que"; **Primera.– Fe Pública y uso de firma electrónica.** 1– Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley".

El artículo 5 de la Ley española de comercio electrónico, Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, se refiere a los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la ley, y es corolario del artículo 1, apartado 5 de la Directiva, y además creo que con un enunciado que aclara mejor el significado de la exclusión de estos servicios del ámbito de aplicación de la ley, ya que ello no significa que no se puedan realizar las actividades y servicios de la sociedad de la información, sino que se regirán por su normativa específica.

En efecto como luego explicamos a la hora de hablar de la identificación electrónica, la normativa específica en materia de seguridad jurídica preventiva y nuevas tecnologías existe ya desde hace años en España.

Ley 24/2.001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 106 y siguientes de dicha ley relativos a la introducción de las técnicas electrónicas informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, así como las correspondientes modificaciones, entre otras la Ley del Notariado de 1862, entre otros aspectos con la introducción del artículo 17 bis, esencial en esta materia, sobre todo al regular el documento público electrónico...

Igualmente con la la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que se produjo el 20 de noviembre de 2005.

El artículo 3 del RIE, regula y constata el aspecto de las definiciones de diversos términos, cuestión esta ya habitual en los Reglamentos Comunitarios sobre todo para unificar la terminología y su significado en todo el territorio de la Unión Europea.

Entre otras se habla de las definiciones de identificación electrónica, medios, datos, sistemas de identificación, de lo que también se denomina autenticación que en nuestra opinión de manera muy contundente y rotunda lo define como aquél proceso electrónico que posibilita la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen de integridad de datos en forma electrónica.

En el aspecto de firma electrónica se utilizan las definiciones clásicas que ya provenían de la Directiva de firma electrónica.

Así se define los conceptos de firma electrónica, de firma electrónica avanzada y la firma electrónica cualificada, cambiándose la denominación de firma electrónica reconocida por esta de cualificada pero siendo las dos iguales lo único que ha cambiado, es la denominación.

Los datos de creación de firma electrónica que son los datos únicos que utiliza el firmante para crear una firma electrónica, y que en la tecnología de la firma digital podríamos decir que es la denominada clave privada, a diferencia de los datos de verificación de firma electrónica que en la misma clase de firma digital sería la clave pública.

Una terminología que varía en relación a la directiva es la de prestador de servicios de confianza, y la terminología de servicio de confianza. Anteriormente se hablaba de prestadores de servicios de certificación, dotando ahora y cambiando la terminología por el servicio de confianza, servicio de confianza prestado por el citado prestador, tanto para la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada, la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios Web o la preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos.

También se utiliza una terminología que no lo estaba en la Directiva que es el llamado sello electrónico, el avanzado y también el cualificado.

Posteriormente tendremos ocasión de analizarlo, pero está haciendo referencia en el fondo a la firma electrónica de las personas jurídicas, con la crítica que en su momento realicé, ya que el apartado 24 del artículo 3 de este Reglamento define al creador de un sello como una persona jurídica que crea un sello electrónico.

A continuación se definen las mimas características y circunstancias que se indicaron para la firma electrónica, lo que ocurre es que ahora se traspasan al sello electrónico.

Se define el sello de de tiempo electrónico como los datos en formato electrónico que vinculan otros datos en formato electrónico con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante.

El apartado treinta y cinco define el documento electrónico como todo contenido almacenado en formato electrónico en particular texto o registro sonoro, visual o audiovisual.

Es la primera vez que se hace esta definición en un texto de la Unión Europea, definición y circunstancia que deberemos analizar con cautela, precaución, sobretodo teniendo en cuenta que da un concepto de documento electrónico, no en el sentido jurídico que concebimos como tal sino en un sentido amplio, correlacionado con otras legislaciones nacionales como la nuestra en concreto la ley de servicio de acceso electrónico de los ciudadanos. Tendremos ocasión de analizar esta cuestión cuando vayamos al artículo concreto del Reglamento a los efectos de que en ningún caso puede haber regulación ni intromisión en materia documental y por supuesto tampoco en la forma del mismo, conforme queda claro en el ya citado artículo 2 apartado 3.

Por último se define el servicio de entrega electrónica certificada como un servicio que permite trasmitir datos entre partes terceras por medios electrónicos y aporta pruebas relacionadas con la gestión de los datos permitidos, incluida la prueba del envío y la recepción de los datos.

Esta definición es bastante engañosa, puesto que puede dar a entender que se trata de una fehaciencia como si estuviera con la intervención de un funcionario público que diera fe de estas circunstancias, ello en ningún caso por la propia esencia del Reglamento y porque en su caso serán las leyes nacionales las que determinen la eficacia, y la validez de estas pruebas.

Así mismo define el certificado de autenticación de sitio Web como una declaración que permite autenticar un sitio Web y vincula al sitio Web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado. Este punto puede ser interesante en los tiempos actuales, donde es necesario constatar la existencia de una determinada información en un momento específico en una página Web, el problema de la existencia de páginas Web que pueden estar duplicadas en distintos lugares y no ser la misma por tener distinta dirección IP, etc.

B) La identificación electrónica

Como ya indicamos en el apartado relativo a la introducción de este trabajo se hace referencia, en el Art. 3 a las definiciones de identificación electrónica, medios, datos, sistemas de identificación, de lo que también se denomina autenticación que en nuestra opinión de manera muy contundente y rotunda lo define como aquél proceso electrónico que posibilita la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen de integridad de datos en forma electrónica.

Uno de los objetivos del Reglamento es el de eliminar las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica (Considerando 12), y así mismo como consecuencia establecerse las condiciones en relación a qué medios de identificación electrónica tienen que reconocerse.

Lo que el Reglamento pretende es crear ese marco global fomentando el que los Estados miembros insten a que el sector privado utilice también voluntariamente los medios de identificación electrónica, a parte del general utilizado por las propias Administraciones públicas (Considerando 17).

Un punto esencial es la responsabilidad del Estado miembro que efectúa la notificación, de la parte que expide los medios de identificación electrónica y de la parte que realiza el procedimiento de autenticación (Considerando 18).

Este punto que parece estrella en el RIE, fue muy difundido en los foros Comunitarios cuando se estaba en la fase de elaboración del mismo, Expertos de la Comisión lo explicaban y venían a indicar lo siguiente en cuanto a este extremo:

El REI va a comportar en esta materia una serie de deberes y obligaciones, como los relativos a que un Estado puede notificar sus esquemas utilizados para acceder a los servicios públicos, entendiendo por esquemas todo lo preciso para ser identificado y reconocido en el mundo virtual de la Red.

Asimismo el Estado debe reconocer las identidades electrónicas de los otros Estados para el acceso a sus servicios por Internet, los cuales de acuerdo con su Ley Nacional, precisen de Identificación electrónica o e-ID.

Debe proveer datos de autenticación de identidades on line, y el Estado responde tanto de la identificación de las personas (que

realmente sea la persona que dice ser, tanto jurídica como física) así como por las identificaciones inequívocas de los intervinientes, Asimismo se debe permitir al sector privado el acceso a la infraestructura básica para utilizar la identificación electrónica, debiendo existir un mecanismo de coordinación a nivel Europeo.

El esquema que se iba anunciando en los Borradores preliminares y que hemos indicado, quedó conformado casi literalmente en el Reglamento definitivo.

Aunque no cabe duda del las buenas intenciones del RIE en este punto, nosotros queremos indicar que aquí la seguridad jurídica es esencial y sobre todo en el tema de la identificación electrónica, y especialmente, en los Servicios públicos entre otros.

De ahí que se deba exigir el más alto nivel de seguridad para la misma, teniendo en cuenta que estos sistemas, en nada alteran , la documentación pública, sus requisitos, tanto la documentación en soporte papel como en el electrónico, de los documentos públicos notariales, administrativos y judiciales, provenientes de la dación de fe pública. Este aspecto lo hemos ido explicando y desarrollando en diversos apartados de este trabajo, en especial líneas arriba. Y que se derivan del ámbito de aplicación del RIE, de la ya derogada Directiva de firma electrónica, de la Directiva de Comercio electrónico y de la Ley Española de transposición.

La identificación electrónica, se regula en capítulo segundo, regulado en los artículos 6 a 11 inclusive.

En estos artículos se regulan el reconocimiento mutuo, las condiciones para notificación de los sistemas de identificación electrónica, los niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica, la manera de realizar esa notificación en relación a la información que debe transmitirse a la Comisión europea, los problemas de violación de la seguridad, la responsabilidad del Estado miembro que efectúa la notificación y por último la cooperación e interoperabilidad.

Como elemento básico podemos indicar que este sistema de identificación está expuesto también, en los Considerandos del Reglamento a los que ya hemos hecho referencia, en páginas anteriores.

El Art 3 del RIE, que hace referencia a un conjunto de definiciones en los apartados 1, 2, 3 y 4, realiza las siguientes en relación con el tema de la identificación electrónica:

1. "identificación electrónica", el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica,

2. "medios de identificación electrónica", una unidad material y/0 inmaterial que contiene los datos de identificación de una persona y que se utiliza para la autenticación en servicios en línea;

3. "datos de identificación de la persona", un conjunto de datos que permiten establecer la identidad de una persona física o jurídica, o de una persona física que representa a una persona jurídica;

4. "sistema de identificación electrónica", un régimen para la identificación electrónica en virtud del cual se expiden medios de identificación electrónica a las personas físicas o jurídicas, o a una persona física que representa a una persona jurídica.

De nuevo chocamos con este tema de la identificación electrónica y el conjunto de definiciones que hemos trascrito del RIE.

En alguno de los Borradores que maneje del Reglamento, la definición era aun más contundente, ya que decía que definía a la identificación electrónica como "el proceso que consiste en utilizar datos de identificación personal bajo una forma electrónica que representan sin duda a una persona física o jurídica".

Se ha cambiado la palabra sin duda por la de manera única. Algo es algo, aunque me temo que es solo semántica, ya que en definitiva se quiere decir lo mismo.

Esto sabemos que no es así ni mucho menos con esa rotundidad., ya que por ejemplo, en los casos incluso de firma electrónica reconocida (cualificada en el texto). Lo que muchas veces garantiza esta firma de la más alta calidad es que es que una persona es titular de una firma electrónica, que no quiere decir que sea el firmante del documento, mensaje, etc.

Lo que no cabe duda que en relación al documento público y en especial el Notarial, se regula por su normativa específica como indicamos en otros apartados de este trabajo. Entre otros, **La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862**, el Reglamento Notarial, *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas*

y del Orden Social, que fue pionera, tanto que se introduce un Art. 17 bis en la Ley del Notariado que habla del documento publico notarial, electrónico.

Muchas veces no se ha querido tener en cuenta, confundiendo ideas y normativas, lo que dicen de verdad los artículos de la Ley 24/2.001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, 106 y siguientes de dicha ley relativos a la introducción de las técnicas electrónicas informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, así como las correspondientes modificaciones, entre otras la Ley del Notariado, entre otros aspectos con la introducción del artículo 17 bis, esencial en esta materia...

Igualmente con la la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, que se produjo el 20 de noviembre de 2005.

Esta confusión se hace con referencia a una interpretación nada adecuada a la legalidad de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, cuando esta Ley lo es con carácter general para el conjunto de las Administraciones, sin perjuicio de que se deba aplicar la Ley especial que es la que regula determinados aspectos de la seguridad jurídica preventiva, en relación a las nuevas tecnologías, y esta es la Ley 24/2001 ya citada. Son rotundos en este aspecto entre otros, los artículos 106 y ss. De la citada Ley. En especial los artículos 106, 109, 110, y 112.

Esta aplicación especifica, resulta de la propia Ley 24/2001, de la propia Ley 59/2003, de 129 de diciembre, de firma electrónica, y entre otras también de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, donde sin lugar a dudas se establecen las delimitaciones correspondientes a la legislación especifica en el uso de la firma electrónica por Notarios y Registradores en sus relaciones entre si, con la Administración y con los terceros. En este sentido, el artículo 3, y la Disposición Adicional Primera de la citada Ley de firma electrónica, relativa a la Fe Pública y uso de firma electrónica, y el artículo 23.4 de la citada Ley de Comercio electrónico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009, ha sido esgrimida en ocasiones para justificar todo lo contrario a lo que nos referimos en el párrafo anterior, pero no es así en absoluto ya que lo que esta indica es que, que es citada en la Exposición de Motivos, pero con una interpretación interesada y muy lejos de la rea-

lidad normativa, y su auténtica interpretación. entre los ciudadanos y el sistema registral, como también establece la misma

La vigencia de la ley 24 /2001, es total por supuesto en materia documental, y de presentación telemática de títulos. Lo que dice el Supremo es que la Ley 24/2001 es Ley vigente, ni sustituida ni derogada por la Ley 11/2007 de 22 de junio. Y eso es así a todos los efectos que ella contempla, y en ningún caso puede sustituirse por la Ley 11/2007, en lo que a cada uno interese.

Por ejemplo, en materia de presentación telemática, y es solo un ejemplo, en el que están implicadas las diversas Administraciones Públicas, es la Ley 24/2001, la aplicable, y con su conexión con la Ley y el Reglamento Hipotecario. Lo que la Ley 11/2007 pueda añadir en las relaciones de los ciudadanos con el sistema notarial, según dice la Sentencia, en nada afecta a la presentación de títulos por vía telemática, lo será para otras comunicaciones, distintas, pero nunca en el marco documental, como luego veremos ala hora de analizar el Art. 27 del Proyecto, pero sirva esto a modo de introducción.

Y esto es predicable para todos los efectos en relación a la Relaciones con las Administraciones Públicas, con Notarias y Registros, o las relaciones de los ciudadanos con las mismas. Especialmente en cuanto a la manera de identificarse los sujetos, y la intervención notarial en todas las materias propias de la función notarial.

Ello determina, que el Notario requiere la presencia física de las partes, y no sólo, para su identificación, sino para realizar el control material y formal del documento, el juicio de capacidad, la legitimación, el asesoramiento, el asegurarse que los comparecientes actúan libremente, que su consentimiento se adecua a la legalidad. Como vemos esta otra historia, cuando se quiere auténtica seguridad jurídica. Esto no está en absoluto alterado, por el RE, como tampoco lo estaba cuando la Directiva estaba en vigor.

C) Los servicios de confianza

1.º Principios generales. Supervisión y control

El capítulo III regula los servicios de confianza en los artículos 13 a 45, en definitiva el grueso del Reglamento, donde están incluidos los servicios de confianza que antes indicamos a la hora de hablar de las definiciones.

Elementos que pueden ser considerados positivos son los de la supervisión en cuanto a los organismos que la realizan, los requisitos de seguridad aplicables a los prestadores de servicios de confianza, con especial atención a la supervisión de los prestadores cualificados de estos servicios, complementado con las listas de confianza y con especial consideración a los prestadores cualificados de servicios de confianza en concreto los requisitos de los mismos.

Ciertamente que todos estos apartados nos recuerdan a la Directiva de firma electrónica, lo que ocurre que aquí está más especificado esa supervisión, estableciendo mecanismos de control y una mayor protección al consumidor, siendo uno de los ejemplos de la misma el regulado en el artículo 23 del Reglamento que hace referencia a la etiqueta de confianza UE para servicios de confianza cualificados.

Es importante en el Reglamento la supervisión de todo el mecanismo de los prestadores de servicios de confianza, cuestión esencial que en la Directiva de firma electrónica tenía un carácter mucho menos específico, y que ahora se acentúa sobre todo en cuanto a los prestadores cualificados de servicios de confianza.

El artículo 17 prevé el establecimiento de los Organismos de supervisión designados por los Estados Miembros, teniendo como función la de supervisar a los prestadores cualificados, mediante actividades de supervisión previas y posteriores, a los efectos de constatar de que éstos cumplen los requisitos del Reglamento. Así mismo adoptar las medidas en caso necesario en relación con los prestadores no cualificados a través de actividades de supervisión posteriores cuando reciban información de que estos prestadores no cumplen los requisitos del Reglamento.

Como podemos observar hay una diferencia en cuanto a la supervisión de los prestadores cualificados y los no cualificados, en el sentido de que en el primer caso la supervisión es previa y posterior y en el segundo sólo posterior.

Los Artículos 18 y 19 regulan respectivamente la asistencia mutua en relación a la cooperación de los organismos de supervisión, y el 19 lo relativo a los requisitos de seguridad aplicable a los prestadores de servicios de confianza, estableciéndose para todos los prestadores medidas técnicas y organizativas, y sobre todo las obligaciones que asumen para poner en conocimiento en un plazo no superior a 24 horas de cualquier violación de la seguridad o pérdida de la integridad en el servicio de confianza prestado.

Los Artículos 20 a 24 contemplan la regulación de los servicios de confianza cualificados, es decir, de los servicios de más alta calidad, y por lo tanto aquéllos que el reglamento determina con un control exhaustivo para que efectivamente se cree confianza en el ciudadano.

Desde la supervisión de estos prestadores cualificados, que deberán ser auditados al menos cada 24 meses para poder constatar y confirmar que los servicios que prestan se adaptan al Reglamento, sin perjuicio de que el organismo de supervisión pueda en cualquier momento auditar o solicitar a un organismo de evaluación que realice una evaluación de conformidad de los prestadores cualificados.

Es esencial que para comenzar un servicio de confianza cualificado deberán estos prestadores presentar la intención de ese inicio de la prestación junto con el informe de evaluación expedido por un organismo de evaluación de la conformidad, y el organismo de supervisión verificará si se cumplen los requisitos del Reglamento y si los cumple concederá la cualificación al prestador actualizando las listas de confianza.

En este sentido el Artículo 22 regula las listas de confianza, a través de la cual, cada Estado miembro establecerá, mantendrá y publicará listas de confianza con información relativa a los prestadores cualificados.

El Artículo 23 como antes indicábamos, regula la etiqueta de confianza que en definitiva es un marchamo de calidad una vez que se ha incluido el prestador en la lista de confianza, siendo en definitiva una manera de demostrar y de usar a través de esa etiqueta las cualidades.

El Artículo 24 regula los requisitos para los prestadores cualificados, que en muchos aspectos nos recuerdan a la derogada directiva de firma electrónica, pero quizás como punto especial al que me gustaría hacer referencia es el relativo a la expedición del certificado cualificado, ya que deberá acreditarse la identidad y cualquier atributo de la persona física o jurídica a la que se expide un certificado cualificado, uno de ellos por ejemplo los certificados electrónicos de firma electrónica.

Ante la importancia y exigencia de los prestadores cualificados esa información de la identidad y de los atributos puede realizarse bien directamente por el prestador o por medio de un tercero de conformidad con el derecho nacional.

Este punto me recuerda a la Directiva de firma y a la transposición de la ley Española de firma donde también se mencionaba este aspecto, y como ya comentamos en su momento, ese tercero perfectamente podría ser un funcionario público, y en concreto en el tema que nos puede incluir de la identidad, o de los atributos de la persona física o jurídica, a través de un Notario, pensando por ejemplo en la expedición de un certificado cualificado de firma electrónica de una persona física como representante legal o voluntario de una sociedad..

En cuanto a los datos para acreditar esa identidad el Reglamento establece varias posibilidades, es decir que el solicitante lo haga en presencia del prestador, o a distancia utilizando medios de identificación electrónica, dice el Reglamento para los cuales se haya garantizado la presencia de la persona física o del representante autorizado de la persona jurídica, o por medio de un certificado de firma electrónica, utilizando otros métodos de identificación reconocidos a escala nacional.

En nuestra opinión no compartimos esa apertura del Reglamento para constatar la petición de la firma por ejemplo en cuanto a la identidad, consideramos que debería redactarse en todo caso en presencia de la persona física o del representante autorizado de la persona jurídica, por razones claras de seguridad, dada la importancia de los certificados cualificados y de los efectos que estos producen frente a terceros.

En su momento escribí sobre los certificados reconocidos, hoy denominados cualificados, y la importancia de los mismos, sobre todo, en cuanto a la identidad del solicitante, los atributos de la firma electrónica, es decir el conjuntos de datos que constan en el mismo, desde que una perdona es el administrador de una sociedad, hasta que es un funcionario, o que es un médico. Por ello creo que lo que entonces dijimos es perfectamente aplicable a los temas que toca el RIE, y sobre todo si queremos tener seguridad jurídica en este campo de las nuevas tecnologías. No debemos olvidar que en España, sólo hay por Ley designados tres prestadores de servicios de confianza cualificados, que son, L fabrica Nacional de Moneda y Timbre, El Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Los demás prestadores lo son con carácter privado.

En su momento indicamos. (1)

(1) García Más, Francisco Javier: "Algunos comentarios a la Ley

"Ya definimos anteriormente el concepto de certificado electrónico, así como su contenido. En la ley aparecen *en diversas ocasiones las palabras certificados reconocidos, y su importancia es capital, sobre todo cuando hablamos de la firma electrónica reconocida, que no es más que una firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y producida mediante un dispositivo seguro de creación de firma,*

Por ello los certificados reconocidos deben cumplir los requisitos especiales relativos a la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que prestan.

La ley dedica del artículo 11 al artículo 14 inclusive, para regular estos certificados reconocidos, estableciendo por una parte los datos que al menos deben incluir, las obligaciones previas a su expedición, los artículos 11 y 12 respectivamente, así como el importantísimo artículo 13 sobre la comprobación de la identidad y otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido, ello regulado en el artículo 13, y por último en el artículo 14 la equivalencia internacional de certificados reconocidos.

En cuanto a los datos que al menos deben incluir, el artículo 11, apartado 2 los contiene, y entre otros la indicación de que se expiden como tales, el código identificativo único del certificado, la identificación del firmante, la firma electrónica avanzada del prestador de servicios, así como cualquier otra circunstancia o atributo, siempre que el firmante así lo solicite.

Por su parte el artículo 13 regula la comprobación de la identidad y de otras circunstancias personales de los solicitantes, regulando todas las posibilidades, como los certificados de personas físicas, los certificados de personas jurídicas, o los certificados pedidos en nombre y representación de una persona jurídica.

Como punto de partida: la identificación de la persona física que solicite el certificado, exige la personación de éste ante los encargados de verificarla, y ésta se acreditará mediante el DNI, pasaporte u otros medios admitidos en derecho. Pero matiza este apartado 1º que podrá prescindirse de la personación si la firma estampada en la solicitud para la expedición de un certificado reconocido ha sido

---

59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Revista Jurídica del Notariado, núm. 51, 2004, pp. 117-154.

legitimada en presencia notarial. Al menos el legislador ha intentado establecer un control cuando no hay personación ante el prestador siempre que se haya legitimado la firma en presencia notarial. Ello significa que de las diversas maneras que el Reglamento Notarial prevé para la legitimación notarial de firmas, única y exclusivamente podrá ser la realizada en presencia notarial. A pesar de esta importante cautela, quedan en el aire otros aspectos como los de la comprobación y legitimación de las facultades del solicitante, en los supuestos en que el certificado se expida para otra persona distinta física o jurídica. Este aspecto intenta solucionarse en los apartados 2.º y 3.º de este artículo 13. hay una remisión a la normativa administrativa para la solicitud de certificados que se expidan previa identificación del solicitante ante las Administraciones Públicas, en cuanto al régimen de personación.

Los apartados 2 y 3 de este artículo regulan una cuestión esencial que es la comprobación por parte de los prestadores de servicios bien por sí mismos o bien por medio de otras personas, físicas o jurídicas, públicas y privadas, en el sentido de establecer tanto en los supuestos de certificados de personas jurídicas, dentro de los límites del artículo 7, como los certificados reconocidos que reflejen supuestos de representación voluntaria o bien por otro tipo de representación legal, comprobarán como hemos dicho, los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica de la entidad representada, a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante, la personalidad jurídica del representado, etc. En todos los supuestos se dice que el medio de hacer esta comprobación es mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución o apoderamiento, o bien la comprobación de los datos relativos a la personalidad jurídica del representado y a la extensión y vigencia de las facultades del representante. Se quieren prever como hemos dicho en estos dos apartados 2 y 3, todos los posibles supuestos. Pero en todo caso se dice que dicha comprobación será mediante la consulta en el registro público en el que están inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento o en general en el que estén inscritas las facultades y extensión de las mismas del representante. Como medio supletorio, o mejor dicho, únicamente se obliga a la comprobación mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente, cuando aquellos no sean de inscripción obligatoria.

Este artículo fue muy debatido en los diferentes momentos de elaboración del texto, e incluso cambiado en algún momento posterior a como surge del Anteproyecto de Ley.

Obviar el documento público en estos supuestos, como punto de referencia primero y esencial para acreditar y comprobar estas circunstancias, supone en mi opinión una auténtica barbaridad jurídica, y un desconocimiento de lo que significa la acreditación fehaciente en el ordenamiento jurídico. Es decir, el texto va mucho más allá en la barbaridad, ya que ni siquiera exige documento público y consulta en el registro cuando sea de inscripción obligatoria un determinado apoderamiento o representación, sino que excluye o al menos no exige la comprobación mediante el documento público, cuando por ejemplo las facultades de representación no sean de inscripción obligatoria. Y ello contradice, como luego veremos, todo el sistema jurídico, sino que además está contradiciendo lo que establece el artículo 11, apartado 4 de la propia Ley, ya que en el mismo se establece, que si los certificados reconocidos admiten una relación de representación incluirán una indicación del documento público que acredite de forma fehaciente las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente y, en caso de ser obligatoria la inscripción, de los datos registrales, de conformidad con el apartado 2 del artículo 13. Es decir exige los dos mecanismos de manera conjuntiva, no uno excluyendo al otro en algunos supuestos.

El articulo 13 de la Ley de firma electrónica, como hemos indicado anteriormente, fue modificado del texto que aparecía en el Anteproyecto en sus apartados 2 y 3, en el sentido de introducir la frase "cuando aquellos no sean de inscripción obligatoria", lo que implica que cuando lo sea, desaparece de un plumazo la necesidad de presentar el documento público, que es la base de la que nace todo el proceso, y más aún cuando en la copia autorizada constan los datos de la inscripción.

Esta modificación altera en su integridad el régimen de acreditación de la representación en el tráfico jurídico inmobiliario y mercantil, pues ya se trate de poderes que pueden ser inscritos en el Registro Mercantil, o de poderes que no pueden ser inscritos en éste, la representación se acredita por el documento público que, en su caso, tiene como corolario la inscripción y no por ésta solo. Basta leer el artículo 1280.5.º del Código Civil para llegar a esta

conclusión, artículo por cierto redactado con posterioridad a la Ley Hipotecaria.

Al realizarse esta modificación, no será nada de extrañar que nos encontremos con abundantísimos errores en una materia, el "mundo digital o electrónico" que si está necesitado de algo es de seguridad jurídica, porque ésta es y ha sido hasta el momento la razón por la que en nuestro país y en nuestro entorno económico el citado "mundo digital" no ha tenido el desarrollo adecuado.

En los textos anteriores se establecía la doble posibilidad alternativa, de la consulta al Registro Público o de la presentación de los documentos públicos correspondientes. redacción que si no era muy positiva y clara, era mejor a la que luego quedó como definitiva. Esta redacción tampoco fue la que se venía manejando en textos anteriores, ya que casi con similares redacciones, en todos los textos anteriores, se indicaba la necesidad de que la comprobación de todo lo relativo a la existencia de la persona jurídica y las facultades de representación se debía realizar a través de la aportación de los documentos públicos acreditativos de la constitución de las personas jurídicas así como el del nombramiento de los representantes orgánicos y voluntarios, como en su caso la acreditación de la inscripción en el Registro Público correspondiente cuando esta fuese necesaria. Esa era realmente la redacción más correcta.

Los supuestos pueden ser muy variados en la práctica, pero está claro que no puede prescindirse del documento público en ninguno de los supuestos ya que éste es la base de la que surge la representación o la existencia de la persona jurídica; y, desde luego, en todos los supuestos en los casos en los que la inscripción no es necesaria u obligatoria la única base del poder y de su acreditación es el documento público.

Basta citar los siguientes ejemplos que ilustran las anteriores afirmaciones:

En las relaciones del tráfico jurídico ordinario, si un sujeto comparece como Administrador único de una sociedad para vender bienes de la misma, y el negocio que va a realizar está dentro del objeto de la Sociedad, este presenta el documento público de su nombramiento donde consta el cajetín de los datos de inscripción en el Registro Público, y donde a su vez constarán los de la constitución de la sociedad, y la escritura de compraventa se puede autorizar perfectamente. Dicho de otro modo, la representación se acredita

por la exhibición del documento público en el que consta, cuando sea preciso y en su caso, el cajetín con su correspondiente inscripción en el registro. La representación no se acredita, por tanto, por una certificación o una consulta a registro alguno. Así no se desenvuelve el tráfico ordinario, del que el mundo telemático o electrónico no es más que un reflejo.

Pero aún más, si se trata de un apoderado de la sociedad efectivamente puede ser que el poder le haya sido revocado, pero que esa revocación no haya aún sido presentada para su inscripción, y por lo tanto no tenga aún el reflejo registral. Puede ocurrir que al haberse revocado el poder, esta revocación le sea notificada notarialmente al apoderado y se le retire el poder y no tenga ya el documento público correspondiente, o que habiéndose autorizado la correspondiente revocación sin el reflejo registral correspondiente, la Sociedad representada mostrase al prestador de servicios de certificación la revocación del poder una vez que se hubiese enterado de que el apoderado revocado hubiese solicitado un certificado de firma electrónica, este lo tendría que revocar y no podría aducir buena fe, ya que conocía que la revocación había sido anterior a la solicitud realizada por el apoderado. Más aún, los miles de supuestos donde los poderes no pueden no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil por ejemplo, en los casos de los poderes especiales, o incluso en los supuestos del Empresario individual.

Es decir los supuestos que se pueden dar en la práctica son muy variados, y el juego de la documentación pública también y desde luego la modificación introducida si algo va a generar es confusión, error e inseguridad.

Por todo ello hubiera sido importante el reflexionar sobre estas cuestiones, para dotar de la mayor seguridad posible al sistema para saber cual es la realidad en el momento de la solicitud del certificado, en aras de una total seguridad que se quiere imprimir al comercio electrónico.

De todo ello se deduce que para cerrar el círculo al máximo y dotar de la mayor seguridad al sistema, para la comprobación de todas las circunstancias anteriores, el artículo 13 de la Ley de firma electrónica, debería haber tenido en cuenta lo siguiente:

1. Aportar los documentos públicos correspondientes por ser la base en la que se basa la representación y de la que nace, y

2. Aportar la acreditación de la inscripción en el Registro Público cuando esta sea necesaria, y ello sería jurídicamente lo correcto.

3. Introducir también la expresión de Archivo Público, y no sólo Registro. La incorporación de la palabra "archivo" tiene una explicación muy simple. Como se expuso, no existe un registro de poderes como tal; sin embargo, sí que existen determinados "archivos públicos" que publicitan relaciones de apoderamiento y que no son el Registro Mercantil. De nuevo, ha de recordarse que solo unos determinados poderes y tipos de representación se inscriben en ese Registro, quedando fuera de él la inmensa mayoría de los poderes que se autorizan.

Pues bien, es preciso incorporar la palabra archivo para dar carta de naturaleza y reflejar adecuadamente la realidad actual en la norma, puesto que, en otro caso se quedan fuera, por no ser un Registro Público –registro mercantil, en esencia– los archivos que de un modo u otro publiciten el resto de los poderes existentes. Por cierto, debe recordarse que siendo el documento público la fuente del poder es obvio que los notarios y su organización corporativa cuentan con algunos "Archivos" que publicitan relaciones de apoderamiento, pero es que los mismos archivos obran, por ejemplo, en todas y cada una de las Administraciones Públicas en la que se presentan documentos por representantes y a éstos se les exige, previamente, que entreguen el documento público de donde nacen sus facultades representativas para incorporarlos a un archivo.

Con el texto definitivo de la Ley de firma se deja fuera de la legalidad a los centenares de archivos administrativos donde se recogen tales poderes y que no son un Registro Mercantil. Por extensión y como puede deducirse, el beneficiado es el ciudadano que, de otro modo, y para cualquier mínima gestión administrativa que nada tiene que ver con temas de registro mercantil deberá ir con el poder "debajo del brazo", mientras que si se hubiese introducido la palabra Archivo bastaría que esa oficina administrativa comprobara telemáticamente y on line la vigencia del poder o si, simplemente, existe contra el correspondiente archivo.

Este hubiera sido el método adecuado, y es el medio de acreditación de la representación desde hace décadas, sin que se entiendan, en modo alguno, las razones de la modificación realizada.

En este sentido se propuso una redacción alternativa, que por supuesto no contemplaba la firma de las personas jurídicas, y que establecía un mecanismo más adecuado para la comprobación en materia de personas jurídicas, así como incluía un párrafo para los supuestos de exención de responsabilidad por parte de los prestadores de servicios de certificación, cuando determinados funcionarios hubiesen realizado esa comprobación. Como luego veremos, el texto en relación al artículo 23 apartado 5, donde se establece esta exención de responsabilidad, pero de una manera menos clara y rotunda, más ambigua, en cuanto a la intervención de esos funcionarios. La redacción que en su día se propuso como alternativa fue la siguiente:

1. La identificación de los solicitantes de certificados reconocidos exigirá su personación ante los encargados de verificarla, a través de la acreditación mediante el DNI, pasaporte o cualquiera de los medios reconocidos en Derecho.

En cuanto a las personas jurídicas, se deberá comprobar la existencia de las mismas, así como las facultades de representación y legitimación de las personas físicas que las representen, cuando solicitan los certificados reconocidos, siendo en todo caso el signatario, la persona física que represente a la jurídica. En este caso deberán aportarse, entre otros medios, los documentos acreditativos de la constitución de dichas personas jurídicas así como aquellos en los que conste el nombramiento de los representantes orgánicos y voluntarios, como en su caso, la acreditación de la inscripción en el registro público correspondiente cuando ésta sea necesaria.

2. En el supuesto de que se actúe en nombre y representación de una persona física, deberá acreditarse el documento que justifique dicha representación así como que las facultades del representante se encuentran vigentes por cualquiera de los procedimientos reconocidos en derecho, y con sujeción a lo establecido en la legislación sustantiva, en especial en cuanto al régimen de responsabilidades del representante y representado en relación a los terceros.

3. El certificado podrá hacer mención a otras circunstancias personales del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un colegio profesional o su titulación, de-

biendo acreditarse dichos extremos con los documentos oficiales correspondientes emitidos por los organismos o autoridades competentes conforme se prevea en su legislación específica.

4. Los prestadores de servicio de certificación podrán encargar a otras personas, la realización de las actuaciones contempladas en este artículo, siendo responsable en todo caso el prestador de servicio de certificación en lo relativo al contenido del certificado.

No obstante lo anterior, el prestador de servicios de certificación no responderá de inexactitud de los datos que constan en el certificado, si éstos le han sido acreditados mediante la actuación de personas que están especialmente facultadas en relación a la comprobación de identidad, la constatación de las facultades de representación y de legitimación, por delegación de la soberanía del Estado en la dación de la fe pública.

En idéntico sentido tratándose de funcionarios especialmente cualificados para la realización de las actividades anteriormente indicadas, siempre que en el ejercicio de su función pública estén especialmente facultados para realizar un documento público, administrativo o judicial.

Así mismo el artículo 13 dice que el certificado puede contener otras circunstancias personales o atributos del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un Colegio profesional, o su titulación. En estos casos se deberá comprobar mediante los documentos oficiales que acrediten estas circunstancias, y siempre de conformidad con su normativa específica.

Ello es lógico, ya que por ejemplo la circunstancia de ser titular de un cargo público, o de ser funcionario, habrá que acudirse a la normativa específica que lo regula para determinar su acreditación. Más aún en el caso de un notario o registrador, por su Ley específica, que en este caso es la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, la acreditación de esta circunstancia, es decir, la de ser notario en activo y en una determinada plaza, no es comprobada por el prestador de servicios, para el caso que no sea el prestador de servicios el propio Consejo General del Notariado, sino por la Autoridad corporativa competente, que es dicho Consejo General, única y exclusivamente, por razones de seguridad, y de competencia de la propia Administración.

El apartado 4.º de este artículo 13, en mi opinión crea una total inseguridad, dice que no será exigible en todos los procedimientos anteriores, en los supuestos en que cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de certificación, en virtud de una relación preexistente, en la que se hubiera identificado el interesado, por los medios señalados en el artículo, o cuando para solicitar un certificado se utilice otro vigente, y le conste en ambos casos que el periodo transcurrido desde la identificación es menor de cinco años. Consideramos totalmente anómala esta excepción, y más anómalo aún lo relacionado con el plazo de los cinco años, ya que incluso en los certificados reconocidos el periodo de validez no podrá ser superior a cuatro años.

En este sentido iba dirigido también el informe del Consejo de Estado, cuando indicaba: "...En todo caso, considera el Consejo de Estado, que debiera excluirse del ámbito de aplicación de la regla contenida en dicho apartado cuando las circunstancias a que se alude en el apartado 2.ª (en relación con los certificados reconocidos de personas jurídicas), y en el primer párrafo del apartado 3.º (certificados reconocidos que reflejan una relación de representación voluntaria). Pues, de otro modo, podrían suscitarse problemas en cuanto a la correspondencia de los certificados reconocidos con la realidad jurídica (esto es, con la existencia o extinción de las relaciones de representación), lo que generaría inseguridad en el tráfico jurídico".

Como dijimos anteriormente, todas estas actuaciones de comprobación de los prestadores, las podrán realizar por sí, o por medio de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siendo responsable, en todo caso, el prestador del servicio de certificación, conforme establece el apartado 5 del artículo 13. En el mundo de las nuevas tecnologías, la confianza es un punto esencial, y no cabe la menor duda que los prestadores de servicios fiables, y los que expidan estos certificados reconocidos acudirán a aquellas personas, cualificadas para tener la mayor seguridad posible, a la hora de expedir los certificados, e incluso en su declaración de práctica de certificación podrán señalar quién les ha realizado ese trabajo. La función notarial, se me ocurre, puede cumplir en este caso un papel esencial, y estoy seguro que los prestadores de servicios acudirán a los notarios para realizar las actuaciones de comprobación. Más

aún, el artículo 23 de la propia Ley hace referencia a las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios, y en el apartado 5º establece una exención de responsabilidad del prestador por los daños y perjuicios ocasionados al firmante, o a los terceros de buena fe por la inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico si estos ya han sido acreditados mediante documento público. Este apartado es muy importante, y aunque ciertamente en algún otro borrador se intentó aclarar y especificarlo más, en mi opinión subyace una importante coordinación con nuestro ordenamiento jurídico, ya que si un notario por ejemplo, acredita algún extremo del certificado por su actuación, éste será el responsable de los perjuicios causados, puesto que es un funcionario, con unas facultades legalmente acreditadas. De igual manera podemos decir, en relación a los documentos públicos, judiciales y administrativos. También en el apartado 5.º del artículo 23, se prevé el supuesto de que si esos datos deben figurar inscritos en un registro público, el prestador de servicios deberá comprobarlo, en algún momento inmediatamente anterior a la expedición del certificado.

Por último el artículo 14 regula la equivalencia internacional de los certificados reconocidos, expedidos por prestadores de servicios de un estado que no sea miembro del espacio económico europeo, y en su caso la posibilidad de su equivalencia a los expedidos, por prestadores establecidos en España. Para ello se prevé la norma, la necesidad de cumplir alguna de las condiciones que se establecen, con criterio alternativo y no acumulativo, como por ejemplo que el prestador de servicios reúna los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos, y haya sido certificado conforme a un sistema voluntario de certificación establecido en un estado miembro del espacio económico europeo. Esta es una de las formas que establece la norma para la equivalencia de los certificados.

Así mismo el artículo 12 recoge las obligaciones previas a la expedición de certificados reconocidos, como la comprobación de la entidad y circunstancias personales de los solicitante, como ya hemos visto en el artículo 13, verificación de que la información contenida en el certificado es exacta, garantizar la complementariedad de los datos de creación y verificación de firma, y asegurarse de que el firmante está en posesión de los datos de creación de firma correspondientes a los de verificación que constan en el certificado."

También el Artículo 24 (RIE) establece obligaciones de los prestadores cualificados, y entre ellas es importante destacar que en relación al riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios de los prestadores cualificados, éstos mantendrán recursos financieros suficientes u obtendrán pólizas de seguros de responsabilidad adecuada de conformidad con la legislación nacional, y ello en conexión con el Artículo 13 del RIE. que hace referencia a la responsabilidad y la carga de la prueba.

Un aspecto fundamental de estas obligaciones de los prestadores cualificados es que cuando decidan revocar un certificado registrarán su revocación en la base de datos de certificados y publicarán ese estado de la revocación siendo la revocación efectiva después de su publicación, y además esta información deberá estar disponible en cualquier momento.

2.º La firma electrónica

La **Sección Cuarta,** regula en los Artículos 23 a 34 inclusive uno de los puntos estrella en mi opinión del Reglamento que es el relativo a la firma electrónica tanto en cuanto a los efectos jurídicos cuanto a los requisitos, así como los diversos tipos de firma con especial consideración de las cualificadas, su validación, el servicio de validación, etc.

El Artículo 25, Artículo esencial establece los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, estableciendo que:

1.º No se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a una firma electrónica por el hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla los requisitos de la firma electrónica cualificada.

2.º Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.

3.º Una firma electrónica cualificada basada en un certificado cualificado emitido en un Estado Miembro será reconocida como una firma electrónica cualificada en todos los demás Estados Miembros.

Como podemos comprobar este artículo nos recuerda fundamentalmente al Artículo 5 de la Directiva de firma electrónica y al Artículo 3 de la ley española de firma electrónica.

La diferencia con respecto a los textos anteriores es el reconocimiento expresado de una manera clara en el texto normativo en el sentido de que la firma electrónica cualificada será reconocida como tal firma en todos los demás Estados Miembros, siempre que lo sea en el Estado Miembro en el que se haya emitido.

Asimismo, otra modificación de carácter simplemente semántico, es que a la firma electrónica de más alta calidad, ahora se la denomina firma electrónica cualificada, y antes se la denominaba firma electrónica reconocida.

Este punto en nuestra opinión supone un avance en la interoperabilidad a nivel europeo, en general para las transacciones electrónicas en el mercado interior, circunstancia ésta que se dejaba apuntada más levemente en los textos citados anteriormente.

En el Art 3 de las definiciones se realizan las correspondientes a la firma electrónica.

10) "firma electrónica", los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar;

11) "firma electrónica avanzada, la firma electrónica que cumple los requisitos contemplados en el artículo 26.

12) "firma electrónica cualificada", una firma electrónica avanzada que se crea mediante dispositivo cualificado de creación de firma electrónica y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica".

Las definiciones son similares a las de la Directiva derogada, y a las que da la Ley 59/2003 de 29 de diciembre, con la matización de cambio de denominación al que hemos hecho referencia anteriormente.

EL RIE da una definición de firmante Art 3.9)"firmante", una persona física que crea una firma electrónica. En mi opinión era una más clara y explicativa, la definición que daba la derogada Directiva de firma electrónica que en su Art. 2 de definiciones establecía en el apartado3)"firmante": la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa". Mucho más completa y clara esta definición, que demuestra y determina, con claridad el sistema de representación clásico existente

en el mundo en soporte papel. Persona física, en su propio nombre y derecho, persona física en representación de otra física, (representación voluntaria o legal), o persona física en representación de una jurídica, bien en los supuestos de representación orgánica o voluntaria. Trataremos este tema cuando hablemos de los sellos electrónicos.

El cambio efectuado entre otras cuestiones en ka definición se refiere para dar entrada sin ninguna discusión a la denominada firma de las personas jurídicas, lo que en el REI se llama sello electrónico.

En relación con el contenido y análisis de la firma electrónica ya indique en su momento que: (2)

"Para poder entender con claridad el significado y alcance de la ponencia, en relación al documento público electrónico y la autonomía de la voluntad, consideramos imprescindible analizar el documento electrónico, y la firma electrónica para así entender mejor el significado de la ponencia.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, sustituye al Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. En efecto, el citado Real Decreto fue aprobado antes de la aprobación definitiva de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. El texto que sirvió de base para el Real Decreto-Ley fue la posición común que varió muy poco con respecto al texto definitivo de la Directiva.

Vamos a analizar el artículo tres de la Ley de firma electrónica, y muy especialmente el concepto de la misma así como del documento electrónico, cuya definición fue cambiada con posterioridad en virtud de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Intentaremos hacer un recorrido histórico que nos sirva para entender en su totalidad la razón de los textos normativos, y sus modificaciones con las correspondientes críticas sobre todo a la última modificación de la Ley de firma electrónica llevada a cabo por la ya citada Ley 56/2007. La Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso elec-

(2) García Más, Francisco Javier: "Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Revista Jurídica del Notariado, núm. 51, 2004, pp. 117-154.

trónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en el Anexo letra j), ya definió el documento electrónico, en el mismo sentido que después fue modificada la Ley de firma electrónica.

Uno de los artículos en mi opinión más importantes de la Ley de firma electrónica es el artículo 3, cuyo contenido en algunos de sus apartados tiene una significación, que en un primer momento no se planteó.

Los apartados 1, 2 y 3 de este artículo están dedicados a la definición de los distintos tipos de firma electrónica, teniendo en cuenta la Directiva de firma electrónica a la que hemos hecho mención en varias ocasiones. Se hace referencia a la denominada firma electrónica, a la firma electrónica avanzada y a la denominada firma electrónica reconocida. Las variaciones con respecto al Real Decreto son mínimas, ya que se utiliza la misma terminología que en la propia Directiva. La diferencia entre las tres radica fundamentalmente en los estándares de calidad y seguridad y como consecuencia de ello en lo que cada una puede aportar o garantizar. La firma electrónica, está en el último estadio en cuanto a estos criterios de garantía y de seguridad, mientras que la firma electrónica reconocida es la del más alto nivel.

Ciertamente el Real Decreto Ley de firma electrónica no utilizaba la expresión firma electrónica reconocida como tal, pero sí la contemplaba, al igual que la propia Directiva de firma electrónica, ya que la firma electrónica reconocida es aquella firma electrónica avanzada que está basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, y esta firma estaba contemplada en el artículo 3, punto 1 párrafo 2.º del Real Decreto Ley de firma electrónica. Es decir, el contenido, el sentido es el mismo, lo único que ahora se le ha dado una denominación como ocurre en la Ley de firma electrónica alemana, que en vez de firma reconocida se la denomina firma cualificada.

Como ya hemos tenido ocasión de ver en otro momento, el significado de la firma electrónica no determina que se trate de una auténtica firma, sino más bien se puede hablar de un sello por ejemplo, lo que ocurre que se utiliza la misma tecnología quizás por ser más expresiva, y como comparación con la firma manuscrita.

La firma electrónica básica, es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

Esta es una firma electrónica normal o más bien básica. Se trata de una definición amplia, que puede englobar a todo el conjunto de firmas electrónicas, desde la denominada firma numérica o digital, hasta las firmas basadas en sistemas biométricos como el iris, la propia palma de la mano, la huella dactilar, etc. La utilización en la Ley del medio de identificación del firmante, que por supuesto también se predica de la avanzada y de la reconocida, ha sido discutida por mí en otros momentos, y por otros autores ya que lo que puede determinar sobre todo la reconocida, es que esa firma está vinculada o pertenece a un titular, pero no que efectivamente haya sido utilizada por el propio titular.

Esta definición de firma electrónica básica comprende, la firma manuscrita digitalizada, la existencia de un usuario con una clave de acceso, la existencia de una pregunta-respuesta y un pin de acceso, lo que se denomina tecnologías de secreto compartido.

Por su parte el artículo 3 al definir la firma electrónica avanzada la caracteriza por estar vinculada al firmante de manera única, permitiendo la identificación de este, habiendo sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control, y por último el requisito de la integridad, es decir estar vinculada a los datos firmados, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectado.

De los numerosos tipos de firma electrónica, aunque la Directiva quiso ser neutral en esta materia, en el fondo y más en concreto en nuestra Ley de transposición, basa la misma en el llamado sistema criptográfico. (3) El sistema criptográfico es un sistema de tratamiento de la información que transforma un mensaje, de manera que solo las personas en posesión de los algoritmos (procedimiento matemático) y claves (conjunto de dígitos alfa-numéricos) adecuados pueden acceder a su contenido de manera correcta.

Estos sistemas criptográficos por tipo de clave, se pueden clasificar en sistemas simétricos y asimétricos.

En los simétricos la misma clave es compartida en origen y destino, y en los asimétricos existen dos claves complementarias, una

(3) Para la explicación técnica entre otros materiales, he utilizado la presentación elaborada en el entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología, en concreto, por el Subdirector General de Servicios de la Sociedad de la Información, Salvador Soriano Maldonado.

de ellas privada, en poder del emisor, y otra pública en poder de uno o varios receptores. Está claro que el sistema más seguro es el asimétrico, al existir dos claves complementarias que evitan en gran medida la ruptura de una de ellas, y que garantizan, al ser complementarias, la seguridad del sistema.

En este sistema criptográfico de carácter asimétrico o de clave pública, en el punto de origen de emisión del mensaje, se aplica la clave privada utilizando un algoritmo criptográfico sobre unos datos a transmitir.

En destino, cuando se recibe el mensaje, el receptor que tiene en su poder la clave pública correspondiente que le ha proporcionado el emisor puede proceder a la correcta desencriptación de los datos transmitidos; de igual manera el procedimiento puede ocurrir en sentido inverso.

Las claves siempre funcionan de forma complementaria pública-privada. Si el emisor encripta datos con la clave privada, solo podrán desencriptarse por el otro poseedor de la clave pública. Si el destinatario encripta datos con la clave pública no podrán leerlos otros poseedores de la clave pública, sino únicamente el poseedor de la clave privada. Por lo tanto las dos claves están matemáticamente relacionadas entre sí y con el estado de la técnica es imposible obtener una a partir de la otra. Existe una complementariedad única de las claves privada y pública asimétricas, teniendo en cuenta que la clave privada está bajo el exclusivo control del emisor y nunca bajo otra persona.

Estas son las bases técnicas de la firma electrónica avanzada, en la que existe también la denominada función hash o huella digital de un documento que no es nada más que la aplicación de la transformación matemática sobre un documento, dando como resultado una cadena de bits de tamaño predeterminado denominada hash, o huella digital, que es representativa de cada documento, que es de tamaño constante y habitualmente menor que el documento original, y que no es reconstruible el documento original a partir de ella.

El proceso sería el siguiente: se aplica una función hash sobre el documento que se quiere enviar y se extrae su huella digital. A continuación se encripta la huella digital extraída aplicando la clave privada del firmante, denominada datos de creación de firma, mediante un sistema informático denominado dispositivo de creación de firma. A continuación se remite el documento (en claro), junto

con la huella digital encriptada y la clave pública del firmante. Cada firma electrónica generada depende por tanto del documento firmado (de su hash) y no coincidirá con otra firma electrónica efectuada por el mismo firmante sobre otro documento.

Para verificar esta firma electrónica en destino, es decir, cuando recibe el receptor el documento se extrae la huella digital del documento recibido (aplicando la misma función hash que en origen) y posteriormente se compara con la huella digital recibida que debe ser desencriptada con la clave pública del firmante (utilizando el mismo algoritmo aplicado para encriptar). Si coinciden la huella extraída localmente con la recibida desencriptada, entonces la verificación es correcta y se asegura la integridad de la información. Otra cuestión esencial es la vinculación del firmante a través de la complementariedad de las claves privada y pública.

Como proceso final desde el punto de vista conceptual se dice que la firma digital o firma electrónica numérica cumple en relación con los documentos electrónicos, las dos principales funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, a saber, permite identificar al autor del escrito (autenticación) y constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma (integridad). Una de las memorias justificativas de algún borrador de anteproyecto de ley sobre firma electrónica establecía que: "En realidad, la firma digital no identifica por sí sola al autor de un escrito, ya que solo confirma que a la clave privada utilizada para firmar el mensaje le corresponde la clave pública que permite descifrarlo, sino mediante el complemento de un certificado electrónico, que constata que la clave pública del firmante pertenece a quien dice haberlo hecho. Este certificado es emitido por un tercero digno de confianza, denominado en el argot, "entidad de certificación", en el que descansa, en gran medida, la fiabilidad del sistema de autenticación mediante firma electrónica, al tener la misión de comprobar la identidad del signatario, antes de expedir un certificado".

No obstante volvemos a repetir la idea sobre la que hemos dado vueltas al decir que con este sistema, incluso con la firma electrónica reconocida, la de mayor calidad, se puede garantizar que el mensaje no se intercepte, no haya alteración, evitar el repudio, pero la autenticación que llaman algunos, término en mi opinión no utilizado con una gran corrección jurídica, no queda garantizada al cien por cien.

Volvemos a insistir en la escindibilidad de la firma electrónica, en este caso de la digital, ya que no hay una conexión directa, a diferencia de lo que ocurre en la manuscrita, entre el sujeto, a través de su brazo, y el papel. Para poder firmar electrónicamente, es necesario tener una clave o pin de acceso, ya que sería imposible conocer la clave privada. Este pin de acceso, puede ser utilizado por otra persona y firmar el documento electrónico.

Con la firma electrónica reconocida, no se detecta ninguna alteración en el mecanismo, todo el proceso se ha desarrollado perfectamente, pero en cambio el titular de la firma no ha sido quien ha firmado. Esta utilización por un tercero puede provenir de diversas causas, bien voluntariamente el titular le ha dado el pin de acceso, o bien ha sido extraviado, o bien ha sido sustraído o bien observado y copiado por ese tercero.

Cuando en la firma manuscrita hay una falsificación, la persona a la que se le imputa dicha firma puede oponerse por tacha de falsedad, y a través de un procedimiento de peritaje caligráfico puede determinarse o no si ha sido su autor. En cambio en el proceso de esta firma digital no se detecta si ha sido utilizada la firma por su titular o por un tercero. Por ello hay que ser más humilde y prudente, cuando se dice de manera grandilocuente que este tipo de firma garantiza la identidad del firmante.

En relación con el sentido, naturaleza y efectos de la firma electrónica, Bonardell de manera acertada, sistemática y muy pedagógica analiza en profundidad esta cuestión. Así ha indicado (4)

"... Sentado lo anterior, la similitud funcional argumentada entre la firma autógrafa y la firma digital no cabe entenderla como una identidad odontológica entre ambas (...) considero que la separan tres notas diferenciales transcendentes. La primera de ellas, es la necesidad de un acto relevante de asunción de la firma digital como mecanismo de suscripción de declaraciones de voluntad. Por su propia naturaleza no es necesaria una manifestación específica para adjudicar a nuestra firma autógrafa la virtualidad de representar nuestro consentimiento a un texto escrito precedente. Sin

(4) Bonardell Lenzano, Rafael: "La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos", Notariado y contratación electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.

embargo, la firma electrónica sí precisa de un acto de asunción por el sujeto que pretenda utilizarla en el futuro, ya sea en el momento de concluir el convenio de cobertura con la contraparte con la que proyecte contratar electrónicamente en el futuro, o en el de prestar el consentimiento a la emisión del correspondiente certificado por la entidad de certificación, declaración por virtud de la cual aquél confirma y asume su contenido y significado, así como las consecuencias que de ello puedan derivarse, fundamentalmente la imputación a su esfera jurídica de los compromisos adquiridos mediante la utilización de la clave privada. La segunda nota distintiva se encuentra en la escindibilidad de la persona que la posee. Mientras la firma manuscrita está indisolublemente unida a un sujeto, la firma electrónica resulta perfectamente separable de su titular, de manera que la apropiación por otro del mecanismo de creación de firma (clave privada), permite la suplantación de aquél sin rastro alguno. De ahí que resulte inexcusable el establecimiento de procedimientos de revocación y suspensión cuando el mecanismo privado de firma haya resultado comprometido o haya pasado a poder de un tercero (...) La tercera y última nota distintiva a que quiero aludir es la temporalidad. A diferencia de las características de la grafía que acompañan al individuo durante toda su vida, la firma electrónica tiene una vigencia cronológica limitada, consecuencia de la escindibilidad entre sujeto y clave privada de firma (...) Como consideración (...) creo necesario destacar que el mecanismo objeto de análisis no es propiamente una firma en el sentido que lo es la autógrafa, sino un procedimiento generador de una apariencia jurídica (la propia firma electrónica) a la que se asocian unos efectos parcialmente semejantes a los de aquella. Esa apariencia determina el nacimiento de unas determinadas responsabilidades a cargo de los diferentes sujetos intervinientes en el sujeto, responsabilidades que se concretan en la vinculación del titular de la firma electrónica por los actos de utilización de la misma, siempre que haya sido voluntariamente asumida por él, y en la indemnización de daños y perjuicios por parte del prestador de servicios de certificación por el funcionamiento anormal del sistema...»

Otra cosa será la asunción o no de responsabilidades por parte del titular de la firma, que por su falta de diligencia en todos los sentidos deba asumir las consecuencias de la utilización de la firma por un tercero.

Esa es otra cuestión, solucionada de diversa manera y, creo que de una forma muy adecuada como tendremos ocasión de analizar en la Ley de firma electrónica alemana. Pero en sentido estricto si una de las partes contratantes, no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, no podremos decir que ha prestado su consentimiento en el contrato; podremos decir cualquier otra cosa, que asuma las obligaciones derivadas del mismo, que existe un principio general en la firma electrónica sobre asunción de lo que se firma, y un largo etcétera, pero nunca que efectivamente ha prestado el consentimiento.

En cuanto a la firma electrónica reconocida, ya hemos visto la definición de este artículo 3 en su párrafo 3, y que es la de más alta calidad y seguridad ya que además de ser avanzada está basada en un certificado reconocido, llamado así por la información que debe contener el mismo, así como los requisitos mínimos que debe cumplir el prestador de servicios que lo expida, y además generada por un dispositivo seguro de creación de firma. Terminología esta que iremos clarificando al analizar el propio texto de la Ley de firma electrónica.

Un principio enunciado en este artículo 3 es el de la denominada equivalencia funcional (apartado 4), de la misma manera que aparecía en el Real Decreto Ley de firma electrónica y en la propia Directiva de firma electrónica.

Es decir que la firma electrónica reconocida, y solo ésta, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. Se denomina equivalencia funcional, para dejar bien claro que aunque se produzcan los mismos efectos jurídicos, de otro lado, no tienen nada que ver conceptualmente la firma electrónica y la firma manuscrita.

Por otra parte, y también siguiendo las directrices de la propia Directiva de firma electrónica, se impone el que no se le van a negar efectos jurídicos a una firma electrónica que no sea firma electrónica reconocida, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica,(apartado 9) pero no cabe la menor duda que a ese otro tipo de firmas electrónicas no se les aplica el principio de equivalencia funcional en cuanto al mismo valor que la firma manuscrita, será en mi opinión una cuestión de valoración procesal.

Una novedad importante es que en esta ley de firma electrónica, en el artículo 3 se define y regula el documento elec-

trónico, cosa que no había ocurrido en el Real Decreto Ley de firma electrónica, *y que en principio y a primera vista podría parecer que no es necesario, ni conceptualmente, ni menos aún por la ubicación. Con carácter general no se había definido el documento electrónico en una norma fundamental con rango de ley, aunque se podía deducir de diversas disposiciones normativas.*

En cambio, sí se había definido y regulado el documento público notarial electrónico gracias a la ya tan citada, en virtud de la cual se adiciona un nuevo artículo 17 bis) a la Ley Orgánica del Notariado de 1862.

La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, fue modificada por la ya citada Ley 24/2001, introduciendo un nuevo art 17bis, *estableciendo el concepto de documento público notarial electrónico, para dejar bien aclarado que el documento público notarial debe reunir las características esenciales de la autorización por el notario, cualquiera que sea su soporte, es decir tanto en el soporte papel como en el electrónico, y que por estar en este soporte electrónico, no perderán su carácter de instrumentos públicos. Por ello, con independencia del soporte en que se realice, el notario dará fe de la identidad de los otorgantes, del juicio de capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, gozando estos documentos de fe publica, y presumiendose su contenido veraz e integro."*

El Artículo 26 regula los requisitos de las firmas electrónicas avanzadas al exigir que deben estar vinculadas al firmante, que permitan la identificación del mismo, haber sido creada utilizando datos de creación de la firma que el firmante pueda utilizar con un alto nivel de confianza bajo su exclusivo control y estar vinculada con los datos firmados por la misma de tal manera que cualquier modificación pueda ser detectable.

También se hace en el Artículo 27 una especial consideración para las firmas electrónicas de los servicios públicos, estableciendo la necesidad del reconocimiento por los Estados Miembros de firmas electrónicas avanzadas, y de las firmas electrónicas cualificadas, facilitando de nuevo la interoperabilidad, que es uno de los fundamentos esenciales del Reglamento, teniendo como punto esencial que en ningún caso cualquier organismo del sector público que utilice

una firma electrónica puede el Estado miembro exigir que el nivel de garantía sea superior al de una firma electrónica cualificada.

Esta materia estaba antes regulada en el art. 3 de la Directiva de firma apartado 7, y hoy en el Art 4 de la ley 59/2003 de 19 de diciembre. En esos textos se indicaba que en las Administraciones Públicas se podían poner condiciones adicionales, pero nunca en contra de los principios de transparencia y proporcionalidad entre otras circunstancias.

El Artículo 28 regula los certificados cualificados de firma electrónica remitiéndose al anexo primero en cuanto a los requisitos, certificados que son los de más alta calidad para la propia firma electrónica con los mayores criterios de seguridad estableciéndose los atributos que debe tener el certificado, la firma electrónica avanzada y entre otros los datos relativos al inicio y final del período de validez del certificado.

Así mismo los artículos 29 y 30 regulan los requisitos de los dispositivos cualificados de creación de firma electrónica remitiéndose al anexo II del Reglamento y la certificación de los dispositivos cualificados de creación de firma electrónica, con la importante conexión de la publicación de una lista de dispositivos cualificados de creación de firmas electrónicas certificadas.

También es esencial la validación de las firmas electrónicas cualificadas, ya que es el proceso en virtud del cual se confirma la validez de una firma electrónica cualificada, regulado ello en el Artículo 32, y estableciéndose un procedimiento o un sistema que debe ofrecer a la parte usuaria el resultado correcto del proceso de validación.

El Artículo 33 prevé que sólo podrá prestar un servicio de validación cualificado de firma electrónica cualificada el prestador cualificado de servicios de confianza, siempre que realice la validación conforme al Artículo 32 del Reglamento, y sobretodo y especialmente que permita que las partes usuarias reciban el resultado del proceso de validación de una manera automatizada que sea fiable y eficiente.

3. El sello electrónico. La firma de las personas jurídicas. (Artículos 35 a 40 del RIE).

Desde hace tiempo defendí que la firma electrónica debería de seguir los mismos parámetros que la firma manuscrita en lo refe-

rente a la representación de la firma por una tercera persona tanto representantes de personas físicas como representantes de personas jurídicas legales o voluntarios. Aquella lucha intelectual que mantuve y de la que nuestra ley de firma electrónica se saltó en nuestra opinión sin permitirlo la directiva de firma electrónica, ahora queda consagrada de manera absoluta y total en este Reglamento, ya que cuando habla de sello electrónico está haciendo referencia a la firma de las personas jurídicas, lo que ocurre es que tras esa firma siempre existe un responsable, se quiera mirar de una o de otra manera en cualquier tipo de contratación ya sea la automática o no automática.

Por ello estos artículos que hemos indicado anteriormente son un fiel reflejo de los que indiqué antes en relación a la firma electrónica, ya que se habla de los efectos jurídicos del sello electrónico, los requisitos, los sellos electrónicos en servicios públicos, etc.

En su momento deje bien clara cual era mi posición sobre la firma de las personas jurídicas, haciendo un estudio de las mismas, y del iter legislativo que quedo plasmado en nuestra Ley de firma electrónica. En este sentido indicaba (5):

"Una de las cuestiones más debatidas tanto en el proceso de elaboración en el anteproyecto de ley como en el mundo doctrinal es la de la posibilidad o no de los denominados certificados electrónicos de personas jurídicas, es decir la firma electrónica de personas jurídicas, que es distinto a la firma electrónica para las personas jurídicas.

A los efectos de dejar bien clara mi opinión, y para evitar cualquier ambigüedad, he de decir que la oposición del Ministerio de Justicia, y en especial de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue total, hasta el momento en que fue necesario, a los efectos de desbloquear el texto, intentar llegar a un acuerdo, que si no recuerdo mal, el Anteproyecto de Ley que llegó al Consejo de Ministros, así como el Proyecto de Ley remitido al Congreso, no sufrió alteración hasta su aprobación final.

(5) García Más, Francisco Javier: "Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Revista Jurídica del Notariado, núm. 51, 2004, pp. 117-154.

Como punto de partida he de indicar que cuando en un sistema jurídico, las instituciones jurídicas, están acuñadas, asentadas y funcionan, el hacer experimentos con gaseosa, puede provocar al menos una distorsión total y a la larga una desconfianza en las instituciones y en el principio de seguridad jurídica.

Como se puede imaginar, en el texto de anteriores borradores, cuando se introdujo la firma de las personas jurídicas era completamente abierto en todo caso y circunstancia aduciéndose necesidades y demandas del sector. Como he dicho, la posición del Ministerio de Justicia fue muy importante en todo momento. Sinceramente no había argumentos sólidos para defender estos certificados de personas jurídicas. El sistema de representación en derecho español de las personas físicas y jurídicas estaba claro en cuanto a su contenido y en cuanto a sus efectos en el tráfico jurídico civil y mercantil.

Como punto de partida la tan citada Directiva de firma electrónica, considero que no prevé esta posibilidad ya que en su artículo 2, define al firmante como la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o el de la entidad, persona física o jurídica a la que representa. La dicción del texto me parece lo suficientemente clara, e incluso así al hacer la transposición se define en el artículo 6 apartado 2 de la Ley de firma electrónica. Se aducía como tesis opuesta, que la definición de la Directiva era lo suficientemente amplia y que además el propio Real Decreto Ley de firma electrónica en su artículo 5 apartado 3 preveía en el campo del cumplimiento de las obligaciones tributarias, y en concreto respecto de la gestión de los tributos, la posibilidad de que el signatario sea una persona física o una persona jurídica. En efecto, la citada norma contiene esa especificación para el campo tributario, en mi opinión en contra de la Directiva, pero al menos restringida al campo tributario; ahora en cambio se quería extender a todo. En mi opinión, aunque no sea muy jurídico el argumento, creo que se planteaba un grave problema a la administración tributaria, que había expedido ya cientos de certificados y como es lógico quería que la nueva ley confirmase este hecho, pero ampliándolo aún más.

Una de las posibles soluciones, hubiera sido en una disposición adicional, el permitir esta firma de personas jurídicas sólo y exclusivamente para el campo tributario.

Uno de los argumentos a favor que se daba en el grupo de trabajo era que la realidad mostraba ciertamente esta necesidad,

poniéndose varias veces ejemplos de grandes superficies, donde los vendedores no son representantes orgánicos o voluntarios de una persona jurídica, o los argumentos de la contratación con máquinas y con dispositivos automáticos.

A los efectos de llegar a un mínimo consenso posible, y vista la imposibilidad de eliminar esta firma de las personas jurídicas se propuso por el Ministerio de Justicia, DGRN, acotar en sus justos límites esa utilización de la firma de las personas jurídicas en base a las explicaciones que se nos daban.

De un lado excluir de este mecanismo a los supuestos de la representación orgánica y voluntaria, sometiendo a sus propias reglas el sistema utilizado en el tráfico jurídico mercantil. Ello significa que un administrador único por ejemplo, de una sociedad limitada, solicita un certificado electrónico para una persona jurídica, y lo solicita en nombre y representación de la persona jurídica. Una vez obtenido ese certificado, el firmante es la persona física que actúa como administrador único en nombre y representación de esa sociedad limitada, y en el certificado electrónico que se expide aparecerá ese atributo, fulanito de tal como administrador único, en nombre y representación de la sociedad limitada x. Lo mismo si se trata de un representante voluntario, es decir, un apoderado de la sociedad. Con ello se conserva todo el sistema jurídico, en cuanto a representación societaria, responsabilidad de los administradores, y un largo etcétera. De otra manera sería volver o querer inventar algo que está inventado, creando figuras sustitutorias que lo único que hacen es oscurecer y crear inseguridad jurídica allí donde la había.

Creo que esta cuestión al final quedó aceptablemente reseñada en el artículo 7, párrafo 1.º apartado 2.º, cuando establece que "los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica.

De otro lado había que establecer unos límites al campo de aplicación de estos certificados, y se ofreció la posibilidad de hacer constatar en el texto la figura del factor, conocido desde tiempo inmemorial en el Código de Comercio, por considerar que estos eran los supuestos a los que se referían los que indicaban la necesidad imperiosa de regular los certificados de personas jurídicas. Así mismo para salvar todo el tema tributario, había que hacer una mención específica al mismo. Por ello se propuso la siguiente redacción que

fue incorporada en alguno de los textos, y que luego desapareció "El usuario o factor de la firma electrónica de persona jurídica podrá utilizar ésta en aquellas relaciones jurídicas contractuales que sean propias de las cosas concernientes al establecimiento fabril o mercantil donde presta sus servicios, pudiendo la persona jurídica limitarle la utilización de su firma a determinado tipo de actos o negocios jurídicos, sea por razón de cuantía o de materia, en cuyo caso deberá incorporarse tal limitación al certificado de firma digital como atributo de éste.

El resultado más o menos acertado fue el apartado 3 del artículo 7, cuando establece que: "Los datos de creación de firma solo podrán ser utilizados cuando se admita en las relaciones que mantenga la persona jurídica con las administraciones públicas o en la contratación de bienes o servicios que sean propios o concernientes a su giro o tráfico ordinario..."

En este sentido y a los efectos de clarificar esta circunstancia, en la propia exposición de motivos se indica que "...de cara a terceros limita el uso de estos certificados a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad... Se trata de conjugar el dinamismo que debe presidir el uso de estos certificados en el tráfico con las necesarias dosis de prudencia y seguridad... El equilibrio entre uno y otro principio se ha establecido sobre las cosas y servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la empresa de modo paralelo a como nuestro más que centenario Código de Comercio regula la vinculación frente a terceros de los actos de comercio realizados por el factor del establecimiento. Con la expresión giro o tráfico ordinario de una entidad se actualiza a un vocabulario más acorde con nuestros días lo que en la legislación mercantil española se denomina establecimiento fabril o mercantil. Con ello se comprenden las transacciones efectuadas mediata o inmediatamente para la realización del núcleo de actividad de la entidad y las actividades de gestión o administrativas necesarias para el desarrollo de la misma, como la contratación de suministros tangibles e intangibles o de servicios auxiliares".

En definitiva el intento, era el de reconducir esta materia a la figura del factor, y ello se ha plasmado con mayor o menor acierto, para ello podemos acudir a los artículos 286, 291, 294, 297 del Código de Comercio.

Como indicábamos al comienzo de este epígrafe al forzar la existencia de la firma de las personas jurídicas, hubo que establecer un mecanismo, de control de esas firmas y así en el apartado 2 se habla de la custodia de los datos de creación de firma, será responsabilidad de la persona física solicitante, cuya identificación se incluirá en el certificado electrónico. El solicitante conforme al apartado 1, párrafo 1.º de este artículo, podrán ser los administradores de las personas jurídicas, representantes legales y voluntarios con poder bastante. En definitiva se busca un esquema parecido, a lo que hubiera pasado en condiciones normales, sin necesidad de hacer el invento de la firma de la persona jurídica.

En el Derecho Comparado hay ejemplos muy significativos, en la mayoría de los países de nuestro entorna en donde sólo se admite la firma de las personas físicas, entre otros en países como Alemania y Austria.

Desde otro punto de vista establecer lo contrario supone una ficción tan clara que supone, la necesidad de hacer un mecanismo complicado y estéril para llegar a admitir la figura, como aparte de realizar la solicitud por el representante, además el realizar un segundo documento de aceptación, expedido por el órgano de administración, e incluso una regla de presunción de asignar esa firma de la persona jurídica a quién en cada caso ostente su representación orgánica o legal. Como se puede apreciar es querer inventar algo, pero más complicado, para no conseguir nada especial, y encima alterando todo un sistema compacto existente en la actualidad.

En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de mayo de 2003, también estudia los certificados electrónicos de las personas jurídicas, reconociéndose por el propio Consejo de Estado, que éste había sido uno de los aspectos más polémicos en la tramitación del anteproyecto, teniendo en cuenta que fue el Ministerio de Justicia, y dentro de él, la Dirección General de los Registros y del Notariado quienes con insistencia, a través de múltiples informes, discutieron desde un primer momento la existencia de los certificados electrónicos de personas públicas. En este sentido, es bastante esclarecedor el citado Dictamen, ya que al describir la regulación propuesta en el anteproyecto, dice que ésta suscita algunas dudas y reparos, y así indica que: "En primer lugar, dicha regulación se aviene mal con el criterio inspirador de la norma plasmado en el artículo 1.2, a tenor del cual las disposiciones de la Ley no alteran las

normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten. En relación con los certificados electrónicos de las personas jurídicas, dicho criterio se hace patente en el apartado 1.º del artículo 7, que establece que dichos certificados no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica. Y se dice que la regulación proyectada se aviene mal con tal principio, por cuanto la atribución de la condición de firmante a la persona jurídica implica imputarle directamente a ella, y no a través de su representante, la declaración de voluntad que la firma electrónica reconocida plasmada en un documento supone. En el mismo sentido, no cabe ignorar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, dicha firma electrónica reconocida tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, firma de la que, como es obvio, carecen las personas jurídicas. Y cabe agregar a lo anterior que no se advierten las ventajas que supondrá el certificado electrónico de las personas jurídicas y la atribución a estas de la condición de firmantes respecto a la emisión de un certificado electrónico a favor de su representante o administrador, certificado en el que se puede dejar constancia de la propia relación de representación –en los términos ya previstos en el artículo 11.4–. En este último caso, la imputación de los efectos de la firma electrónica a la persona jurídica se haría a través de los cauces ordinarios de la teoría de la representación, sin necesidad de artificios tales como la atribución de la condición de firmante a la persona jurídica y sin forzar las categorías del Derecho Civil y Mercantil. En última instancia, la finalidad a que se alude en la exposición de motivos, consistente en integrar a estas entidades en el tráfico telemático puede conseguirse sin necesidad de considerar a la persona jurídica como firmante. Por ello, estima el Consejo de Estado que debiera reconsiderarse la conveniencia de mantener, en los actuales términos, la regulación proyectada. En este sentido, bastaría, además de otros ajustes a lo largo de la redacción del texto, con establecer de forma clara que en tales certificados, es el solicitante –y no la persona jurídica– la que asume la condición de firmante, y que la traslación de los efectos de la firma a la persona jurídica se producen de conformidad con los principios generales de la teoría de la representación".

Una cuestión que en mi opinión se ha resuelto de una manera poco clara y segura es el de la responsabilidad frente a los terceros en el caso de la utilización de la firma de las personas jurídicas. En el campo del comercio electrónico, el conjunto de normas que varíen el sistema aplicable en soporte papel, deben tender a incrementar la seguridad jurídica, por los propios efectos que el uso de las nuevas tecnologías produce. En efecto se dice en este artículo 7.º que la persona jurídica podrá imponer límites adicionales, por razón de la cuantía o de la materia, para el uso de la firma, y que deberán figurar en el certificado, y que si la firma se utiliza transgrediendo los límites, la persona jurídica quedará vinculada frente a terceros, solo si los asume como propios, o se hubiesen celebrado en su interés; en caso contrario, sigue diciendo el precepto, los efectos de dichos actos recaerán sobre la persona física responsable de la custodia, quien podrá repetir contra quien los hubiera utilizado.

Cuando el apartado 4.º habla de actos o contratos realizados dentro de los límites, creo que debe constreñirse únicamente a límites que se hayan puesto con carácter adicional, por razón de la materia o de la cuantía, pero no cuando sea en la contratación de bienes o servicios propios o concernientes al giro o tráfico ordinario, porque ahí y por razones de seguridad, y del sistema de representación notoria, la persona jurídica debe quedar obligada, con independencia de que esta ejercite una acción de repetición, frente al custodio de los datos de creación de firma. En este sentido el artículo 286 del Código de Comercio es claro al establecer que: los contratos celebrados por el factor de un establecimiento comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aún cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue dicho abuso de confianza, trasgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aún siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que este aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

Esta cuestión es esencial como indicamos anteriormente, ya que si en el mundo del soporte papel, la relación de confianza de los terceros debe ser total, más aún en otro tipo de soporte; si esto no

es así la inseguridad será total, y además habremos cambiado el régimen general de responsabilidad establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello en el informe del Ministerio de Justicia de 15 de abril de 2003, se decía que para aclarar totalmente la cuestión y conseguir una auténtica seguridad se debería introducir el siguiente párrafo: "en lo relativo a la responsabilidad por el indebido uso de la firma electrónica se estará a lo dispuesto en la legislación mercantil general".

Los apartados 5 y 6 de este artículo 7 hacen dos especificaciones, una relativa, y es lógica, a los certificados maestros, que son los que expide el propio prestador de servicios y que sirven para verificar la firma electrónica de éste, que utiliza para expedir los certificados electrónicos. En este caso no se plantea ningún problema desde el punto de vista de la representación, y de su eficacia frente a terceros.

Por otro lado hay una remisión a la normativa específica de los certificados de este tipo que se expidan a favor de las Administraciones Públicas.

En conexión con los certificados de personas jurídicas se encuentra la disposición adicional tercera que rizando el rizo de lo imposible, habla de la expedición de certificados electrónicos a entidades sin personalidad jurídica, para el cumplimiento de obligaciones tributarias, a los efectos del artículo 33 de la Ley General Tributaria, y en los términos que establezca el Ministerio de Hacienda. Poco comentario puedo hacer con respecto a esta disposición, ya que sabemos que entre otras, a las comunidades de bienes se les da un número de identificación fiscal, y no tienen personalidad jurídica, pero aquí se da un salto mas en el vacío expidiendo certificados de firma electrónica a favor de entidades sin personalidad jurídica, pero curiosamente pueden firmar. No se indica el mecanismo en cuanto a su solicitud y otros requisitos, aunque pueden ser imaginables."

3. Sellos de tiempo electrónicos. (Time stamping)

El ya citado Art. 3 del RIE define el sello de de tiempo electrónico como los datos en formato electrónico que vinculan otros datos en formato electrónico con un instante concreto, aportando la prueba de que estos últimos datos existían en ese instante.

La sección Sexta de manera novedosa en cuanto a regularlo contempla los Artículos 41 y 42 lo que denominamos el sello de tiempo electrónico, estableciendo los efectos jurídicos de los mismos en manera similar al Artículo 25 cuando hablamos de los efectos jurídicos de las firmas electrónicas, en el Artículo 41, y en el Artículo 42 los requisitos de los sellos cualificados de tiempo electrónico, especialmente en este caso deberá vincular la fecha y hora con los datos de forma que se elimine razonablemente la posibilidad de modificar los datos sin que se detecte, basándose en una fuente de información temporal vinculada al tiempo universal coordinado y haber sido firmada mediante una firma electrónica avanzada o sellada con un sello electrónico avanzado del prestador cualificado.

4. Servicios de entrega electrónica

El Art. 3 define el servicio de entrega electrónica certificada, como un servicio que permite trasmitir datos entre partes terceras por medios electrónicos y aporta pruebas relacionadas con la gestión de los datos permitidos, incluida la prueba del envío y la recepción de los datos.

La sección séptima regula en los Artículos 43 y 44 los servicios de entrega electrónica certificada, cuestión esta novedosa en relación con los anteriores textos normativos. En este sentido el Artículo 43 establece los efectos jurídicos estableciendo que no se le denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, indicando en el apartado dos que los datos enviados y recibidos mediante un servicio cualificado de entrega electrónica certificada disfrutarán de la presunción de la integridad de los datos, el envío de dichos datos por el remitente identificado, la recepción por el destinatario identificado y la exactitud de la fecha y hora de envío y recepción de los datos que indica el servicio cualificado de entrega electrónica certificada.

Este Artículo 43 debe ser analizado en sus justos límites porque no altera en absoluto los principios de la forma, validez, celebración de los contratos, y muy específicamente a la función pública (entre otras la notarial) sobre el contenido, eficacia y la fehaciencia del documento, de su envío

Por ello ya tratamos en su momento este tema íntimamente re-

lacionado con los que denominábamos terceros de confianza, y así indicábamos. (6)

"*Una de las cuestiones que siempre me han preocupado en la materia del comercio electrónico en general, es la incardinación y adaptación a nuestro sistema jurídico de la figura del tercero de confianza, y sobre todo la errónea interpretación que a veces se le ha querido dar, sobre todo porque se quiere importar una figura creada fundamentalmente en el derecho anglosajón, o el derecho americano, que es donde surge la esencia del comercio electrónico. Se crea esa figura en estos sistemas porque desconocen la existencia de otras figuras en el derecho continental romano latino, que ya están inventadas hace mucho tiempo, y esa necesidad surge porque es necesario establecer algún mecanismo de control y de seguridad en el comercio y en la contratación electrónica. Más aún, mi preocupación ha sido la de querer confundir, o mejor dicho equiparar o dotar de especiales efectos a esa intervención del denominado tercero de confianza, con la de determinados funcionarios públicos que por ley tienen encomendadas determinadas funciones, y que con su intervención y autorización el ordenamiento dota de especiales efectos a las mismas como en el caso de los notarios.*

Para poder dar una contestación adecuada, a la hora de establecer la necesidad o no de la inclusión de la figura de los terceros confiables o los Trusted Third Party, es necesario analizar el marco jurídico en el que surge el comercio electrónico, así como los mecanismos e instrumentos utilizados en determinados países, con sistemas jurídicos muy diferentes de los existentes en los países de sistemas latinos-romanos continentales. El comercio electrónico surge en Estados Unidos, y es por ello que desde un primer momento se establecen las primeras leyes sobre el comercio electrónico en varios estados. En este sistema el documento informativo ideado, como se ha indicado, no puede funcionar por sí mismo de manera autónoma y necesita de organismos en los que apoyarse y así surgió

(6) García Más, Francisco Javier (2005): ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: EL COMERCIO ELECTRÓNICO, UN RETO DE PRESENTE Y DE FUTURO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. *Revista Jurídica del Notariado*, (55) 73-120.

la Asociación Norteamericana de Abogados, el llamado Proyecto Cyber Notario, resultando necesario en todo el esquema un tercero de confianza de las partes (Trusted Third Party, TTP), tercero en cuanto a las partes y también respecto del proveedor del servicio. Pero en algún punto más que de un tercero se le llama y denomina Autoridad de Certificación, con la misión de emitir certificaciones de distinto contenido y amplitud, incluso a veces se ha pretendido la extensión del certificado a datos de relevancia económica, como pueda ser la información sobre la solvencia de las partes o de alguna de ellas.

Esa Autoridad de Certificación debe tener un encaje en el sistema y así los americanos y en especial la ABA, la American Bar Associatión, se dieron enseguida cuenta de la insuficiencia de sus mal llamados Notarios, para llenar este cometido; en Norteamérica no existe un sistema notarial, sino un sistema documental, de documento privado, al que puede o debe añadirse una diligencia de reconocimiento, por el que la persona que ha firmado un documento declara ante un oficial autorizado que la firma es suya y que lo ha firmado libremente; éste oficial autorizado, generalmente un Notary Public, identifica al reconocedor y firma y sella la diligencia; solo se exigen dos requisitos: honorabilidad y no saber derecho. Por ello y debido a las propias insuficiencias del sistema jurídico norteamericano, la citada ABA, inició un proyecto conocido como Cyber Notario, queriendo introducir en Estados Unidos la figura de un profesional, que por un lado, estuviese dotado del poder de certificación que en la actualidad por parte de cada estado se otorga al Public Notary, y por el otro, estuviese dotado de la cultura jurídica propia de un abogado que ha aprobado los exámenes de admisión y que además realizara los cursos de actualización. Tanto es así, que en la propia ABA, se creó una nueva sección y especialidad, la del Cybernotary y, surgiendo y desarrollándose esta idea en los diversos estados de Norteamérica, incluso cuando no ha habido legislación al respecto, se ha acudido al propio acuerdo de las partes; aunque esta idea fue complicándose, ya que este sujeto para ser de la confianza del usuario tiene que ser elegido libremente por éste. Y tarde o temprano tendrá que conexionarse con otras autoridades de certificación a fin de expedir certificaciones cruzadas hasta llegar a certificación en cadena.

En definitiva, cuando se habla de este tercero de confianza en el sistema notarial latino, debe llegarse a la conclusión de que ese ter-

cero de confianza entre las partes contratantes, sobre todo a la hora de dar seguridad jurídica a la contratación electrónica de carácter privado, pues la de carácter público exige la intervención de un notario conforme a nuestra legislación notarial, civil etc., requiere una contestación adecuada dentro de nuestro marco.

En el sistema español y en general en el latino-romano continental, la figura esta inventada y tiene su regulación en la Ley del Notariado, en el Reglamento Notarial, en el Código Civil y en las Leyes Especiales, que regulan la material. El fedatario público, sometido como funcionario, y también como profesional a una responsabilidad civil, penal y administrativa. Asimismo se regulan en la legislación española, las características de esa función de la fe pública, las características de las declaraciones y juicios vertidos por el Notario, con el sistema de presunciones, así como la eficacia de la fecha, de los documentos, bien autorizados por él en su total contenido o bien protocolizados e incorporados al protocolo público, con la fehaciencia de la fecha, como establecen los artículos 1.216 y siguientes y 1.225 y siguientes del Código Civil. El sistema esta pues inventado, y si se quiere inventar un sistema diferente, habría que hacer una nueva Ley del Notario Cibernético, copiando el sistema norteamericano, que como no tenía otra cosa, tuvo que inventar esa figura, pero en nuestro caso parecería absurdo y poco presentable políticamente el esforzarse en hacer una nueva ley creando una nueva figura, a la que se otorgaran determinadas facultades, haciendo y produciendo efectos los documentos en los que interviniera de una o de otra manera. Ello parece ciertamente poco presentable e inadecuado.

El Notario, fedatario público, ha cumplido en el documento privado esas funciones que ahora se quieren dar para los llamados terceros de confianza, a través de la protocolización del documento privado, y debido a que las firmas electrónicas no ofrecen total garantía en el tiempo, por la, entre otras, ruptura de claves, no sería mala idea el que una vez que se realizara el contrato privado en su soporte informático, se llevara al fedatario público, para que lo trasladara al papel y lo incorporara a un protocolo En ese momento, se constataría que se ha recibido en una determinada fecha a tal hora, que se han comprobado las firmas electrónicas de los contratantes, y que una vez realizado esto como se ha indicado a parte de poder existir un protocolo o archivo informático, también el pasarlo a so-

porte papel por razón de la seguridad. Por supuesto estaría incluido el servicio del Time Stamping. Servicio éste que han prestado los fedatarios públicos desde sus orígenes en la contratación en soporte papel.

Una solución al tema la tenemos también desde el punto de vista legislativo en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en concreto en el artículo 114.2, donde tiene perfecto encuadramiento lo que se ha comentado anteriormente, en el sentido de las comunicaciones electrónicas recibidas y las que se envíen a través de notario, pudiendo ser almacenadas en soporte informático.

Por todo ello debe recapacitarse seriamente y en profundidad, sobre lo que queremos importar, cuando lo que importamos es de peor calidad, y sobre todo cuando lo importado es una invención de sistemas jurídicos como el norteamericano o anglosajón en general, que no poseen el sistema jurídico español romano-continental, con la existencia de los fedatarios públicos, con el papel asignado por el Estado, y con el reconocimiento y eficacia de sus intervenciones, así como todo el sistema de responsabilidades civiles, penales y administrativas. Otra cuestión y eso es también tema de estudio y reflexión, es el adaptar la legislación sectorial sobre esta materia, aplicando las nuevas tecnologías.

Esta preocupación fue transmitida en todo momento, y creo que se recoge de manera adecuada en el artículo 25.

Lo que el artículo 25 dispone como principio general es que las partes contratantes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos, y que se consignen la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. Ello es una consecuencia lógica del medio y del soporte utilizado, a los efectos de esa conservación en soporte electrónico, sobre todo cara un futuro posterior cuando puedan surgir problemas entre las partes contratantes; pero ese archivo no tendrá más efectos que los propios que se pudieran dar, cuando las partes contratantes en soporte papel, encomendaran la custodia de un contrato a un tercero. Y esa custodia podrá tener distintas finalidades pero nunca producir efectos especiales en cuanto a la autenticidad de la fecha su fehaciencia así como si el proceso contractual y las declaraciones de voluntad han sido o no libremente consentidas. La ley prevé que este tercero, como obligación, deberá archivar en soporte

informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado, teniendo en cuenta que en ningún caso será inferior a 5 años.

Como consecuencia de lo que antes indiqué, el artículo 25 establece, para no dejar lugar a dudas, que: "La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a derecho para dar fe pública". Está haciendo clara referencia a la función notarial, a la función de los notarios, y es que además es lógico, ya que el tercero de confianza dotado de fe pública y que actúa por delegación de la soberanía del Estado es el notario, desde hace muchos años, y además con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden Social se regula, el conjunto y abanico de posibilidades para la aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial, y perfectamente encajaría la constatación de que un mensaje electrónico ha sido enviado, en qué día y en qué hora, y el notario podría constatarlo, con los efectos que esa constatación notarial tiene determinados en el ordenamiento jurídico. En este sentido el artículo 114, apartado 2, de la citada Ley de Medidas, tiene una aplicación directa para éstos supuestos, así como para el archivo informático correspondiente."

En efecto los principios de la Fe Pública, en este caso la Notarial, no quedan afectados en cuanto a la persona interviniente y valor y efectos que en ella se determinan. No olvidemos que tanto el Artículo 2 del presente Reglamento, como ya lo hacen los considerandos del mismo así como también la directiva de firma electrónica en su momento y la Ley de firma electrónica, dejaron claro que los mecanismos por autorización de las nuevas tecnologías no alteraban los principios básicos en cuanto a la validez, celebración de los contratos, formas, solemnidades, etc. En definitiva el tercero de confianza del que ya habíamos hablado en algún otro momento cuando analizábamos la directiva y la ley de Comercio Electrónico.

El artículo 44 regula estos requisitos de los servicios cualificados de entrega electrónica, para que tengan los efectos estipulados en el Artículo 43 antes indicado, y entre estos requisitos se establece el de asegurar con un alto nivel de fiabilidad la identificación del remitente. Esta cuestión siempre ha sido discutida, y ha sido uno de los puntos en los que he trabajado durante mucho tiempo en el sentido de la distinción entre ser titular de la firma electrónica reconocida o

cualificada, y ser realmente el que firma, por ello nos remitimos a otros trabajos en esta cuestión.

5. La autenticación de sitios Web

Se define el certificado de autenticación de sitio Web como una declaración que permite autenticar un sitio Web y vincula al sitio Web con la persona física o jurídica a quien se ha expedido el certificado

La sección octava regula en un solo artículo lo relativo a la autenticación de sitios Web y así el Artículo 40 establece los requisitos de los certificados cualificados de autenticación de sitios Web, cuestión esta que creo novedosa e interesante sobre todo por la problemática que se plantea en la actualidad de saber si una determinada página Web es la auténtica, la posibilidad o no de su alteración, y en definitiva en buscar siempre los mecanismos e instrumentos tecnológicos más adecuados para conseguir la mayor seguridad posible.

Como hemos indicado la cuestión que se plantea aquí es de máxima actualidad, y en concreto se nos requiere a los Notarios en nuestra actividad cotidiana, el realizar actas de constatación de hechos, a los efectos de ver y constatar que existe en una página web en un momento determinado. El problema como indicábamos anteriormente es comprobar la veracidad de esa página y los problemas que ello plantea.(7) En este sentido se ha indicado en cuanto a la identificación de la página de la que efectuar copia que "A simple vista la cuestión podría parecer peregrina: cada página es identificada por una dirección en el bien conocido formato del tipo http://www.ipsoa.it... En realidad las cosas se presentan de modo un poco diferente. En la red las máquinas son diferenciadas por direcciones numéricas, los llamados IP….Páginas de Internet muy frecuentes están a menudo activas simultáneamente en más direcciones IP: es por ejemplo del todo normal encontrar las páginas del CNN operativas en ocho IP diferentes contemporáneamente. Sin embargo no está confirmado que la actualización se sincroniza de manera perfecta. Ello significa

(7) Bechini Ugo, en AAVV, "El archivo informático y el ojo del notario", en AAVV "El Documento Electrónico. Un reto a la seguridad jurídica". Coordinador, Francisco Javier García Más, Editorial Dykinson, pp. 71-72. Madrid 2015.

que la misma página…vista desde diversos puntos de la Red, podrá tener contenidos diferentes….Debido a las razones que apuntaré... no es mi intención proponer indicaciones demasiado rígidas; me limito a anotar que la inserción en el certificado de conformidad de la dirección IP de la página consultada parecería una solución simple y apropiada para este tipo de problema…"

Desde el punto de vista notarial se ha indicado el encuadre de esta constatación del Notario, como Acta de mera percepción de la existencia en un lugar de una cosa o cosas a que se refiere el artículo 207, párrafo 2.º.1 del Reglamento Notarial. (8)

D) El documento electrónico. El Documento Público Electrónico y especial consideración del Notarial

El apartado treinta y cinco del Art. 3 del RIE, define el documento electrónico como todo contenido almacenado en formato electrónico en particular texto o registro sonoro, visual o audiovisual.

El Capítulo 4.º del Reglamento regula en un solo Artículo, el 46 los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, indicando que no se denegarán efectos jurídicos ni admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales a un documento electrónico por el mero hecho de estar en formato electrónico. Esta claro que esto en modo alguno altera el sistema documental de cada Estado, ni el de las obligaciones y contratos o la forma de los mismos, o el sistema Registral como ya indicamos anteriormente.

En todo caso debemos felicitarnos en relación con algún antiguo Borrador del Reglamento que era desde todo punto inaceptable y que rompía los esquemas jurídicos de la competencia de cada Estado en materia documental, ya que existía un antiguo Art. 34,3 que se metía en el concepto de copia y original, así como la aceptación de documentos del servicio público extranjero y ello en conexión

(8) Barreiros Fernández, Javier: "Fehaciencia notarial de las comunicaciones y actos mediante soportes y medios electrónicos", en *ob. cit.* en AAVV El Documento Electrónico… p. 50.

con la eliminación de la apostilla. Ello planteaba graves problemas de seguridad jurídica sobre todo con los documentos provenientes de terceros países sobre documentos que vengan no de notarios de Derecho Civil, además que esa regulación no era competencia del Reglamento en absoluto.

En todo caso siempre indicar la importancia de la seguridad jurídica, y que debe haber un principio de igualdad con el soporte papel, en cuanto a la aceptación y efectos de los documentos, sean estos en soporte papel o electrónico. Esto es muy importante no se crea una nueva categoría documental, no se alteran los principios documentales. Esto hay que plasmarlo en la toma de posición del CNUE. Es la lucha de muchos años en esta materia. Indicar claramente que lo mejor para el ciudadano es la confianza, y ello sólo se garantiza si en las en las transacciones electrónicas se utilizan los parámetros de seguridad necesarios, y no se rebajan los niveles de exigencia que se tienen en otro tipo de soportes.

Es la primera vez que en un texto comunitario aparece esta redacción, y además referida específicamente a los documentos electrónicos, aunque de alguna manera ya se venia perfilando en la Directiva de firma electrónica, y en la transposición de la Ley Española, donde claramente se define ese documento electrónico en el Artículo 3 de la misma.

A este respecto ya habíamos comentado en su momento la evolución de la consideración de documento electrónico en los distintos textos, desde una primera ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 muy timorata en la materia, donde ese documento electrónico en cuanto a prueba se remitía a las reglas de la sana crítica, hasta pasar en distintos textos como los de comercio electrónico, firma electrónica, ley de acceso de los ciudadanos a los servicios telemáticos, etc. Donde el

Pero ello en nada implica que se cree una nueva categoría documental, muy al contrario lo importante es el contenido y no el continente. Como hemos repetido en muchas ocasiones el documento será público o privado con independencia del soporte electrónico, soporte papel, o cualquier otro tipo de soporte, lo importante es que será público si reúne los requisitos autorizado por funcionario competente para dar fe conforme a las formas y solemnidades, y así se habla del documento público notarial, administrativo, judicial, a parte de los documentos oficiales.

Sobre el documento electrónico y más específicamente sobre el documento público electrónico y en especial el Notarial, ya indiqué e n su momento: (9)

"*Una novedad importante es que en esta ley de firma electrónica, en el artículo 3 se define y regula el documento electrónico, cosa que no había ocurrido en el Real Decreto Ley de firma electrónica, y que en principio y a primera vista podría parecer que no es necesario, ni conceptualmente, ni menos aún por la ubicación. Con carácter general no se había definido el documento electrónico en una norma fundamental con rango de ley, aunque se podía deducir de diversas disposiciones normativas. En cambio, sí se había definido y regulado el documento público notarial electrónico gracias a la ya tan citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud de la cual se adiciona un nuevo artículo 17 bis) a la Ley Orgánica del Notariado de 1862. Este es un punto importante que luego se desarrollará en otros apartados de esta obra. El que aparezca esta definición del documento electrónico en el apartado 5 y el desarrollo en los apartados 6 y 7, además introducidos en la fase parlamentaria del Senado como enmienda obedece en mi opinión, a intentar clarificar lo que algunos pretendían oscurecer, confundir y en definitiva a alterar los principios documentales de nuestro ordenamiento jurídico.*

Se había dejado traslucir por algunos que realmente existían diferencias básicas, incluso conceptuales, en cuanto a los efectos, entre el documento privado por ejemplo en soporte papel, y el documento privado electrónico, y más en concreto el firmado, con firma electrónica reconocida. Se decía que por las especiales características técnicas que ofrecía esta firma electrónica reconocida, y por lo que ella garantizaba, se podía hablar de una nueva categoría cuasi pública de esos documentos privados electrónicos, con esa firma específica. Más aún, sin atreverse a denominarlo documento público, se decía que a todos los efectos procedimentales tendrían o deberían de tener los del documento público.

(9) García Más, Francisco Javier (2004): Algunos comentarios a la Ley59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. *Revista Jurídica del Notariado*, (51) 117-154.

El planteamiento como base de partida no podía aceptarse de ninguna manera, ya que en modo alguno un instrumento técnico puede suplir a un funcionario público cuando confecciona un documento bajo su responsabilidad, máxime cuando la firma electrónica está pensada solo para dar seguridad a las comunicaciones telemáticas, mientras que la intervención del funcionario autor del documento público, está pensada para dotar de un valor jurídico reforzado al documento que realiza, esto es, se dirige a reforzar y garantizar la seguridad jurídica que es un valor esencial para una economía moderna, y que es un principio constitucional izado por nuestro ordenamiento jurídico (artículo 9.3 de la CE); y por ello solo se otorga un determinado valor a un tipo de documento, con independencia de su soporte, en el que ha intervenido un funcionario público. De otra manera se desfigura y destruye nuestro sistema de seguridad jurídica, acercándolo de un modo absoluto al sistema anglosajón. Es la actuación del funcionario público la que dota de valor documental público al documento por él confeccionado. En la realidad, lo que se está produciendo no es más que la actuación del Estado a través de sus funcionarios. Es el Estado el que quiere que sólo determinado tipo de documentos cuenten con una eficacia probatoria y ejecutiva específica, porque el hecho de dotar de valor documental público a ese documento es consecuencia ineludible del ejercicio de una función pública, y por ello es el mismo Estado el que escoge qué tipo de documentos, sea en soporte papel o electrónico (documento administrativo público electrónico, o judicial o notarial) son los que cuentan con tal valor. Nos encontramos ante una potestad administrativa ejercida por determinados funcionarios que tiene su origen y causa en la soberanía del propio estado y que no puede ser atribuida a un medio técnico, llámese firme electrónica basada en un sistema de criptografía asimétrica, o biométrica, o cualquier otro medio técnico.

En consecuencia, si a un medio técnico, como es el certificado electrónico y el dispositivo seguro de creación de firma, que puede ser prestado por cualquier sociedad constituida como prestador de servicios de certificación, se le atribuyen las mismas consecuencias que a la intervención de un funcionario, en el fondo lo que se hace es privatizar una función del estado, privatizar en definitiva la prestación de la fe pública judicial, administrativa y notarial.

Además desde el punto de vista de derecho comparado no existe ningún país de la Unión Europea basado en un sistema continental

de distinción entre documento público y privado, que por el mecanismo técnico de la firma electrónica, haya alterado los principios sobre el valor y efectos de estos documentos, aunque estén en soporte electrónico, ni atribuir un valor probatorio documental público a un soporte electrónico con firma electrónica, aunque esta sea de la mejor calidad. Más aún en los países que no han creído preciso adoptar medida alguna, se sigue equiparando el soporte electrónico a un medio de prueba distinto al documental, siendo pues mucho más regresivas las medidas que las adoptadas en nuestro país, ya que el artículo 3 de la Ley de firma electrónica indica que, el soporte electrónico en que se hallen los datos firmados electrónicamente, será admisible como prueba documental en juicio.

Tomando algunos ejemplos concretos podemos indicar lo siguiente:

1. Alemania: la Ley sobre condiciones marco para la firma electrónica, de 16 de mayo de 2001, solo recoge el principio de equivalencia funcional entre la firma electrónica cualificada y la manuscrita. Asimismo, y en la ulterior Ley de 13 de julio de 2002, de modificación del Derecho Privado y de otras disposiciones al moderno tráfico de actos jurídicos, al modificar el artículo 292 y ss. de su Ley de Enjuiciamiento Civil, tan solo recoge el anterior principio de equivalencia, mas no equipara, ni atribuye a ese soporte electrónico valor documental público; igualmente, cuando se modifica la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa o del Tribunal Económico Administrativo.

En suma, entiende que un soporte electrónico firmado con firma electrónica cualificada que recoja una declaración de voluntad es un documento privado que constituye simplemente un principio de prueba que puede cuestionarse por los medios legalmente previstos.

2. Francia: toda la reforma habida ha sido para modificar el artículo 1317 del Codee a los efectos de introducir la posibilidad de que un documento sea electrónico, mas en ningún momento modifica los tipos documentales, ni lo que es más importante, atribuye valor documental público a un soporte electrónico firmado con firma electrónica de particular.

3. Luxemburgo: la modificación es idéntica a la francesa.

4. Italia: no se ha modificado precepto alguno, constituyendo el soporte electrónico un mero principio de prueba.

5. Países Bajos: igual que en Italia.

Como conclusión final el documento tendrá la categoría de público con independencia del soporte electrónico y de la firma electrónica, siempre y cuando este documento esté utilizado por un funcionario público habilitado y autorizado por la Ley para hacerlo. En el caso del documento electrónico será público, judicial o notarial, cuando haya sido realizado por el secretario judicial o esté autorizado por el notario, con los requisitos exigidos por la ley, y al ser documento público tendrá los efectos, la fuerza probatoria y la eficacia que las normas sustantivas establezcan. La función del secretario judicial, notario o del registrador en la redacción del documento implica la prestación de unas funciones jurídicas que no son predicables de un simple medio técnico. El que exista una firma electrónica reconocida, no altera la categoría o modalidad documental ya que ésta se rige por las normas sustantivas, y lo que ocurre es que en este caso existirá una equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la firma electrónica, pero en ningún caso que el documento en ese soporte electrónico sea denominado de una o de otra forma. De otra manera se estarían creando unos falsos documentos públicos, pues a un soporte electrónico con firma electrónica de un particular se le están atribuyendo las mismas cualidades que a las funciones jurídicas antes descritas. Sin la intervención de los funcionarios, encargados de la dación de fe pública, podrían proliferar declaraciones de voluntad que, no solo no procederían de su autor, sino que, sin duda estarían aquejadas de vicios que judicial izarían el tráfico mercantil y civil.

Realmente se trataba de un error conceptual básico al sobrepasar los límites de lo que significa una firma electrónica, que es solo un instrumento técnico que como hemos visto no puede garantizar la identidad del firmante, y menos aún la fehaciencia que el ordenamiento jurídico da al documento público.

Por ello hubo que intentar aclarar la cuestión para decir con claridad que nuestro sistema documental, en cuanto a las clases, valor y eficacia de los diversos tipos de documentos, no quedaban en absoluto alterados por el tipo de soporte utilizado. Es el principio de

igualdad que vengo defendiendo desde hace varios años. Por ello la redacción de los apartados 6 y 7 de este artículo 3, que intenta dejar clara la cuestión.

De un lado se define el documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Parecía conveniente dar esta definición, tan obvia en el soporte papel.

De otro lado el apartado 6 de este mismo artículo dice los tipos de documentos que existen en el soporte electrónico, que son los mismos que en el soporte papel. Es decir, establece que el documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso. Este es el concepto clásico de documento público, en conexión con el artículo 1206 del Código Civil, y hace referencia a la fe pública judicial, notarial o administrativa, y siendo público porque lo firma y porque realiza las funciones que la Ley le atribuye, un determinado funcionario, con los requisitos establecidos en la ley, como ocurre en el soporte papel.

b) Se habla también de los documentos expedidos y firmados también electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. El sentido de esta letra b) pienso que radica en hacer mención a aquellos documentos que han sido definidos como documentos oficiales, que no tienen técnicamente la consideración de documentos públicos, pero que están expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos, claro está en el ejercicio de sus funciones, lo que está claro es que este apartado b) en ningún caso podría haber quedado englobado en la letra a), ya que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se marcaban claramente las diferencias.

La razón de esta letra b), de la Ley también tuvo su historia, pero era necesario distinguir este tipo de documentos administrativos, de los verdaderamente documentos públicos, porque integrarlos todos

en un mismo cajón de sastre hubiera supuesto un autentico error conceptual y práctico, y ello es así por los siguientes argumentos. Los documentos expedidos por funcionarios públicos se conceptúan, desde un punto de vista amplio, como documentos públicos porque su origen es público: provienen de una Administración en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el concepto estricto de documento público desde hace más de 140 años, siempre se ha circunscrito a aquel que es redactado por un funcionario que tiene entre sus competencias la facultad de prestar fe pública, sea esta judicial, administrativa –la denominada potestad certificante de los secretarios de ayuntamiento, por ejemplo– o notarial. Este es el concepto previsto en el artículo 1216 del Código Civil, en las Leyes Administrativas, en el Código Penal y en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. A los documentos administrativos que no son públicos, en cuanto a su concepto, se les ha denominado tradicionalmente como documentos oficiales o incluso simples documentos administrativos.

En este sentido la Ley de Enjuiciamiento Civil, recoge en su artícu lo 317 un listado tasado y cerrado de qué es documento público a efectos de dicha norma. Los números 5 y 6 definen el documento público como el expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Esta no fue la redacción primitiva del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho proyecto incluía en su redacción primitiva como núm. 7.º del entonces artículo 318 de la LEC, regulador del concepto de documento público, a los documentos públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores.

Este nuevo inciso 7.º fue suprimido en el informe de la ponencia en el Congreso de los Diputados, pues se entendió que tales documentos no eran públicos en el sentido previsto en el artículo 1216 del Código Civil. Cuestión distinta es que su eficacia probatoria en proceso fuera pública o cuasi-pública, y por ello se incluyeron en el actual artículo 319.2 de la LEC.

Es más, incluso la Exposición de Motivos de la LEC en su punto XI recoge la necesidad de otorgar valor documental cuasi-público en proceso a esos documentos expedidos por funcionarios públicos, mas sin ser documentos públicos en el sentido del artículo 1216 del Código Civil.

En idéntico sentido, el Tribunal Supremo acoge la distinción entre otras la sentencia de 10 de octubre de 1997.

La idea básica es que los documentos oficiales, esto es, los administrativos no públicos, o si se prefiere, los documentos públicos por su origen, los que provienen de una Administración, pero no de un funcionario que presta fe pública, tienen un valor probatorio cualificado respecto del simple documento privado, pero no son documentos públicos en el sentido conceptual que hemos indicado, y con los argumentos anteriormente enunciados.

Y por último la letra c): Los denominados documentos privados.

Este apartado 6 antes estudiado, se complementa y aclara, por si alguien tuviera alguna duda, con el apartado 7 que establece que los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.

En cuanto a la prueba, en el Real Decreto Ley de firma electrónica, y con la redacción de la LEC, sin las modificaciones realizadas a posteriori escribí en su momento que" En la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, se hace referencia en su articulado a las nuevas tecnologías. Así el artículo 299 regula los medios de prueba y en el número 1, hace referencia a los documentos públicos, a los privados, al dictamen de peritos, reconocimiento judicial, etcétera. El número 2 establece que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas...»

De otro lado el artículo 382, en relación con el 384 del citado cuerpo legal desarrollan esos medios de prueba, estableciendo como principio general, que el Tribunal valorará dichos medios conforme a las reglas de la sana crítica.

En los dos últimos artículos citados, también se determina, «que la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido».

Por todo lo anterior, considero que la firma electrónica, no es una prueba legal mediante documento privado, y ello a pesar de la existencia del artículo 812 de la ya citada Ley, donde hace referencia a los documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte

físico en que se encuentren, para acudir al proceso monitorio, ni a la propia Exposición de Motivos, donde se indica que la Ley prevé «la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales..., a los que, en definitiva haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales». Más aún no se consagra el concepto como tal de documento privado electrónico."

No cabe la menor duda que la nueva Ley de firma electrónica cambia lo que yo había expuesto entre otras cosas porque ahora dice algo que antes no decía en el Real Decreto Ley de firma electrónica, y que ya empezó el camino de ese cambio legislativo en la Ley española de comercio electrónico, es decir, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. El apartado 2 de este artículo 24 establece un principio que no está en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que además en la vigente ley o en la ley de firma electrónica ha sido elevado a una categoría general, ya que se refiere no solamente a los documentos electrónicos donde esté incorporado un contrato, sino en general a todo tipo de documentos. Por ello el legislador indica en la Ley de comercio electrónico que, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental, aplicándose las normas generales que la Ley de enjuiciamiento civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico. No se trata como ya he defendido en otras ocasiones de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una auténtica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos.

Además dando un paso adelante el primer inciso del apartado 8 del artículo 3 de la Ley de firma electrónica establece que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente, será admisible como prueba documental en juicio, con ello se extiende esa categoría del documento electrónico, y se regirá por las normas procesales probatorias de los documentos públicos o privados, según se trate, efectivamente, de un documento de una o de otra clase. En mi opinión supone un salto cualitativo desde el Real Decreto Ley de firma electrónica en cuanto a la conceptuación de la denominación de medio de prueba. Mi opinión es que, y así se indicó en algu-

na ocasión, debería de haberse hecho esta admisión como prueba documental en los casos, única y exclusivamente en que los datos estuviesen firmados con firma electrónica reconocida a los efectos del principio ya visto, de equivalencia funcional y del pleno reconocimiento del mismo valor y efectos a la firma electrónica reconocida y a la manuscrita. Dejando para las otras firmas el principio que estaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconduciéndose a las reglas de valoración de la sana crítica.

Otra novedad introducida también en una enmienda del Senado, y específicamente dirigida a la especialidad del soporte electrónico, y necesaria por la novedad que ello supone, es la de regular la impugnación de una firma electrónica reconocida. En los casos de esta impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por parte del prestador de los servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen los requisitos establecidos en la ley, relativos a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Dos observaciones a este párrafo deben hacerse según mi opinión, de un lado la no necesidad quizás de especificar lo que hace el prestador, sino remitirse a otros apartados de la ley que, sobre todo para decirlo con la misma terminología que utiliza la misma, y de otra parte el haber sustituido la expresión "identidad de los firmantes", por vinculación del titular de la firma o del titular a una firma, por lo que ya dijimos de la escindibilidad de ésta.

También se prevé la posible impugnación de la firma electrónica avanzada, remitiéndose en este caso al apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y ello hay que ponerlo en conexión con la disposición adicional tercera de la ley que añade un apartado tres al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente tenor: "Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de firma eectrónica". Con ello, se conexiona la Ley Procesal, en este caso con la ley sustantiva, apareciendo por primera vez la palabra firma electrónica y documento electrónico en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La situación legislativa previa hasta la Ley de Firma electrónica era de una notable confusión; así, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), regulaba los medios de prueba en su artículo 299, siendo así que su párrafo segundo indicaba que también se admitirán los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas...; por ello , en ningún momento la LEC entendía que el soporte digital era un documento en proceso; es más, su artículo 382 de la LEC en relación con el artículo 384, afirmaba que, precisamente, por esa razón, al no ser documento su valor en juicio quedaba al libre albedrío del Tribunal, al contrario de lo que sucede con el documento y su valor en juicio y fuera de éste, atendida su tipología.

Sin embargo, ese panorama se enturbió notablemente con la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico ya que en su artículo 24.2 se sostiene que "en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental", separándose de lo indicado anteriormente en la LEC.

La duda surgió al instante: ¿significaba el anterior artículo que el soporte electrónico era un documento, si bien que sólo a efectos procesales? ¿Qué era ese soporte fuera de proceso? ¿Qué valor tenía?

Responder a esa cuestión y poner fin a la confusión era esencial, pues los usuarios de las nuevas tecnologías necesitaban conocer qué terreno pisaban para el supuesto de que, por ejemplo, alguien discutiera el valor de un soporte electrónico que recogía una declaración de voluntad.

Pues bien, para dar cumplida respuesta a la situación generada, se entendió que lo mejor era definir qué era un documento electrónico y adecuar su tipología a la existente en nuestro país desde tiempo inmemorial: por tanto, existen documentos públicos electrónicos, privados electrónicos y oficiales electrónicos; por tanto, un soporte electrónico firmado electrónicamente (piénsese, un archivo de word, un power point, un pdf, un soporte fonográfico digital, etc.) era dentro y fuera de proceso un documento.

¿Qué tipo de documento? Pues bien, para responder a esta segunda cuestión, había que atender a quién firmaba electrónicamente ese soporte: si era un funcionario público a quien la Ley le atri-

buye la potestad de dar fe pública (secretario de Ayuntamiento, de órgano colegiado administrativo, secretario judicial o notario, etc.), ese soporte era un documento público electrónico; si era funcionario que no prestaba fe pública, un documento oficial; si era una persona física o jurídica, sin más, un documento privado (apartado seis del actual artículo 3).

Y, ¿qué valor tenía ese soporte en juicio y fuera de éste? El que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los documentos públicos, oficiales y privados, otorgando de ese modo certidumbre y seguridad jurídica al mundo digital (apartado siete, del actual artículo 3).

Las anteriores razones siguen estando plenamente vigentes no existiendo razón alguna, que justifique la desaparición del apartado quinto del artículo 3 que, además, implicaría una incoherencia en sí mismo, pues no se entenderían los apartados siguientes del mismo precepto, esto es, los apartados seis y siete.

Estos eran los argumentos que se aportaron, ante la propuesta de supresión de la definición del documento electrónico.

Posteriormente y tras los comentarios de Justicia, y muy especialmente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se introdujo de nuevo el concepto de documento electrónico, pero de manera completamente diferente en su esencia y naturaleza al existente en la Ley vigente en ese momento. Definición que luego fue cambiada en el texto definitivamente aprobado en la ley.

A pesar que se había conseguido que no desapareciese la definición de documento electrónico, en el siguiente borrador se proponía una nueva definición que en modo alguno era asumible desde un punto de vista jurídico, por ello se volvió a incidir en los anteriores argumentos ya dados y en otros nuevos en vista del nuevo concepto que se quería dar del documento electrónico.

En el texto del Anteproyecto presentado se daba una nueva definición al documento electrónico distinta a la existente en el texto vigente de la Ley de firma electrónica.

En efecto el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 59/ 2003 de 19 de diciembre establecía: "Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente".

La redacción que se proponía era la siguiente:" Se considera documento electrónico toda representación de un hecho, imagen o idea incorporada a un soporte electrónico".

Además de los argumentos generales ya expuestos del porque de la necesidad de definir el documento electrónico en los términos en los que los había hecho la ley de firma electrónica, oponiéndose a la supresión, ahora se añadían algunos otros en base a la nueva definición que se ofrecía en el borrador

En este sentido se indicaba que el razonamiento central seguía siendo claramente válido es decir trasladar al mundo de los nuevos soportes lo que existía en el mundo del soporte papel. En cambio con la nueva redacción propuesta se trata de ir más allá creando una nueva figura. Con esa definición del Anteproyecto no podemos considerar en absoluto que hablemos del concepto de documento desde el punto de vista extra procesal. Desde el punto de vista procesal de lo que verdaderamente estamos hablando es de un soporte electrónico que puede ser otro medio de prueba, pero no un documento como tal. A modo de ejemplo, una canción contenida en un MP3 no es un documento como tal, sino una canción en un soporte electrónico, pero de ahí a elevarlo a la categoría de documento va un abismo. Lo mismo podemos decir de una imagen etc.

Además con la redacción que se proponía en el Anteproyecto en ningún momento aparecía la autoría como elemento esencial y definidor de un documento como tal. Es decir la asunción del contenido de esos datos que constan en el soporte electrónico. En definitiva la asunción de su contenido plasmada a través de la firma electrónica. Faltaba el elemento esencial de todo documento.

Por ello se indicó con rotundidad que debería mantenerse la redacción existente en la Ley de firma electrónica, y ello con independencia que se quisiera hacer alguna especificación a esos otros medios de prueba, pero sin que tengan la consideración de documento.

A pesar de todos estos intentos, el texto definitivo de la Ley 56/2007, que modifica la Ley 59/2003 de firma electrónica, fue el siguiente:

Artículo 3…

"5. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público

o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable".

En el texto definitivo aunque se cambia la definición de uno de los borradores del Anteproyecto, y que analizamos anteriormente, se sigue confundiendo lo que es un documento, con independencia del soporte en que se encuentre, con cualquier otro archivo, soporte electrónico etc. No se ajusta en modo alguno la definición dada al concepto de documento, en esta modificación de la Ley de firma electrónica, a nuestro sistema jurídico.

No obstante se consiguió, que al menos, para los documentos públicos y los oficiales o administrativos, se tuviera en cuenta el auténtico concepto de documento, de ahí la remisión que para estos hace el apartado 5 en su segundo párrafo, al apartado 6 del mismo artículo 3. En relación a los documentos privados, es decir los contemplados en la letra c) del apartado 6, nada se dice, es decir queda en el aire o en la ambigüedad. Quizás para estos últimos, tengamos el apoyo del apartado 7 que ya vimos, relativo a: "7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable."

En todo caso el apartado 8 del artículo 3, también modificado en parte por la Ley56/2007 creo que es suficientemente explicativo en lo referente a lo que debe entenderse por documento, ya que en sus apartados hace referencia en todo momento a la firma en este caso la electrónica.

Por último, en cuanto a la prueba, en el Real Decreto Ley de firma electrónica, y con la redacción de la LEC, sin las modificaciones realizadas a posteriori escribí en su momento que" En la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, se hace referencia en su articulado a las nuevas tecnologías. Así el artículo 299 regula los medios de prueba y en el número 1, hace referencia a los documentos públicos, a los privados, al dictamen de peritos, reconocimiento judicial, etcétera. El número 2 establece que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas... De otro lado el artículo 382, en relación con el 384 del citado cuerpo legal desarro-

llan esos medios de prueba, estableciendo como principio general, que el Tribunal valorará dichos medios conforme a las reglas de la sana crítica… En los dos últimos artículos citados, también se determina, «que la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido». Por todo lo anterior, considero que la firma electrónica, no es una prueba legal mediante documento privado, y ello a pesar de la existencia del artículo 812 de la ya citada Ley, donde hace referencia a los documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, para acudir al proceso monitorio, ni a la propia Exposición de Motivos, donde se indica que la Ley prevé «la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales..., a los que, en definitiva haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales». Más aún no se consagra el concepto como tal de documento privado electrónico." (10)

No cabe la menor duda que la Ley de firma electrónica cambia lo que yo había expuesto, entre otras razones, porque ahora dice algo que antes no decía en el Real Decreto Ley de firma electrónica, y que ya empezó el camino de ese cambio legislativo en la Ley española de comercio electrónico, es decir, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. El apartado 2 de este artículo 24 establece un principio que no está en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que además en la vigente ley o en la ley de firma electrónica ha sido elevado a una categoría general, ya que se refiere no solamente a los documentos electrónicos donde esté incorporado un contrato, sino en general a todo tipo de documentos. Por ello el legislador indica en la Ley de comercio electrónico que, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental, aplicándose las normas generales que la Ley

(10) García Más, Francisco Javier: "Comercio y firma electrónicos. Análisis Jurídico de los Servicios de la Información, Lex Nova, Valladolid, 2002, 1.ª edición, páginas 43 y 44. Posteriormente expliqué el cambio en esta opinión en base a la nueva normativa, en la citada obra en su segunda edición de 2004, páginas 67 y 68

de enjuiciamiento civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico. No se trata como ya he defendido en otras ocasiones de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una auténtica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos.

Además dando un paso adelante el primer inciso del apartado 8 del artículo 3 de la Ley de firma electrónica establece que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente, será admisible como prueba documental en juicio, con ello se extiende esa categoría del documento electrónico, y se regirá por las normas procesales probatorias de los documentos públicos o privados, según se trate, efectivamente, de un documento de una o de otra clase. En mi opinión supone un salto cualitativo desde el Real Decreto Ley de firma electrónica en cuanto a la conceptuación de la denominación de medio de prueba. Mi opinión es que, y así se indicó en alguna ocasión, debería de haberse hecho esta admisión como prueba documental en los casos, única y exclusivamente en que los datos estuviesen firmados con firma electrónica reconocida a los efectos del principio ya visto, de equivalencia funcional y del pleno reconocimiento del mismo valor y efectos a la firma electrónica reconocida y a la manuscrita. Dejando para las otras firmas el principio que estaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconduciéndose a las reglas de valoración de la sana crítica.

Otra novedad introducida también en una enmienda del Senado, y específicamente dirigida a la especialidad del soporte electrónico, y necesaria por la novedad que ello supone, es la de regular la impugnación de una firma electrónica reconocida y de la avanzada. Lo contempla el apartado 8 del artículo 3 de la Ley de firma, apartado que ha sufrido una modificación en la ya tan citada Ley 56/2007, modificación que en mi opinión mejora el texto anterior, que critiqué en su momento, (11) y que lo adapta mejor a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, y al conjunto del texto de la Ley de firma electrónica.

(11) García Más, Francisco Javier:"Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los Servicios de la Sociedad de la Información", Lex Nova, Valladolid, 2004, 2.ª edición, pp. 68 y 69.

En los casos de esta impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica reconocida se cumplen los requisitos establecidos en la ley.

También se prevé la posible impugnación de la firma electrónica avanzada, remitiéndose en este caso al apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y ello hay que ponerlo en conexión con la disposición adicional décima de la ley que añade un apartado tres al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente tenor: "Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica".

También hay que tener en cuenta las modificaciones llevadas a cabo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, en concreto el artículo 162 relativo a los actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, el artículo 267 sobre la forma de presentación de los documentos públicos, el artículo 268 que regula la forma de presentación de los documentos privados, y el 318 sobre el modo de producción de la prueba por documentos públicos.

Con ello, se conexiona la Ley Procesal, en este caso con la ley sustantiva."

E) Otras cuestiones

El Capítulo 5.º regula la delegación de poderes y disposiciones de ejecución en los Artículos 47 a 48. En definitiva lo que se quiere indicar es que la Comisión está facultada para adoptar actos delegados en las condiciones del Artículo 47 en relación con el Artículo 30 del propio Reglamento, y en lo relativo a los procesos de evaluación, en concreto en lo que respecta al establecimiento de criterios específicos que deben satisfacer los organismos designados.

Asimismo en otros aparados del Reglamento como por ejemplo en los actos de ejecución de la Comisión del Art. 12. Apartados 7, 8 y 9.

Este procedimiento puede tener algún peligro en el sentido de que la Comisión tiene aquí facultades importantes, aunque ha sido

matizada ya que esta delegación de poderes se otorgan a la Comisión pueden ser revocados por el Parlamento Europeo o por el Consejo, circunstancia esta que de alguna manera atempera estas facultades dadas a la comisión.

Esto es muy peligroso, ya que esos niveles y requisitos tienen que estar prefijados en la norma, y no alterarse o configurarse después en otro lugar. Ello implicaría una inseguridad jurídica total, y un cambalache a los principios básicos.

También es importante reseñar la derogación de la Directiva de firma electrónica, con efectos desde el 1 de julio de 2016, y las referencias a la misma, dice el Artículo 50 se entenderán hechas al presente Reglamento.

En relación a la Ley Española de firma electrónica su vigencia es total. Hay que tener en cuenta como ya hemos indicado en otros momentos de este trabajo, que en esencia lo que cambia en el Reglamento en relación a la firma electrónica, es que ahora se denomina, firma electrónica cualificada a lo que antes se denominaba firma electrónica reconocida. Además el Reglamento regula otras figuras técnicas, sello de tiempo, sitios web, etc., que en nada alteran a nuestra Ley.

En cuanto a la entrada en vigor el punto 2 del Artículo 52 establece que el presente Reglamento será aplicable a partir del 1 de julio de 2016, con excepción de algunas disposiciones

Por último el Reglamento contiene **los Anexos I, II, III, y IV**, relativos a los requisitos de los certificados cualificados de firma electrónica, de los dispositivos cualificados de creación de firma electrónica, de los certificados cualificados de sello electrónico, y por último los requisitos de los certificados cualificados de autenticación de sitios Web.

BIBLIOGRAFÍA

Rodríguez Adrados, Antonio: Antonio La firma electrónica y su utilización por un tercero. Academia Sevillana del Notariado, Tomo 15, 2006, pp. 207-262.

García Más, Francisco Javier (2004): Algunos comentarios a la Ley59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Revista Jurídica del Notariado, (51) 117-154.

Bonardell Lenzano, Rafael (2000): *La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos. Notariado y contratación electrónica. Madrid. Consejo General del Notariado.*

García Más, Francisco Javier (2005): Algunos aspectos de la ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. especial consideración de la contratación electrónica. Revista Jurídica del Notariado, (55) 73-120.

Bechini, Ugo (2015): El archivo informático y el ojo del notario, en AAVV El Documento Electrónico. Un reto a la seguridad jurídica. Coordinador Francisco Javier García Más. Madrid: Editorial Dykinson.

Barreiros Fernández, Javier (2015): Fehaciencia notarial de las comunicaciones y actos mediante soportes y medios electrónicos. en AAVV" El Documento Electrónico. Un reto a la seguridad jurídica. Coordinador, Francisco Javier García Más. Madrid: Editorial Dykinson.

García Más, Francisco Javier (2002): *Comercio y firma electrónicos. Análisis Jurídico de los Servicios de la Información*. Valladolid 1.ª edición: Lex Nova.

García Más, Francisco Javier (2002): Comercio y firma electrónicos. Análisis Jurídico de los Servicios de la Información. Valladolid 2.ª edición: Lex Nova.

ANTECEDENTES Y CRIMINOLOGÍA DE LA OCUPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES. SUJETOS Y OJETOS DEL DELITO (1)

José Miguel Jiménez París
Doctor en Derecho UCM.
Licenciado en Derecho UCM y Licenciado en Criminología UCJC

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS
   1. Código Penal de 1822
   2. Código Penal de 1848
   3. Reforma de 1850
   4. Código Penal de 1870
   5. Código Penal de 1928

(1) El presente artículo se corresponde con el Trabajo Fin de Máster realizado bajo la dirección del Profesor Dr. D. Fernando Santa Cecilia García, en el Máster Universitario en Derecho Público (itinerario de Derecho Penal), de la Universidad Complutense de Madrid; el cual fue defendido en junio de 2013 bajo el título "Usurpación pacífica de bienes inmuebles. Sujetos y objetos del delito", obteniendo la calificación de sobresaliente. En él se han introducido las modificaciones necesarias para su adecuación y actualización a los cambios legislativos existentes en nuestro Ordenamiento jurídico tras su defensa; así como las pertinentes referencias a la sentencia del Tribunal Supremo 12-11-2014, nº 800/2014 que con ocasión del recurso de casación interpuesto por infracción de ley e infracción de precepto constitucional contra la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en causa seguida por delitos de usurpación de inmueble, desobediencia a la autoridad y daños, como consecuencia de la condena por la ocupación de la finca militar "Las Turquillas", se ha pronunciado sobre el delito de referencia.

6. Código Penal de 1932
7. Código Penal de 1944
8. Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973
9. Código Penal de 1995

II. OCUPACIÓN vs OKUPACIÓN
1. El concepto de okupa
   1.1. Sentido gramatical
      A) Okupa
      B) Okupar
   1.2. Concepto sociológico
      A) Catalizadores del movimiento okupa
      B) Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa
      C) Reconfiguraciones del movimiento okupa
      D) Movimiento urbano
      E) Relaciones con movimientos alter/anti globalización
2. Motivaciones de la okupación
   2.1. Creación de nuevas relaciones sociales
   2.2. Reescritura de la historia
   2.3. Herramienta para la lucha
   2.4. Espacio para la subversión
   2.5. Reacción frente a la usura bancaria
   2.6. Instrumento para cambios sociales y políticos
   2.7. Camino para el triunfo político
   2.8. Creación de debate social
   2.9. Creación de nuevas condiciones sociales
   2.10. Herramienta de confrontación
3. Ocupación: problema económico, no ideológico
   3.1. Personas sin hogar
4. Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil?
   4.1. El precario
   4.2. Protección civil a través del Registro de la Propiedad
   4.3. Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles

III. DELITO DE USURPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES: ARTÍCULO 245.2 CP
1. Bien jurídico
   1.1. Sentido político-criminal (*de lege ferenda*)
   1.2. Sentido dogmático (*de lege lata*)
      A) Función sistemática
      B) Función de guía de la interpretación
      C) Función de criterio de medición de la pena
   1.3. Posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad

1.4. Posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada
1.5. Patrimonio inmobiliario
1.6. Patrimonio inmobiliario y orden público
1.7. Patrimonio inmobiliario, seguridad del tráfico y orden público
2. Sujeto activo
3. Sujeto pasivo
3.1. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad
3.2. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada
3.3. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario
3.4. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público
3.5. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico
3.6. ¿Un usurpador puede ser sujeto pasivo del delito?
3.7. La selección del sujeto pasivo por el movimiento okupa
4. Objeto material
4.1. Inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada
A) Teoría sancionatoria o autónoma del Derecho Penal?
B) Elemento positivo y negativo del objeto material
4.2. Bien inmueble. ¿Sirve la definición del artículo 334 del Código Civil?
A) Cosas vs. bienes
B) Artículo 334 del Código civil
C) Clasificación civilista de los inmuebles
D) Bien inmueble a efectos penales
E) Bienes inmuebles rústicos
F) Interpretación autónoma
4.3. Viviendas y edificios. ¿Puede ser el objeto material una vivienda que no sea inmueble?
A) Especies del género inmueble
B) Edificio
C) Vivienda
D) Bienes muebles que no constituyan morada
E) Sólo bienes inmuebles
4.4. ¿Sólo los inmuebles que no estén en estado aparente de

abandono? Interpretación restrictiva del objeto material y función social de la propiedad
A) Vías de exclusión del Derecho Penal
B) ¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble?
C) Ius usus innocui y función social de la propiedad
D) ¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?
E) No exigibilidad de habitabilidad
F) Principio de intervención mínima
G) El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 CP
4.5. Ajenidad del inmueble, vivienda, y edificio
A) Ajenidad a efectos penales
B) Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación
C) Ajenidad como cuestión prejudicial
4.6. ¿Se aplica a bienes inmuebles que pertenecen al Estado como bienes de dominio público o patrimonial?
4.7. Objetos excluidos: la morada habitual
A) Elemento negativo del objeto material
B) Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Las okupaciones pacíficas de inmuebles desde finales del siglo XX se diferencian de épocas anteriores (simples ocupaciones) en el carácter político que esta actividad adquiere. Ya no se okupa únicamente para tener un techo en el que guarecerse, sino también, y a veces únicamente, como forma de hacer política.

Las okupaciones ya no son clandestinas sino públicas, y gracias a ellas se fomenta el debate social respecto a una situación política que se aprecia injusta y que se quiere cambiar desde un ámbito extra-institucional. En las casas okupadas y en los Centros Sociales Okupados y Autogestionados se empieza a organizar una disidencia

que profundiza en el antifascismo, el antimilitarismo, el feminismo y la antiglobalización (2).

Predominan los activistas con una edad "joven" y con situaciones vitales poco estables. Al okupar comienzan formas de vida por lo general emancipadas de sus familias de origen, desarrollando trabajos asalariados temporales o en la economía sumergida, a la vez que se inicia una fuerte socialización política aprendiendo a ejercer derechos de ciudadanía, de organización colectiva y de expresión, a la hora de defender las okupaciones y de participar en diversas luchas sociales (de solidaridad con inmigrantes, antirrepresivas, frente a la videovigilancia, ecologistas, antimilitaristas, etc.)

Sin embargo, no es difícil percibir un magma común de principios libertarios y autónomos en casi todas las experiencias, promoviendo una auto-organización asamblearia al margen de los partidos políticos, de los sindicatos y de organizaciones más formalizadas (vecinales, de solidaridad, etc.).

La participación activa en el movimiento okupa genera un "estilo de vida" que atañe tanto a formas de expresarse (vestir, hablar, tocar música, denunciar públicamente, etc.) y socializarse (consumos culturales, de drogas, de viajes, de bares, etc.), como de organizarse socialmente (por grupos de afinidad, con predominio de reuniones asamblearias, con activistas de diversos movimientos sociales, etc.) y de supervivencia material relativamente "austera" (con trabajos eventuales, con ahorros escasos, reciclando comida y muebles, compartiendo viviendas alquiladas u okupándolas, etc.). El carácter cultural (o contracultural) del movimiento, por lo tanto, consiste en todas esas formas agregadas.

Si denominamos "contracultura" a todas las prácticas sociales que van asociadas al hecho de okupar es, principalmente, porque en el plano más consciente –ideológico– buscan una oposición a la cultura dominante y su superación. Por cultura dominante deberíamos entender aquí también las formas de producir, consumir, relacionarse socialmente y decidir políticamente. Como toda búsqueda, se trata de procesos sin fin, experimentos, laboratorios. Pero eso no significa que se vague en un limbo de teorías, discursos y debates. Más bien, todo lo contrario: la propia experiencia de desobediencia

(2) ZULUETA, E.: "La okupación como delito político" en *Diagonal,* 12 al 25 de mayo de 2005. P. 14.

civil que se ejerce con la acción de okupar permite enraizar otras prácticas que demuestren su carácter contracultural (3).

En este orden de cosas, se promulga la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, en cuyo artículo 245.2 se establece: *"El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses".* Se tipifica, por tanto, la ocupación pacífica (sin violencia o intimidación), de bienes inmuebles.

Así pues, si la okupación es un delito, el okupa es un delincuente político y la okupación un delito político y de conciencia. Así, el okupa, cuando es juzgado (y salvo que estratégicamente sea conveniente otra conducta) no solamente no niega haber realizado el hecho que se le imputa, sino que lo reivindica como suyo, lo hace público y se enorgullece del mismo. Desde este punto de vista, la defensa del abogado sobrepasa el plano estrictamente jurídico para ascender a un plano político-jurídico. Tanto el okupa como su abogado no niegan la acción imputada, sino que solicitan la absolución razonando que la misma es legítima. Es una especie de ejercicio de desobediencia civil ante normas que consideran evidentemente injustas (4).

Existiendo en el orden jurisdiccional civil una protección del patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley de Propiedad Horizontal… ha de buscarse una razón de ser a la tipificación de tal conducta en sede penal. En definitiva, hemos de interpretar el artículo 245.2 CP y averiguar su etiología.

"La interpretación es la indagación, esclarecimiento y declaración del sentido genuino de la ley. La meta de la interpretación es, pues, averiguar el sentido o espíritu del precepto. Ahora bien, podemos preguntarnos dónde hay que buscar ese sentido.

---

(3) Martínez López, M.: "El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización" en *Revista de Estudios de Juventud,* núm. 76, marzo 2007. Pp. 233-235.

(4) Zulueta, E.: "La okupación como delito político" en *Diagonal,* 12 al 25 de mayo de 2005. P, 14.

Existen dos teorías al respecto.

Según la teoría tradicional o subjetiva, presupuesta la existencia y legitimidad de la ley, el sentido de la misma es preciso buscarlo en la mente del legislador. Es decir, la meta de la interpretación sería hallar la *mens legislatoris*, el espíritu que en la ley encerró quien la dictó.

La teoría llamada objetiva afirma modernamente que la meta de la interpretación no es la *mens legislatoris* sino que es la *mens legis*. Afirma esta teoría que una vez que la ley existe se independiza de su autor, y su sentido es el que en sí objetivamente encierra, debiendo prevalecer este sentido aunque se demostrara que discrepa del que su autor le atribuyó" (5).

La teoría subjetiva de interpretación de las normas, según la cual el sentido de las mismas es preciso buscarlo en la mente del legislador nos lleva a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.

Según dicha exposición de motivos *"se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser…".*

En el primer sentido de "prudente acogida de nuevas formas de delincuencia", encontramos la ocupación pacífica de bienes inmuebles (artículo 245.2 del Código Penal). En el segundo sentido, merece destacarse *"la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales".*

De ahí se colige que la voluntad del legislador, la *mens legislatoris*, o el espíritu que en la ley encerró, era el de dar acogida a nuevas formas de delincuencia (la ocupación pacífica de bienes inmuebles, que no se recogía, como delito, en el Código Penal de 1973).

Según la llamada teoría objetiva de interpretación de la norma, para encontrar la *mens legis,* el sentido que en sí encierra la norma, con independencia del que quiso darle su autor, lo más conveniente

(5) Jiménez París, T. A.: "Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas" en *E-Prints UCM.* Código ID: 12734.

es acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues como dice el Profesor García Amigo "la jurisprudencia fija el sentido de la norma, salva contradicciones posibles del legislador… *y es la mejor fuente de conocimiento del Derecho positivo*" (6).

Así, el Tribunal Supremo dice: "*Este tipo de delito* [ocupación pacífica de bienes inmuebles, del art. 245.2 CP]*, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas"… Con anterioridad a dicha fecha este delito no existía, pues el CP anterior* [texto refundido de 1973] *sólo sancionaba la ocupación de cosas inmuebles cuando se hubiera realizado "con violencia o intimidación"… Una vez entrado en vigor el CP actual (mayo de 1996), el que introdujo esta figura penal, como acabamos de decir, podría haberse cometido este delito que cabe ejecutar de dos maneras diferentes: ocupando un inmueble ajeno o manteniéndose en él contra la voluntad de su titular…"* (7).

La razón de ser del artículo 245.2 CP la encontramos, pues, en la necesidad de *sancionar las conductas de los llamados "ocupas".*

El análisis detallado de los sujetos (activo y pasivo), y de los objetos (formal y material) de este delito *reintroducido* en nuestra legislación por el Código Penal de 1995, nos permite explicar por qué esta figura delictiva es necesaria (y como debe interpretarse); y ello, pese a que en no pocas ocasiones, es inaplicada por los Tribunales alegando indebidamente el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, el principio de intervención mínima, o buscando una aplicación restrictiva de su objeto material (excluyendo las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta).

La consideración del artículo 245.2 CP, no como un delito puramente patrimonial (como lo entiende la generalidad de la doctrina y jurisprudencia), sino como un delito pluriofensivo, que pretende proteger tanto el patrimonio inmobiliario, como la seguridad del tráfico jurídico y el orden público, justifica la necesidad de esta figura delictiva. De otra manera hubiera sido innecesaria la tipificación en

(6) García Amigo, M.: *Derecho Civil de España. I.-Parte General.* Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1997. P., 175.

(7) STS, Sala 2.ª, S 15-11-2004, núm. 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365).

el Código Penal de 1995 de esta figura al existir en el orden jurisdiccional civil una protección suficiente del patrimonio inmobiliario.

A detallar y argumentar estos extremos dedicamos las páginas siguientes.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

Históricamente la tradición de los Códigos españoles ha sido la de castigar únicamente la ocupación violenta; y ello, salvo el Código Penal de 1848 (y 1850) (porque todavía no contaba con una protección registral eficaz, que vendría posteriormente de la mano de la Ley Hipotecaria de 1861), y el Código Penal de 1928, por la política criminal autoritaria que le inspiraba (8). En el Código Penal de 1870, 1932, 1944, y sus reformas, la conducta podía tipificarse de falta contra la propiedad.

1. Código Penal de 1822

El camino de las reformas se aborda ya por las Cortes de Cádiz. Además de abolir el tormento (ya ciertamente de poco uso), los azotes, la horca, la confiscación y el Tribunal especial de Santo Oficio, se propusieron también elaborar un Código penal(9). Aunque la reacción absolutista de 1814 sepultó los primeros intentos codificadores (proyecto de 1811, presentado por Figuera de Vargas); restablecida la Constitución de 1812 por las Cortes de Madrid (1820), nombran una comisión (22 de agosto de 1820), la cual elabora un proyecto de Código penal. El Ministro de Gracia y Justicia, señor

(8) Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F.J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P., 200.

(9) Su elaboración fue consecuencia del mandato constitucional, al establecerse en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, de 1812: *"El Código civil y criminal y el de comercio serán únicos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".* De Esteban, J.: *Las Constituciones de España*. Ed. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª edición. Madrid, 2000. P. 158.

Calatrava, lo presenta; se discute y se sanciona el día 27 de junio, siendo promulgado el 9 de julio de 1822.

Decretado por la Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, tuvo una escasa vigencia. En abril de 1823 pasan la frontera los Cien Mil Hijos de San Luis, y a medida del avance de las tropas se va restableciendo el Gobierno absoluto. Liberado Fernando VII decretó en primero de octubre la anulación de todos los actos del Gobierno constitucional, de cualquier clase y condición. Al hundirse el régimen político que trajo al mundo el Código Penal, sucumbió éste apenas nacido, volviendo a imperar la situación anterior; o sea, la Novísima Recopilación, Los Fueros y Las Partidas, aunque con clara preferencia práctica de éstas sobre aquéllos (10).

El primero de los Códigos Penales españoles, a diferencia de los demás, no contiene un título, capítulo o, sección, dedicado a la "usurpación". Ello no es obstáculo para que sancione la usurpación violenta y no violenta de bienes públicos o comunales (11).

---

(10) Antón Oneca, J.: "Historia del Código Penal de 1822" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 2, mayo-agosto 1965. Pp. 263-278; Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I.* Madrid, 1968. Pp. 195-196; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones).* Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2.ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954. Pp. 120-122; *Vid*., Álvarez García, F. J.: "Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822" en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 5, Madrid, 1978. Pp. 229-235.

(11) En el Capítulo VII, *"De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos, o interceptan correos, o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos"*, del Título III *"De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y orden público"*, de la Parte Primera *"De los delitos contra la sociedad"*, el artículo 341 dispone: *"Los que robaren o hurtaren, usurparen, o fraudulentamente se apropiaren de bienes, caudales o cualesquiera otros efectos pertenecientes al Estado o al común de alguna provincia o pueblo, sufrirán el máximo de la pena que con arreglo al título tercero de la segunda parte corresponda al robo o usurpación que cometieren; pudiéndose aumentar esta pena hasta una tercera parte de dicho máximo según el grado del delito. Si hiciere el robo o usurpación un funcionario público que tenga a su cargo los caudales o efectos espresados, será castigado con arreglo al capítulo tercero, título sesto de esta parte. Los caudales o efectos que se hallaren secuestrados, o puestos en custodia o depósito por orden y a dis-*

Al margen de los bienes públicos o comunales, en la Parte Segunda *"De los delitos contra los particulares"*, del Título III *"De los delitos contra la propiedad de los particulares"*, el Capítulo IX, bajo la rúbrica *"De las fuerzas y violencias contra las propiedades, y de los despojos"*, se tipifica lo que hoy sería la conducta prevista en el artículo 245.1 CP, de usurpación violenta, que el Código de 1822 define como despojo, en los artículos 811 y ss. (12).

2. Código Penal de 1848

La reacción contra el régimen constitucional de 1820 a 1823 produjo no solamente la anulación del Código de 1822, sino el abandono por de pronto de los propósitos codificadores enunciados en Decreto de 1819. Igualmente se renunció al espíritu mitigador propio del despotismo ilustrado, que en España, como en otros países, se había manifestado desde el último tercio del siglo XVIII. Más adelan-

---

posición del Gobierno o de la autoridad pública competente, se entenderán como si pertenecieran al Estado en los casos de este artículo". LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Ed. Akal, SA. Madrid, 1988. P. 83.

(12) Así, los artículos: Artículo 811.- *"El despojo violento de la posesión de una finca, sea arrojando de ella al poseedor, sea impidiéndole a la fuerza la entrada en la misma, aunque sea hecho por el propietario, será castigado con la pena de arresto de uno a cuatro meses, y con una multa de cincuenta a doscientos duros".* Artículo 812.- *"En la misma pena incurrirán los que en caso de ser la posesión dudosa, se la disputaren a la fuerza".* Artículo 813.- *"Cuando sin verificarse despojo fuere alguno perturbado con fuerza o violencia en el uso de su posesión, sea de alguna finca o alhaja, o de derecho, acción, facultad o cualquier otra cosa, sufrirá el perturbador un arresto de quince días a dos meses, y una multa de diez a cincuenta duros".* Artículo 814.- *"Se entiende por fuerza o violencia para cualquiera de los casos de este artículo cuando se emplea alguno de los medios espresados en el 664, y cuando se verifica con amenazas, y con el acometimiento o la actitud de llegar a las manos, aunque no se ejecute el atentado".* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pág., 176. La alteración de términos o lindes, de pueblos y heredades, tipificada en el artículo 246 del Código Penal vigente, tiene su precedente histórico en los artículos 815 y 816 del Código Penal de 1822. Artículos que integran el Capítulo X *"De los que mudan o alteran los términos de las heredades"*, del Título III, de la Parte Segunda.

te, en los años finales del reinado de Fernando VII, se impone, dentro del absolutismo una tendencia moderada continuadora, hasta cierto punto, de las manifestaciones atenuadoras de la represión y favorables al legalismo características de la Ilustración.

Por decreto de 19 de agosto de 1843, siendo a la sazón jefe del gobierno D. Joaquín María López, se nombra una comisión, presidida por D. Manuel Cortina, y entre cuyos componentes estaba D. Joaquín Francisco Pacheco, además de otros destacados jurisconsultos. Posteriormente quedó disuelta, formándose otra comisión, presidida por Bravo Murillo, en parecidos términos; y esta elabora un proyecto que, terminada la discusión en 23 de diciembre de 1845, le envía al gobierno, y éste a las Cortes a principio del año 1847. Y un año después se promulga, con escasas y pocas modificaciones, por ley de 19 de marzo de 1848.

Técnicamente el Código ha velado, como fruto de su tiempo, por la seguridad del individuo, a base de limitar el arbitrio judicial y de hacer una minuciosa descripción, en ciertos artículos, de las figuras de delito. En opinión de Juan Del Rosal asimila el estado de la técnica legal de su época, sin presentar innovaciones extremadas, pues resalta la ponderación y un sano equilibrio. Por su parte, según Antón Oneca, el pensamiento o sistema que reina en el Código es ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de la teoría, establece para cada caso el medio de represión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo el mal que materialmente produce el delito, sino también la intención que en perpetrarlo se tenga. Con respecto al delito se ha buscado no sólo que fuese bastante la pena para retraer al hombre de cometerlo, sino que también se ha calculado la pena que debía imponérsele en razón a la justicia. Retribución e intimidación, armonizan con el régimen político mixto característico de la década moderada. La retribución encaja perfectamente con el liberalismo, en cuanto la pena proporcionada al delito y dosificada en la ley evita los peligros de la arbitrariedad judicial e iguala a todos los responsables de idéntico delito en la misma medida sancionatoria. La intimidación general ha sido la función predominante de la pena en los sistemas autoritarios.

Este Código se enmarca en una época en la que, en el ámbito económico, lo más destacable fue la transformación del régimen feudal o señorial que regía la propiedad de la tierra, hacia un planteamiento más burgués y moderno con una nueva propiedad y nuevos pro-

pietarios amparados por la Guardia Civil que, creada en 1844, debía proteger a las personas y a las propiedades (13). Merece destacar como principal novedad la tipificación de la usurpación pacífica de bienes inmuebles (o derechos reales) que no sean de dominio público o comunal, en su artículo 430. A partir de este Código, todos los demás tendrán una regulación específica de la usurpación a la que dedicarán un capítulo expreso (14).

(13) Cfr.: Antón Oneca, J.: "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965. Pp. 473-495; Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I.* Madrid, 1968. Pp. 196-197; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones).* Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Volumen 13. 2.ª edición corregida y aumentada. Valladolid, 1954. Pp. 122-123; López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 189.

(14) Los artículos 429 a 431 integran el Capítulo III *"De la usurpación",* del Título XIV *"Delitos contra la propiedad",* del Libro II *"Delitos y sus penas"*. Disponen así: Artículo 429.- *"Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de agena pertenencia, se impondrá además de las penas en que incurra por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 20 duros. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 20 a 200 duros".* Artículo 430.- *"En el caso del artículo anterior, si el delito se cometiere sin violencia en las personas, la multa será del 25 al 50 por 100, no bajando nunca de 15 duros*. *Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 15 a 100 duros".* El artículo 431 tipificaba la alteración de términos o lindes de pueblos o heredades. López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 292. La doctrina justifica la usurpación por su consideración de atentado contra la propiedad y por razones de orden y tranquilidad pública, y en el caso de la alteración de lindes se explica el incremento de penalidad por la estructura fundamentalmente agrícola de la economía española. Iñesta Pastor, E.: *El Código Penal español de 1848*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 742. En el Libro III *"De las faltas"* encontramos asimismo, la tipificación de ocupaciones transitorias, y otras modalidades usurpatorias. Así dispone el artículo 482: *"Incurrirá en multa de ½ duro a 4: 26.º- El que entrare en heredad agena para aprovechar el espigueo u otros restos de cosechas. 27.º- El que entrare en heredad agena cerrada o cercada.* López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pp. 301-309.

3. Reforma de 1850

En los Decretos de 1 de julio y 22 de septiembre y 30 de octubre de 1848, 30 de mayo, 2 y 5 de julio y 28 de noviembre de 1849, 7 y 8 de junio de 1850, se llevaron a cabo algunas aclaraciones y modificaciones. El Código mantiene su estructura, y únicamente se agregan algunos artículos. Agrava esta reforma la punición; se castiga en todos los delitos la conspiración y la proposición. Da una nueva redacción a lo que desde entonces se ha llamado atentados, creando además los delitos de desacato contra las autoridades. El sentido de mayor severidad se acentúa tras la reforma de 1850.

Si los Códigos de 1848, 1870, y 1932 pueden considerarse progresivos en sus respectivas épocas, el de 1850, junto con los de 1928 y 1944, debe estimarse regresivo en lo que afecta al desarrollo y protección de los derechos fundamentales de la persona. Esta regresión tuvo que ver, sin duda, con el carácter autoritario del liberalismo personificado en Narváez , que contempló con temor la proclamación de la II República Francesa como consecuencia de los sucesos de París de febrero de 1848, al tiempo que surgían en España desórdenes sociales y políticos. Se trata de una reforma del Código Penal de 1848 para reforzar el autoritarismo; debilitando el principio de legalidad penal (15). La regulación en materia de usurpación fue exactamente la misma que en el Código de 1848 (16).

---

(15) Antón Oneca, J.: "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XVIII, fascículo 3, septiembre-diciembre 1965. P. 488; Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I. Op. cit.,* P. 197; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones)… Op. cit.,* P. 123; López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 321.

(16) Los artículos 440 a 442 que integran el Capítulo III *"De la usurpación",* del Título XIV *"Delitos contra la propiedad",* del Libro II *"Delitos y sus penas",* no fueron reformados respecto a los artículos 429 a 431 del Código Penal de 1848, manteniéndose la redacción originaria. "Lo que el Código llama en este capítulo usurpación, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes, y por nuestra práctica. Ordinariamente se ha visto como un punto civil; y se ha reparado con la restitución preferentemente y *ante omnia* al que la sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. *Los actos de que se trata son atentados contra la pro-*

4. Código Penal de 1870

La Comisión de Codificación dio paso en 1869 a una Comisión Legislativa, cuya sección penal fue encomendada a NICOLÁS MARÍA

---

piedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que en efecto es ajeno el derecho o el inmueble, no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos: aun cuando se obre y se usurpe, teniéndole por propio, siempre se comete un atentado en sustituirse a la acción de la justicia. La Ley empero ha hecho bien en señalar los dos casos que encontramos en estos artículos, porque efectivamente pueden ocurrir el uno y el otro, y su penalidad debe ser diversa. A mí pueden despojarme de una hacienda, usurparme un derecho, sin cometer violencia alguna en mi persona ni en la de mis servidores: yo no estaba en la finca, yo no me había presentado a ejercer el derecho. Pero igualmente pueden despojarme del uno y de la otra, arrojándome violentamente, echando con malos tratamientos a las personas que estaban por mí encargadas de su conservación. Las penas han debido ser, y son distintas en uno y otro caso. Cuando no media violencia, no puede haber un delito tan grande como cuando esta existe. Por eso la multa proporcional a la utilidad, que es el tipo penal de la ley, se limita en un caso al veinticinco por ciento, como mínimum, no bajando nunca de quince duros; mientras en el otro se extiende al cincuenta, también como mínimum, no bajando de veinte, a más de los castigos especiales en que se hubiese incurrido por las violencias causadas. Por lo demás, no debe olvidarse que ni una ni otra pena obstan a las condenaciones civiles, por las que el usurpante o despojante ha de indemnizar al despojado de todos los prejuicios a que con su acción hubiere dado lugar". PACHECO, J.F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera.* (Reimpresión de la segunda edición a los comentarios al CP de Pacheco de 1856). Ed. Edisofer, SL, Libros Jurídicos. Madrid, 2000. P. 1233. En materia de faltas, la misma regulación que en el Código Penal de 1848 encontramos en el de 1850, no habiendo sufrido más variación que la de su numeración. Así dispone el art. 495: *"Incurrirá en multa de ½ duro a 4: 23.º- El que entrare en heredad agena para aprovechar el espigueo u otros restos de cosechas. 24.º- El que entrare en heredad agena cerrada o cercada".* "No aprobamos por nuestra parte los números 23 y 24 de este artículo. Creemos que no debía haberse erigido en falta, de un modo absoluto y con la generalidad que se hace, ni el espigueo ni la simple entrada en un predio cerrado. No creemos que la ley tenga derecho para ser tan dura, ni para contrariar así costumbres de muchos siglos, que están en el corazón de una sociedad entera, y que en su principio son caritativas y religiosas". PACHECO, J. F.: *El Código Penal. Concordado y comentado. Estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera… Op. cit.,* P. 1338.

Rivero. El 30 mayo de 1870, el Ministro de Gracia y Justicia, Eugenio Montero Ríos, presentó a las Cortes el proyecto de ley, autorizando al Gobierno para publicar provisionalmente el Código Penal, cuyo texto se acompañaba. Aprobada en las Cortes la autorización, se publicó la Ley de 17 de junio de 1870, conforme a la cual fue publicado el Código con fecha 30 de agosto. Supuso una reforma, sobre todo en las cuestiones de naturaleza política del Código de 1850, por lo que se asienta en los pilares de la codificación de 1848.

Según Antón Oneca, sus principales objetivos fueron: proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales; humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la Ilustración; y corregir algunos preceptos que parecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes (17).

Responde al carácter liberal de la Constitución de 1869 que lo inspira. En el ámbito de la usurpación la no violenta se considera falta. La violenta sufre un aumento de pena (18).

---

(17) Antón Oneca, J.: "El Código Penal de 1870" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXIII, fascículo 2, mayo-agosto 1970. Pp. 229-251; Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I… Op. cit.,* P. 197-198; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones)… Op. cit.,* P. 123-124; López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 489.

(18) Los artículos 534 y 535 integran el Capítulo III *"De la usurpación",* del Título XIII *"De los delitos contra la propiedad",* del Libro II *"Delitos y sus penas"*. Las ofensas a la propiedad pueden recaer sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles, y pueden ser perpetradas con fin de lucro o de venganza. El elemento moral de los delitos de robo y hurto y del delito de usurpación es el mismo: el *animus lucrandi*; pero el elemento material es distinto. En aquellos, es constituido por el acto de tomar, de coger, de remover la cosa por la antigua *contrectatio;* en estos últimos por *la ocupación…* Groizard y Gómez de la Serna, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI*. 2.ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García). Madrid, 1914. Pp. 406-407. Disponen así estos artículos 534 y 535: Artículo 534.- *"Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriera por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por*

5. Código Penal de 1928

Conocido como el Código de la Dictadura de Primo de Rivera. El Directorio Militar, se fijó como objetivos prioritarios la liquidación de los partidos políticos, el restablecimiento del orden y la finalización de la guerra en África. Con la nueva concepción política autoritaria, se logró que el orden volviera a las calles, siendo esporádicos y aislados los desmanes y atentados terroristas. El Régimen dictatorial implantado en España por el General Primo de Rivera en 1923,

---

100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 125 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 125 a 1.250 pesetas". "En el Código de 1850, la ocupación de un inmueble o la usurpación de un derecho real de ajena pertenencia se consideraba punible, lo mismo cuando tenía lugar con violencia o intimidación en las personas, que cuando no concurría ni uno ni otro requisito. A nuestro juicio obraron bien los que eliminaron del texto el caso segundo, porque, atendidos su importancia, los medios de ejecución, y las consecuencias naturales que su perpetración puede producir, semejante clase de actos no reúnen las condiciones requeridas para que exista un interés público en que sean elevados a la categoría de delito. Por mero fraude o astucia podría una persona ocupar una cosa inmueble; pero mantenerse en esa ocupación, no parece posible sin una resistencia material contra el dueño, que determine una violencia o intimidación. Fácil es lograr con engaño, por ejemplo, alejar al propietario o su representante de una finca y ocuparla en su ausencia. Pero cuando aquel, advertido del fraude, regrese, no se comprende bien que el invasor permanezca en ella e impida al despojado ejercer sus derechos, si no emplea contra él violencia o intimidación. De otro lado, los trámites breves de los interdictos con que a los lastimados las leyes civiles amparan contra los despojadores, son bastante garantía para la protección de la propiedad en esta materia. Los rasgos que determinan la figura del actual delito son tres: 1.º- ocupación de una cosa ajena inmueble o usurpación de un derecho real. 2.º- Que una u otra se haga con objeto de lucro; 3.º- Que tenga lugar ejerciendo violencia o intimidación en la persona del despojado. Poco tenemos que decir sobre estos conceptos, de suyo bien claros. El derecho turbado por el agente, es el de posesión. De aquí que todo acto que dé por resultado la pérdida para alguno de la posesión material de un inmueble, debe a los efectos de la ley tenerse por ocupación. Los derechos reales no se poseen, sino se cuasi poseen; por lo que también en la esfera del derecho civil es donde hay que ir a buscar las condiciones necesarias para poder estimar que un derecho real por uno disfrutado le ha sido por otro usurpado. La ocupación o usurpación puede tener tres fines. Realizar un pretendido derecho: en esta hipótesis, el delito pierde su naturaleza de acto contra la propiedad, para revestir el carácter de un delito social, que debería ser

determinó la promulgación de diversas disposiciones penales (leyes especiales y complementarias) dirigidas a la inmediata adecuación de la legislación penal vigente a la nueva concepción política autoritaria; culminando con el Código de 1928. Se aprobó por el real decreto-ley de 8 de septiembre de 1928, siendo Ministro de Gracia y Justicia D. Galo Ponte, y rigiendo a partir del día 1 de enero de 1929.

---

reprimido entre las violaciones de los derechos inherentes al ejercicio de la justicia o al Poder público, pues que no puede concebirse en un Estado bien organizado que nadie se tome la justicia por su mano. Puede el despojante proponerse satisfacer una venganza causando un perjuicio al poseedor del inmueble o al que disfrute el derecho real, y entonces el delito adquirirá el tipo especial de los delitos de daño. Puede por último, ser su ánimo adquirir para sí la posesión del inmueble o el disfrute del derecho real en que otro se encuentra, en cuyo caso, el acto de ocupación material por el despojante ejecutado entrará de lleno dentro del círculo de la actual imputación". Groizard y Gómez de la Serna, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VI*... *Op. cit.,* P. 414-415. Tipifica el artículo 535 la alteración de términos o lindes. La reforma de 3 de enero de 1907 dio a este artículo nueva redacción incluyendo la distracción del curso de las aguas públicas o privadas. En el Libro III *"De las faltas y sus penas"*, seguimos encontrando ocupaciones transitorias, y otras modalidades usurpatorias. La ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta. Otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él, –argumento *ad absurdo*–); pues no tendría sentido que se tipificase la entrada sin violencia o intimidación en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular (que implica necesariamente una previa entrada). En el Título IV *"De las faltas contra la propiedad"*, encontramos: Artículo 607: *"Serán castigados con la pena de uno a quince días de arresto menor: 3.º- Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de aquella. 4º.- Los que entraren en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar".* Groizard y Gómez de la Serna, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo VII*. 2.ª edición, corregida y aumentada (establecimiento tipográfico de los sucesores de J. A. García). Madrid, 1914. P. 657. Para Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, no se comprende bien que el invasor permanezca en una finca e impida al despojado ejercer sus derechos, si no emplea contra él violencia o intimidación, cuando el propietario, advertido del fraude, regresa a su propiedad después de haber sido alejado de ella mediante el engaño. Asimismo, ve en los delitos de usurpación un ataque superior y trascendente a la mera propiedad.

En opinión de Juan Del Rosal despuntan en las expresiones del legislador dos intenciones: una que sea un código expresivo de las circunstancias de entonces; otra, que a la par sea una ley realista y progresista. Siendo, pues, dos los sectores que animan el pensamiento político-criminal del código: defensa y protección de los intereses políticos, pero con un sistema penal adecuado a la altura de aquel tiempo (19).

Como en el Código Penal de 1848 y la reforma de 1850, la usurpación no violenta se tipifica como delito. Como novedad enlaza la usurpación con el orden público (la sedición) en caso de simultaneidad o reiteración. Regula expresa y casuísticamente la responsabilidad civil al establecer la pertenencia de lo sembrado, plantado o edificado, sus frutos y mejoras (20).

---

(19) Cfr., Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I… Op. cit.,* P. 198-199; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones)… Op. cit.,* P. 124-125; López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles… Op. cit.,* Pp. 665-667.

(20) Los artículos 707 a 711 integran el Capítulo III *"Delitos de usurpación",* del Título XIV *"Delitos contra la propiedad",* del Libro II *"Delitos y sus penas"*. "El robo y el hurto son a las cosas muebles lo que la usurpación es a las inmuebles". Jaramillo García, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.– Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. P. 341. "En esta clase de delitos [delitos contra la propiedad] se aumentan considerablemente las penas… Las variaciones principales en todos estos delitos son las siguientes: … La ocupación de un inmueble o usurpación de un derecho real por sí o por medio de otro, sin violencia ni intimidación en las personas y sin título legal para ello, constituye delito; y la comisión simultánea o reiterada de estos delitos en breve período de tiempo en un mismo término municipal, puede considerarla el tribunal constitutiva de delito de sedición, cuando estime que existe confabulación o ilícita inteligencia entre sus autores; así los dispone el artículo 709. También es delito de usurpación utilizar, alterar o detener fraudulentamente el curso de las aguas o sus aprovechamientos legales (art. 710); así como solicitar y obtener inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad de títulos o documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsedad o nulidad, precepto del artículo 711." San Martín Losada, L.: *El Código Penal de 1928 su estudio y comparación con el de 1870.* (Imprenta Clásica Española). Madrid, 1928. Pp. 187-190. Dispone el artículo 707: *"Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriera por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100*

6. Código Penal de 1932

Al día siguiente de la proclamación de la II República, el 14 de abril de 1931, se declaró anulado el código de 1.928 restableciéndose la vigencia del de 1870 convenientemente republicanizado. El 5 de noviembre de 1932 se promulgó el nuevo Código que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año. Se le considera una reforma del de 1870 armonizado a la Constitución de 1.931.

---

de la utilidad que haya reportado, y que no podrá ser inferior a 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.000 pesetas". Concuerda exactamente con el artículo 534 del Código penal anterior. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.– Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. Pág., 341. Tipifica el artículo 708 la alteración de términos o lindes de pueblos o heredades, y el 710 la distracción del curso de las aguas. El art. 709 la usurpación pacífica; así: *"El que por sí o por medio de otro, sin ejercer violencia ni intimidación en las personas, y sin título alguno legal, ocupara o utilizara alguna cosa inmueble o usurpara un derecho real de ajena pertenencia, será castigado con la pena de dos meses y un día a cuatro meses de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Lo sembrado, plantado, o edificado, así como los frutos, productos o beneficios obtenidos y mejoras realizadas, se considerarán de la pertenencia del legítimo propietario de lo ocupado, utilizado o usurpado, y le será entregado en su caso. La comisión simultánea o la reiterada de estos delitos en breve período de tiempo en un mismo término municipal, podrá considerarse como constitutiva de delito de sedición* [La sedición se tipifica en el Capítulo II, del Título III *"Delitos contra el orden público"*, del Libro II *"Delitos y sus penas"*]*, cuando el Tribunal estime racionalmente la existencia de confabulación o de ilícita inteligencia entre sus autores"*. "La acción civil interdictal no era elegida por los poseedores legítimos porque los cuantiosos gastos del procedimiento acaso sobrepasaban el valor de la propiedad o derecho real usurpado, y en cambio, los injustos detentadores se defendían como *pobres* hasta que el preciado venero aburría al litigante rico. Resultado de ello era la protección tácita que la Ley prestaba al detentador. Con el precepto del artículo 709, bien puede decir el docto compañero [don José María Carreras Arredondo] que han sido escuchados sus clamores. Claro está que no se comete el delito de usurpación en todos los casos de despojo, aunque se ha retrotraído el Código de 1928 a los preceptos del de 1850 que calificaba de delito de usurpación la ocupación de una cosa inmueble,

En opinión de Juan Del Rosal la reforma surge del seno de las condiciones políticas, pero al amparo de estas se verifica una enorme poda en el articulado, de índole técnica. Unas, tienden a mo-

---

o la usurpación de un derecho real de ajena pertenencia, ya se cometiera con violencia ya sin ella, haciendo confundir la procedencia de las acciones civil y penal, por lo que entonces se dio y ahora surge de nuevo la duda de si todos los casos en que cabe el interdicto existe el delito de usurpación. Adviértase que el Código exige la inexistencia de título legal, y desde luego, la intención clara y evidente de aprobación [léase apropiación], el ánimo de lucro, probados cuyos extremos surgirá el delito para cuya persecución , si en el interdicto entiende el juez o tribunal que puede haberlo se pasarán los autos al Fiscal para si procede promover la acción penal… En este caso no debe suspenderse el procedimiento civil, como parece desprenderse del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento, en razón a que no ha de fundarse exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de delito, que es el caso de dicho artículo. Para evitar litigios al propietario dispone la Ley que lo sembrado, plantado, o edificado, los frutos, productos o beneficios obtenidos y las mejoras realizadas, serán entregados al propietario. Y como una de las formas del delito de sedición es el despojo con objeto político o social de todos o parte de los bienes a los propietarios del Municipio, de la Provincia, o del Estado, o de otra cualquiera clase determinada, o la tala o destrucción, de dichos bienes, permite el párrafo tercero del mismo artículo 709 entender por sedición la usurpación simultánea o reiterada en breve período de tiempo en un mismo término municipal, si racionalmente puede suponerse que hay confabulación o inteligencia entre los autores. Como se ve se otorga al arbitrio judicial la fijación concreta de ese *breve* tiempo y la apreciación de la confabulación. Desde luego que para usar de ese atributo es preciso que existan distintos delitos de usurpación y distintos autores dentro del mismo término municipal". Jaramillo García, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.– Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. Pp. 341-342. En el artículo 711 leemos: *"Incurrirá en las penas señaladas en el artículo 707, como usurpador de la propiedad ajena, el que solicitare y obtuviere a su favor la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad de títulos o documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsedad o nulidad".* López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pp. 906-907. "La inscripción en el Registro de la Propiedad no convalida los actos nulos: ese es un principio hipotecario. Sin perjuicio de tal garantía a favor del legítimo dueño o poseedor, cuando se pretenda y obtenga la inscripción o anotación de títulos nulos o falsos, se comete el delito del artículo 711, pero nótese que no es suficiente la *petición*, sino también la *obtención* del asiento en los libros del Registro de la Propiedad. Sin embargo entendemos que la sola petición constituye

dernizar vocablos y vetustas designaciones. Otras, obtienen nuevas redacciones de artículos, inspirados en modelos político-criminales recientes o en intereses escuetamente políticos (21).

---

un delito de esta naturaleza en grado de tentativa". JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.- Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. P. 342. En la esfera del Libro III *"De las faltas y sus penas"*, y en el concreto ámbito de su Título VI *"De las faltas contra la propiedad"*, en el Capítulo II *"Uso arbitrario de la propiedad inmueble"*, encontramos algunos tipos de faltas relacionados con la figura de referencia. Así: Artículo 829:*"Serán castigados con la pena de uno a veinte días de arresto: 3.º–Los que sin permiso del dueño entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de aquella".* Artículo 830: *"Serán castigados con multa de 5 a 50 pesetas: 3.º– Los que entraren en heredad murada o cercada sin permiso del dueño".* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., Y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pp. 945-947. "Otra de las faltas que se pueden cometer por entrar en heredad ajena, es cuando la entrada se efectúa para aprovechar el espigueo o los restos de los mismos… Y también es falta la entrada en heredad murada o cercada, sin permiso del dueño. Tanto en una como en otra falta se exige que no exista autorización del dueño: es natural tratándose de faltas contra la propiedad; pero creemos preciso advertir, respecto de la primera de las citadas, que el permiso se supone denegado cuando la heredad está cerrada o cercada con manifiesta prohibición de entrar en ella, lo cual no acontece cuando no hay valla o cerramiento para impedir el paso". JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870. Volumen II.– Libros II y III. Artículos 215 al 858.* (imp. de "La Gaceta Regional") Salamanca, 1929. Pp. 421-422. Los artículos 833 a 835 sancionan a los dueños o encargados de ganado que por abandono o negligencia entraren en heredad ajena y causaren daños, así como la entrada sin causar daños careciendo de permiso para ello. Mayor pena se impone si se introducen de propósito. *Vid*., CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo código penal español (exposición y comentario).Libro primero y segundo.* Ed. Bosch. Barcelona, 1929-1930.

(21) Cfr., DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I… Op. cit.,* Pp. 199-200; DEL ROSAL, J.: *Derecho Penal (Lecciones)… Op. cit.,* Pp. 125-126; BURGOS PAVÓN, F.: "Tema 2. Evolución del Derecho Penal español. Los distintos Códigos Penales españoles. El Código Penal de 1995" en *Derecho Penal. Temario oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal.* Ed. Cef. Madrid, 2008. P. 3. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pp. 969-971. *Vid*., JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Código Penal*

La restauración del Código Penal de 1870 y la posterior elaboración del nuevo como una reforma armonizada del de 1870 (22), tiene como consecuencia la despenalización *como delito* de la usurpación pacífica (23).

---

reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Ed. Reus, 1.ª edición. Madrid, 1934.

(22) "Presto el Código Penal aparecerá parcialmente reformado. Con una fina percepción de lo que es para un país el Código Penal, la Comisión Jurídica Asesora ha sabido hacer justo uso de las facultades en ella depositadas por el Gobierno, para proceder a una nueva estructura de nuestra legislación penal. El que nos va a regir en cercana fecha, no es un Código nuevo, sino el existente, con las reformas más imperiosas que nuestra Constitución y el viejo texto de aquél exigían. No olvidemos que, si bien nuestro Código Penal lleva la data de 1870, es en realidad 1848 la que debe estimarse como verdadera, ya que las reformas de los años 50 y 70 (sólo indicamos las más importantes) no bastan a desvirtuar la primitiva estructura y concepción, debidas casi exclusivamente a don Joaquín Francisco Pacheco". López-Rey y Arrojo, M.: *La reforma del Código Penal Español, 5 de noviembre de 1932 (separado de la Revista de Derecho Público, número 11, noviembre de 1932).* Imp. De Galo Sáez. Madrid, 1932. Pp. 5-6. *Vid.*, López-Rey y Arrojo, M., y Álvarez-Valdés, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*. Ed. Revista de Derecho Privado, (Imprenta de Galo Sáez), Madrid, 1933.

(23) Los artículos 509 y 510 que integran el Capítulo III *"Usurpación",* del Título XIV *"De los delitos contra la propiedad",* del Libro II *"Delitos y sus penas"* regulan esta figura delictiva. "Este capítulo de la usurpación tiene poca aplicación en los tribunales de lo Criminal, porque muchas usurpaciones dan lugar al ejercicio de acciones interdictales, y otras las verdaderamente graves, que participan de la forma sediciosa, y que hoy por desgracia tanto se repiten, esas están siendo objeto de procedimiento cuando esto escribimos y nada podemos y debemos decir. Jurisprudencia reciente relacionada con el capítulo que comentamos, no la conocemos, y por eso no la damos". Núñez de Cepeda, H.: *1870-Código Penal-1932. Comentarios. Jurisprudencia. Tablas de penas*. (Litografía e imprenta Roel). La Coruña, 1932. Pp. 379-380. Dispone el artículo 509: *"Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando nunca de 250 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 250 a 2.500 pesetas".* Este delito requiere la concurrencia de violencia o intimidación. Establece el artículo 510: *"El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades, demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio*

La ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta. Como hemos indicado antes, otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él, -argumento *ad absurdo*-); pues no tendría sentido que se tipificase la entrada sin violencia o intimidación en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular (que implica necesariamente una previa entrada).

7. Código Penal de 1944

La nueva organización del Estado surgido del movimiento iniciado el 18 de julio de 1936, derogó, apenas triunfante, la legislación penal hasta entonces vigente, ya que los supuestos histórico-sociales en que se asentaba eran de signo radicalmente contrario al de los republicanos.

Se intenta concretar esta exigencia de reforma penal, de un lado, en un proyecto del año 1938 debido al profesor Castejón. Y, posteriormente, se confecciona otro proyecto por el Ministro de Justicia en el 1939, que tampoco tuvo fortuna. Ninguno de ellos pesó en la redacción de la reforma del año 1944, siendo a la sazón ministro del

---

público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 50 pesetas". López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 1.131. En el ámbito de las faltas, el Título IV *"Faltas contra la propiedad"*, del Libro III *"Faltas y sus penas"*, encontramos los artículos 582 a 584, entre los cuales destacamos el artículo 582:*"Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1.º– Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2.º– Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3.º– Los que sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de aquella. 4º.- Los que entraren en heredad ajena cerrada o en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar".* López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* Pp. 1.153-1.154; Cuello Calón, E.: *Código Penal reformado, de 27 de octubre de 1932*. Ed. Bosch, 4.ª edición. Barcelona, 1941. P. 456.

ramo Eduardo Aunós (24). Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprobó el texto Refundido del Código Penal que fue promulgado, mediante publicación en el BOE, el 13 de enero de 1945. Según su Exposición de Motivos: "… el Código de delitos y penas y la Ley de Prisiones, significan el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de la moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del Cristianismo y el sentido católico de la vida" (25).

---

(24) Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I… Op. cit.,* Pp. 200-202; Del Rosal, J.: *Derecho Penal (Lecciones)… Op. cit.,* Pp. 126-136.

(25) En lo tocante al tema referente, se encuentra regulado en el Capítulo III *"De la usurpación",* del Título XIII *"De los delitos contra la propiedad"*, del Libro II *"Delitos y sus penas"*, que integra los artículos 517 y 518. Dispone así el primero de estos artículos: *"Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.500 pesetas".* López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P. 1.317. Este delito requiere la concurrencia de violencia o intimidación en las personas, sin que baste a estos efectos que se lleve a cabo empleando fuerza en las cosas, y la oposición no supone, ni mucho menos, violencia cuando no se añade en que consistió. Cuello Calón, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados*. Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1946. Pp. 489-490. Establece el artículo 518: *"El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 50 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 1.000 pesetas".* López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L., y Ruiz de Gordejuela López, L.: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias… Op. cit.,* P., 1.317. La redacción es la misma que la del Código Penal de 1932 incrementándose la cuantía de las penas. En el ámbito de las faltas, el Título IV *"De las faltas contra la propiedad"*, del Libro III *"De*

Sostenemos el mismo planteamiento que al hablar del Código Penal de 1870 y 1932, al considerar que la ocupación pacífica parece relegarse a la categoría de falta, pues otra interpretación llevaría al absurdo jurídico.

8. Texto revisado de 1963 y Texto refundido de 1973

Uno y otro, sólo aumentaron la cuantía de las penas, y las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible (los límites mínimos de la utilidad reportada por el delito), manteniendo invariable, en lo demás, los artículos 517 y 518 del Código Penal de 1944 (delitos), así como los artículos 588 a 590 y 599 (faltas) (26).

Con posterioridad al texto refundido de 1973 se produjeron diversas reformas, las más importantes tras la Constitución de 1978 (27).

---

las faltas y sus penas", encontramos los artículos 588 y ss., de los cuales destacamos: Artículo 588: *"Serán castigados con la pena de 1 a 15 días de arresto menor: 1.º– Los que entraren en heredad o campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto. 2.º– Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses u otros productos forestales, para echarlos en el acto a caballerías o ganados. 3.º– Los que, sin permiso del dueño, entraren en heredad o campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha, para aprovechar el espigueo u otros restos de ésta".* Artículo 590: *"Por el solo hecho de entrar en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, se impondrá al culpable la multa de 10 pesetas."* No incurre en esta falta el que entra en una finca no murada o cerrada, sino simplemente deslindada y amojonada. Cuello Calón, E.: *Código Penal. Texto refundido de 1944 y Leyes especiales. Anotados y comentados… Op. cit.,* Pp. 580-581. *Vid*., Ferrer Sama, A.: *Comentario al Código Penal. Tomo IV.* Murcia, 1956 (Sucesores de Nogués), y Córdoba Roda, J., *et al*. *Comentario al Código Penal.* Ed. Ariel, 1.ª edición. Barcelona, 1972.

(26) La actividad legislativa, apenas transcurrido un año desde la publicación del texto refundido de 1944, es incesante. Esta intensidad legiferante culmina con la Ley de bases de 23 de diciembre de 1961, desarrollada por Decreto de 28 de marzo de 1963, que aprobó el Código Penal, texto revisado de 1963. La Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal, dio lugar a una nueva edición oficial. Aprobada por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

(27) **Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.** El fracasado Proyecto de Código Penal de 1980 y la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un

9. Código Penal de 1995

Bajo la rúbrica *"De la usurpación"* se recogen en el Capítulo V, del Título XIII *"De los delitos contra el patrimonio y el orden*

Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho, unido al preceptivo desarrollo de la Constitución de 1978 motivó la urgente reforma del Código Penal. En lo relativo a la usurpación la reforma se limitó a las actualizaciones de las cuantías objeto del hecho punible y a la elevación de las penas de multa, estableciéndose la divisoria entre delitos y faltas en 30.000 pesetas. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Pág. 48. **Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.** Tuvo por finalidad proceder a una revisión general de las cuantías de las multas, y sobre todo, a adecuar el Código Penal al principio de intervención mínima. Tras la reforma de la LO 3/1989, la cuantía de las penas en los delitos de usurpación era la siguiente: Artículo 517.–*"Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas. Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 100.000 a 200.000 pesetas",* y artículo 518: *"El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquiera clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que reportada o debido reportar con ello, siempre que dicha utilidad exceda de 30.0000 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 100.000 pesetas".* Los artículos 588 y 599 fueron dejados sin contenido por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. El artículo 589 sufrió una nueva redacción al exigirse la denuncia del perjudicado para su persecución, y al suprimirse la conducta de atravesar plantíos, sembrados, viñedos u olivares, por cualquier motivo o pretexto; disponiendo el citado precepto: *"El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 518, será castigado con multa de 5.000 a 50.000 pesetas, si la utilidad no excediere de 30.000 pesetas o no fuese estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado".* La ocupación pacífica de bienes inmuebles continuó siendo falta, si bien perseguible únicamente a instancia de parte, pues, como novedad, se condiciona a la persecución privada, al disponer el artículo 590: *"El que entrare en heredad murada o cercada sin permiso del*

socioeconómico", del Libro II del Código Penal de 1995, *"Delitos y sus penas"*, cuatro figuras delictivas distintas (28):

a) la del artículo 245.1, referida a la ocupación de un inmueble o a la usurpación de un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación (29);

---

dueño, será castigado con multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado". Vid., Bajo Fernández, M.: *La actualización del Código Penal de 1989*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989; Boix Reig, J., Orts Berenguer, E., y Vives Antón, T. S.: *La reforma penal de 1989.* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989; y Santa Cecilia García, F.: "Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, sobre actualización del Código español" en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales.* Año 15, Núm. 57/58, Enero-junio 1992. Ediciones Depalma, Buenos Aires. **Proyectos al Código Penal de 1995**: El Proyecto de Código Penal de 1980 en su artículo 252 preveía, únicamente, la tipificación de la usurpación violenta. Aparte del antecedente del Código Penal de 1848, 1850 y 1928, es en el artículo 241 de la Propuesta de 1983 donde se encuentra el origen del artículo 245.2 del vigente Código Penal. Así castigaba a *"el que penetrare u ocupare sin la autorización debida, vivienda, habitáculo o edificio ajenos, o se mantuviera en ellos contra la voluntad de su titular".* El Anteproyecto de 1992 ofrece ya un artículo 245 cuyos dos números coinciden con los que integran el también artículo 245 del Código Penal de 1995, así mientras el apartado 1 recoge la usurpación violenta, el número 2 acuña la no violenta al decir: *"el que ocupare sin la autorización debida una vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviera en ellos contra la voluntad de su titular…".* Se prescinde del verbo penetrar y del sustantivo habitáculo; lo que parece apuntar a la exigencia de un cierto comportamiento temporal en la acción y, al deseo de eliminar un sustantivo innecesario. La situación se repite literalmente en los dos números del artículo 249 del Proyecto de 1992, en los del artículo 238 del Anteproyecto de 1994, y en los del también artículo 238 del Proyecto de 1994. Por último, los dos números del artículo 245 del Código Penal de 1995 coinciden exactamente con los del artículo 238 de su Proyecto, excepto en la incorporación del vocablo "inmueble" a la relación de objetos materiales del delito de ocupación pacífica (inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada). Manzanares Samaniego, J. L.: "Comentarios al Código Penal. Artículo 245 " en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272.* Cobo del Rosal, M. (Dir.). Ed. Edersa, 1.ª edición. Madrid 2005. Pp. 219-220.

(28) *Vid.,* Cobo del Rosal, M. (Dir.): *Comentarios al Código Penal*. Ed. Edersa, 1.ª edición. Madrid, 2005.

(29) Artículo 245.1.– *"Al que con violencia o intimidación en las per-*

b) la del art. 246, alteración de términos o lindes de pueblos y heredades (30);

c) la del art. 247, distracción del curso de las aguas (31);

d) y en la que nos centramos, la del art. 245.2, de ocupación pacífica de un inmueble que no constituye morada y que es una respuesta penal al "movimiento okupa" (32).

El delito de ocupación tanto en su modalidad violenta (art. 245.1 CP), como no violenta (art. 245.2 CP), carece de la correspondiente figura de falta (hoy delito leve). Por el contrario, la alteración de términos o lindes de pueblos y heredades (art. 246 CP), y la distracción del curso de las aguas (art. 247 CP), tenían su correlativa figura de falta, respectivamente, en el artículo 624.1 y 2, si la utilidad reportada no excedía de 400 euros. Hoy delito leve tras la reforma del CP

---

sonas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado".

(30) Artículo 246.– *"1.– El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses. 2.– Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.".*

(31) Artículo 247.– *"1.– El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2.– Si la utilidad reportada no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses".*

(32) Artículo 245.2.– *"El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses".* Pese a no haber sufrido la redacción del artículo 245.2 del Código Penal ninguna reforma desde su introducción en el Código Penal de 1995, tras la reforma de éste por la Ley Orgánica 1/2015, la pena de tres a seis meses de multa ha dejado de ser una pena menos grave para pasar a ser una pena leve, con la inevitable consecuencia de producir en la ocupación pacífica de bienes inmuebles (y en otros delitos) una degradación sobrevenida de delito menos grave a delito leve. Y ello; porque se tiene por leve (art. 13.4 CP), el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el art. 33.3 del Código Penal.

operada por LO 1/2015, de 30 de marzo (arts. 246.2 y 247.2 CP) (33).

La usurpación pacífica es, pues, un delito *reintroducido* por el Código Penal de 1995, pues ya se tipificó en el de 1848 (y su reforma de 1850) y en el de 1928.

II. OCUPACIÓN vs OKUPACIÓN

1. El concepto de okupa

1.1. Sentido gramatical

El Diccionario de la de la Lengua Española de la Real Academia Española no recogía los términos okupa, okupar, okupación, ni movimiento okupa (todos ellos con letra "k") en su vigesimosegunda edición (año 2001), ni anteriores (34). A pesar de ello era y es habitual el empleo de tales términos.

Ha sido necesario un proceso de adaptación del Diccionario de la de la Lengua Española a la Nueva Gramática de la Lengua Española (2009) y a las normas de la nueva edición de la Ortografía de la Lengua Española (2010), para que en su vigesimotercera edición (octubre de 2014) se recojan los términos okupa y okupar; según el cual tienen el siguiente significado:

A) *Okupa*

Acortamiento de *ocupante,* con *k,* letra que refleja una voluntad de transgresión de las normas ortográficas.

---

(33) Artículo 624.- *"1.– El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado. 2.– Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el artículo 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros".* Artículo derogado por LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(34) Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22.ª edición, 2001.

1. adj. jerg. Dicho de un movimiento radical: Que propugna la ocupación de viviendas o locales deshabitados.
2. adj. jerg. Perteneciente o relativo al movimiento okupa.
3. m.y f. jerg. Miembro de un grupo okupa (35).

B) *Okupar*

De *ocupar,* con *k,* letra que refleja una voluntad de transgresión de las normas ortográficas.

1. tr. jerg. Tomar una vivienda o un local deshabitados e instalarse en ellos sin el consentimiento de su propietario. *Un centenar de personas okupó un edificio vacío*. U. t. c. intr.

La propia Real Academia de la Lengua Española evidencia el carácter transgresor del término, siquiera de las normas ortográficas (36).

1.2. Concepto sociológico

El movimiento "okupa" surge como fenómeno social durante los años 60 en el Reino Unido con el concepto de "Squatter", siendo un movimiento que obedece a una serie de razones no muy bien definidas a menudo. Así, entronca en ocasiones con ideologías basadas en el movimiento asambleario y la autogestión. De esta forma, se inicia, en muchas ocasiones, como una respuesta claramente ideologizada frente a los valores tradicionales de la sociedad, como es el de la propiedad privada, a la que se ataca frontalmente con estas actuaciones. En este sentido, es muy común que los movimientos "okupas" estén relacionados con el mundo de la antiglobalización y la extrema izquierda. Por otro lado, se da un fuerte elemento coyuntural y de realidad social en el auge de las "okupaciones". Así, estas también surgen como una respuesta por parte de sectores de la juventud frente a la precariedad en el empleo, las dificultades para independizarse del ámbito familiar y la crisis de la vivienda, que la hace difícilmente accesible a gran parte de los jóvenes. Estas dos motivaciones, la política y la social, no son estancas, y en numerosísimas ocasiones coinciden, alimentándose la una de la otra.

(35) http://dle.rae.es/?id=QyRCKlr
(36) http://dle.rae.es/?id=QySCSeP

El fenómeno "okupa" llega tarde a España, en relación con otros países Europeos como Reino Unido, Alemania u Holanda, comenzando su andadura como movimiento social a principios de los ochenta (37).

En este movimiento urbano, siguiendo a Martínez López, los *Centros Sociales Okupados y Autogestionados* (en adelante CSOA) adquirieron una mayor relevancia pública que los inmuebles okupados sólo como vivienda. No obstante, ambas modalidades evolucionaron de forma mutuamente imbricada.

Aunque una gran parte de activistas hayan rechazado ser adscritos al denominado "movimiento okupa" argumentando que la okupación es sólo un medio para conseguir otros fines, es posible identificar la consistencia del movimiento según:

— los principios libertarios compartidos por la mayoría de okupas y la confrontación reiterada con las autoridades locales,

— las eventuales coordinaciones de experiencias en cada ciudad y las redes de relación creadas; y

— la influencia recibida de otros nuevos movimientos sociales próximos y su implicación en ellos.

El repertorio de protestas del "movimiento okupa" y sus objetivos políticos constituyeron una innovación en el ciclo de manifestaciones alter-globalización a las que se incorporaron.

La práctica de la okupación de inmuebles abandonados constituyó, en principio, una forma de obtener espacios en los que potenciar los aspectos más radicales de los nuevos movimientos sociales (convencionalmente reducidos al ecologismo, el pacifismo y el feminismo), pero también de otros más marginales y alternativos (autonomía estudiantil y obrera, contrainformación, antifascismo, solidaridad con presos e internacional, etc.). Enseguida pasó a extenderse con cualidades propias de un movimiento urbano, de una

(37) Gómez Ibarguren, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. P. 1.

escena política alternativa y de unas prácticas contraculturales que lo distinguían de otros movimientos sociales.

Es un excelente ejemplo de movimiento urbano con un enfoque de "izquierda radical" a la vez que uno de los ámbitos en los que más innovación política y social "contracultural" se ha experimentado, en gran medida como prolegómeno a lo que después se ha extendido como movimiento alter-globalización.

A) *Catalizadores del movimiento okupa*

A lo largo de la década de 1980 y 1990 sirvió de germen del movimiento el desempleo, la precariedad laboral, las dificultades para el acceso a la vivienda y para desarrollar opciones culturales con independencia de instituciones estatales o de organizaciones formales. La relativa indefinición legal y política ante las okupaciones catalizaron la consolidación del movimiento.

B) *Singularidades en la trayectoria del movimiento okupa*

A partir de la aprobación del Código Penal de 1995, sufre una fuerte represión política, judicial y policial. Durante los años inmediatamente posteriores a esa fecha aumentan tanto los desalojos como las okupaciones y su repercusión mediática. Se multiplica y diversifica, se incrementan las tensiones y enfrentamientos con las autoridades locales, y se consolidan tendencias propias en su seno, como el rechazo a su institucionalización (a la "legalización" de las okupaciones).

C) Reconfiguraciones del movimiento okupa

Las okupaciones de inmuebles para residir en ellos se halla en el inicio del movimiento y también en su final; sin embargo, la fuerza y trascendencia pública del movimiento se ha conseguido gracias a los CSOA en los que las funciones de vivienda se han integrado, subordinado o eliminado, a favor de una amplia gama de actividades contraculturales, políticas y productivas abiertas a otros movimientos sociales y a sectores de población allende la propia "escena" alternativa. A medida que el movimiento se fue expandiendo, diversificándose las redes sociales implicadas y adquiriendo experiencia sus participantes y activistas, el movimiento okupa comienza entonces a abarcar, trazando nuevas alianzas, a centros sociales no okupados y a organizaciones sociales de un amplio espectro del movimiento

alter-globalización o de los barrios y ciudades donde se habían desarrollado okupaciones (38).

D) Movimiento urbano

CASTELLS definió a los MSU (movimientos urbanos) como *"acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada"* (39).

Desde esta perspectiva, el "movimiento okupa" no puede ser considerado como un movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer la necesidad de vivienda. Por el contrario, siguiendo a MARTÍNEZ LÓPEZ existen indicadores suficientes de que se trata de un "movimiento urbano" con una notable persistencia en el tiempo y que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico dominante; a saber:

— las okupaciones son mostradas públicamente, comunicadas y reivindicadas mediante panfletos, pintadas en las paredes, banderas, ruedas de prensa…;

— la provisión de vivienda se combina frecuentemente con la organización de actividades culturales, de debate, artísticas, de protesta sobre diversos temas, constituyendo CSOA abiertos a otros activistas, simpatizantes y públicos;

— la constitución de redes internas de relación social entre las distintas okupaciones y con otras organizaciones sociales que garantizan la continuidad de los proyectos y de los activistas independientemente de cada okupación concreta;

— la iniciación de una fuerte socialización política aprendiendo a ejercer derechos de ciudadanía, de organización colectiva y de expresión, a la hora de defender las okupaciones y de participar en diversas luchas sociales (de solidaridad con inmigrantes, antirrepresivas, frente a la videovigilancia, ecologistas, antimilitaristas, etc.).

(38) Hemos seguido en esta exposición a MARTÍNEZ LÓPEZ, M.: "El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización" en *Revista de Estudios de Juventud,* núm. 76, marzo 2007. Pp. 225-243.

(39) CASTELLS, M.: *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos*. Ed. Alianza Editorial, SA, Madrid 1986. Pp. 20-21.

— la promoción de una autoorganización asamblearia al margen de los partidos políticos, de los sindicatos y de organizaciones más formalizadas (vecinales, de solidaridad, etc.)

E) Relaciones con movimientos alter/anti globalización

Desde el punto de vista ideológico y del tipo de acciones contraculturales emprendidas, las okupaciones han tenido siempre una vocación global que las diferenciaría (junto a su carácter público, contencioso y provocador) de las ocupaciones meramente destinadas a satisfacer la necesidad de alojamiento.

Se trataría de un movimiento que en España se podría considerar "madrugador" e "inaugurador" de todo un ciclo de protestas más amplio, influenciando con su ejemplo de democracia radical a toda una familia de movimientos sociales que confluirán en el movimiento alter/anti-globalización. Si bien el acoplamiento progresivo del movimiento okupa al alter/anti-globalización y la consecuente crisis, estancamiento y "fagocitación" del primero por parte del segundo, pondría de manifiesto la culminación exitosa de uno de los discursos predominantes (entre los más elaborados) en las okupaciones, el de la búsqueda de una mayor autonomía social y de alianzas múltiples en los movimientos de crítica al orden capitalista (40).

2. Motivaciones de la okupación

"¿Cuánta gente conocemos que las pase canutas para llegar a fin de mes? Y aún más, nos preguntamos: ¿es justo que tengamos que hipotecar nuestra existencia en trabajos indignos (si es que podemos aceptar el concepto de trabajo asalariado digno), mientras unos

(40) Martínez López, M.: "El Movimiento de Okupaciones: Contracultura Urbana y Dinámicas Alter-Globalización" en *Revista de Estudios de Juventud,* núm. 76, marzo 2007. Pp. 225-243.

pocos se enriquecen a nuestra costa, tanto explotándonos directamente en lo laboral como en lo que nos sacan por vivir en sus casas?" (41).

La respuesta a estas preguntas que encontramos en el Manual de Okupación, elaborado por la Oficina de Okupación de Madrid nos permitirá descubrir la etiología de la okupación.

"Nuestra postura ante esta situación no pasa por la reivindicación de mejoras en las condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario. Consideramos que la acción del poder político no es más que el reflejo de los intereses de las empresas inmobiliarias y constructoras y los del propio Poder, ya que las medidas tomadas para resolver esta penosa situación no son más que botes de humo lanzados con la intención de crearse una imagen de falsa solidaridad con los desfavorecidos y simular que pretenden amortiguar las desigualdades sociales.

Las oficinas de okupación pretenden difundir esta práctica como herramienta revolucionaria que permita a las personas proporcionarse por sus propios medios un lugar digno donde vivir y desarrollar proyectos que partan de la autogestión, demostrando así a los poderosos que no les necesitamos. La legitimidad de la okupación tiene muy distintos enfoques, dado que se trata sólo de una práctica, y son las personas que la llevan a cabo quienes deciden el sentido de ésta. La expropiación temporal se fundamenta, entre otras razones, en la ilegitimidad de la propiedad entendida por su valor de cambio y no por su valor de uso. En otras palabras, la propiedad de un inmueble que se encuentra abandonado a la espera del momento oportuno para obtener el máximo beneficio es un lujo en una sociedad en la que millones de personas se dejan la vida en el trabajo para poder pagar los desorbitados precios de un mercado inflado por la especulación del ladrillo.

Este manual no pretende en modo alguno ser la única referencia de la okupación en Madrid, puesto que ésta es tan antigua como la Humanidad, y expertos hay tantos como personas que okupan. Nuestra intención es difundir y socializar el conocimiento acumulado, así como prestar asesoramiento técnico a los grupos o personas

(41) Oficina de Okupación de Madrid: *Manual de Okupación*. http://www.okupatutambien.net, 1.ª edición. Madrid, octubre de 2011. P. 13.

individuales que se decidan a okupar. Desde el nacimiento de las oficinas de okupación, en Inglaterra y Holanda durante la década de los 70, éstas han proliferado en distintas ciudades y han realizado a lo largo de décadas una importante tarea de asesoría y apoyo. En Madrid, las distintas oficinas existentes han establecido horarios de atención en algunos centros sociales okupados para dar este mismo servicio a las personas interesadas" (42).

Frente a esta concepción un tanto "roobinhoodiana" de la okupación, consistente en una actuación de lucha contra la especulación inmobiliaria, encontramos otras oficinas de okupación donde se vislumbra que estamos ante una conducta de carácter más político (y revolucionario) que económico-patrimonial.

Como ya dijimos anteriormente, el "movimiento okupa", en tanto que movimiento urbano protagoniza *"acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada"* (43). Desde esta perspectiva el "movimiento okupa" no puede ser considerado como un simple movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer la necesidad de vivienda, sino como un movimiento que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico existente (44).

---

(42) Oficina de Okupación de Madrid: *Manual de Okupación*. http://www.okupatutambien.net, 1.ª edición. Madrid, octubre de 2011. Pp. 14-15.

(43) Castells, M.: *La ciudad y las masas. Sociología de los movimientos sociales urbanos*. Ed. Alianza Editorial, SA, Madrid 1986. Pp. 20-21.

(44) Podemos englobar al movimiento okupa como una subcultura. El concepto de subcultura nace, en la década de los cincuenta, en la Sociología Criminal para explicar la conducta desviada de ciertas minorías marginales (minorías étnicas, políticas, raciales, culturales…), y concretamente la delincuencia juvenil. Los principales postulados o caracteres definitorios de las denominadas teorías subculturales son: 1.º– Carácter pluralista y atomizado del orden social: El cuerpo social está integrado por multitud de grupos y subgrupos diferenciados entre sí, que presentan un mosaico social fragmentado y conflictivo y sus propios códigos comportamentales, morales y de escalas de valores. 2.º– Las subculturas están integradas por grupos humanos con rasgos diferenciales respecto a la sociedad oficial o convencional. 3.º– Cobertura normativa de la conducta desviada: La conducta delictiva no es producto de la desintegración moral, desorganización personal, o de la ausencia de valores, sino reflejo de otro sistema normativo y ético, al que se denomina subcultural, (existen escalas de valores, con-

"A lo largo de los años, la okupación se ha desarrollado en distintos pueblos como un modo más de recuperar su soberanía. Es un instrumento, una táctica y una práctica, y una forma de vivir las luchas. Desde hace tiempo, en Europa y en otros rincones del mundo los movimientos de okupación han sido bandera de la lucha contra el capitalismo, haciendo su aportación al movimiento social y político

---

ductas y códigos morales, que legitiman la conducta antisocial, por ejemplo los códigos de la mafia italiana, la omertá entre los presos y delincuentes profesionales –ley del silencio–, las luchas territoriales entre bandas rivales, etc. 4.º– Existen semejanzas estructurales en la génesis (etiología) de las conductas regulares e irregulares. 5.º– Las teorías subculturales se apartan de las teorías ecológicas y de las de la anomia, por cuanto no les interesa tanto, la estructura ambiental del delito, la estructura interna de las bandas (teorías ecológicas), como su origen o etiología, estrechamente ligado al problema de la estratificación social. Así pues, el delito no es consecuencia de la desorganización social, ni de la carencia de valores o vacío normativo (teorías de la anomia), sino de una organización social desigual y de la existencia entre los distintos subgrupos que, al margen de los mayoritarios, también, componen el cuerpo social, de unos códigos éticos y valores, propios y diferentes a los de la "sociedad oficial". 6.º– El código axiológico, ético, comportamental o normativo de las distintas subculturas, cuenta con una cierta autonomía, si bien, no llega a independizarse por completo de la cultura dominante. 7.º– Las subculturas y los distintos grupos humanos que las integran, cuentan con una organización interna que regula las diversas relaciones entre sus miembros. 8.º– Las subculturas son en última instancia, la respuesta o mecanismo de superación de la frustración, de determinados colectivos, marginados para la obtención de los objetivos culturales y convencionales de las clases dominantes. Son pues, un producto del limitado acceso de las clases bajas a los objetivos y metas culturales imperantes, ofreciendo a través de la subcultura, instrumentos que ofrecen a sus miembros la obtención del éxito a través de fórmulas alternativas (el delito). Así pues, para las teorías subculturales, el delito no es consecuencia de la desorganización social, ni de la carencia o vacío normativo, sino de una organización social distinta de unos códigos de valores propios o ambivalentes, respecto a los de la sociedad oficial: es producto en suma, de los valores de cada subcultura. La subcultura surge en un modelo de sociedad plural y heterogénea. El proceso de interacción con otras personas que padecen

de cada pueblo. La okupación, como herramienta política que amplios sectores sociales han hecho suya, es una vía para hacer frente a la dominación y desestructuración como personas que vivimos hoy en día. Un instrumento para construir un nuevo modo de vida, para

---

semejantes problemas de adaptación social, genera un sentimiento de solidaridad de grupo. La participación en la subcultura, aporta así a sus miembros, el estatus que le niega la sociedad mayoritaria. Es por ello un mecanismo sustitutivo de participación social, una "mini-sociedad" de recambio para ciertas minorías, que gracias a una estructura organizativa y singular cuadro de valores, obtienen de su integración en la subcultura el necesario sentimiento de pertenencia e identidad, respecto al grupo, de camaradería, apoyo, estima y reconocimiento. Considera el Profesor García-Pablos de Molina que el promotor principal de las teorías subculturales es Cohen A. K., con su obra *Delinquent Boys. The Culture of the Gang, 1955* (Glencoe –Illinois-), el cual centró su obra en el análisis de la delincuencia juvenil de las clases bajas, concluyendo que las zonas donde se concentra la criminalidad (*delinquency áreas*) no son ámbitos desorganizados, carentes de normas y controles sociales, sino zonas o terrenos en los que están vigentes unas normas distintas de las oficiales. Cohen trató de verificar por qué las estadísticas criminales arrojan tasas de criminalidad tan elevadas entre bajas clases sociales de los barrios pobres (*slum*) concluyendo que el comportamiento delictivo refleja una protesta contra las normas y valores de las clases medias de la cultura norteamericana. Puesto que la estructura social impide al joven de las clases bajas, el acceso al bienestar por vías legales, experimenta un conflicto cultural o estado de frustración, lo que determina su inclusión en una subcultura separada de la sociedad o cultura oficial, subcultura gratuita, no utilitaria, maliciosa, negativa, destructiva y hedonista, provista de un sistema de valores propio y enfrentado al de aquella. Subcultura gratuita y no utilitaria, en el sentido de que los hechos criminales no persiguen directamente la obtención de un beneficio económico, sino otros objetivos (significado simbólico, espíritu de grupo y negación de los valores correlativos de la sociedad oficial). Maliciosa, por cuanto la satisfacción delincuencial, deriva precisamente, de la inconformidad de los otros y de la autocomplacencia hacia la provocación y el desafío de los tabúes sociales de la cultura oficial. Negativa y destructiva, porque se enorgullece de hacer aquello que se considera incorrecto según los estándares de las clases medias. Hedonismo inmediato, toda vez que la misma, produce una satisfacción inmediata frente a la postergación del placer, típica de la clase media. El delito, según esto, no es consecuencia del contagio social, de la desorganización (teorías ecológicas) sino expresión de otros sistemas normativos (subculturas) cuyos valores difieren de los mayoritarios, o incluso se contraponen deliberadamente a estos. La subcultura opera como evasión a la cultura general, o reacción negativa a la misma. Es una suerte de cultura de recambio que ciertas minorías marginadas crean dentro de la cultura

decir stop al desarrollo urbanístico, para crear alternativas ante la propiedad privada y para ponerlas en práctica. Haciendo frente a la cultura del consumo y al afán de lucro, la okupación, basándose en

---

oficial para dar salida la ansiedad y frustración que padecen al no poder participar, por medios legítimos, de las expectativas que teóricamente a todos ofrece la sociedad. La subcultura criminal es una cultura de grupo, colectiva y no una opción individual, privada. Lo decisivo para COHEN es por qué existen las subculturas, y la génesis de las mismas, no por qué un joven pasa de una subcultura a otra. Afirma COHEN que cada clase social tiene su particular código de valores. La clase media pone especial énfasis en la eficiencia y la responsabilidad individual, en la racionalidad, el respeto a la propiedad, la constructividad en el empleo del tiempo libre, en el ahorro y en la postposición del placer, en la movilidad social. Mientras las clases sociales bajas conceden mayor significación a la fuerza física y a la colectividad, y menor a la postergación del placer y al ahorro. Los jóvenes pertenecientes a estas últimas están avocados al conflicto y frustración porque se hallan en desventaja. De algún modo participan en ambos sistemas de valores, pues perteneciendo a la clase trabajadora, sus propios padres se hallan atraídos por los modelos de las clases medias, actitud reforzada por el sistema educativo y por el bombardeo institucional que oferta éxito y estima social. Sin embargo, carecen de las adecuadas técnicas de socialización para seguir unos valores (los de las clases medias) que no se acomodan al estatus de estos jóvenes, hándicap insalvable para responder a las demandas de la sociedad. El conflicto se produce cuando dichos jóvenes se identifican con las clases medias y al mismo tiempo, interiorizan los valores de la clase a la que pertenecen. Ubicados en una posición social inferior (y en desventaja) no podrán superar las demandas del grupo a que aspiran padeciendo graves problemas de adaptación. El conflicto admite tres opciones: la adaptación (*college boy*), la transacción o pacto (*corner boy*) y la rebelión frente a los valores de las clases medias (*delinquent boy*). El *delinquuent boy* resuelve su frustración de estatus enfrentándose de forma abierta a los estándares de la sociedad oficial, porque la subcultura criminal no pacta, ni tolera ambigüedades, y precisamente dicha rebeldía depara prestigio. En la génesis de la subcultura criminal, otorga COHEN gran relevancia a cierto proceso psicológico (psicoanalítico) de formación reactiva que explicaría además algunas características de la delincuencia subcultural. La violencia desmedida e innecesaria de ciertas manifestaciones de la delincuencia juvenil y la ejecución colectiva, por bandas, de delitos patrimoniales serían consecuencia

la práctica revolucionaria de la autogestión, va sustrayéndose a las garras de la economía dominante actual" (45).

A modo de decálogo okupa, leemos:

2.1. Creación de nuevas relaciones sociales

"Una casa okupada es un grito luchador y digno contra el sistema económico salvaje imperante hoy en día. Además de ejercer un control sobre nuestras vidas, esta economía globalizada nos obliga a destinar un porcentaje muy alto de nuestros ingresos al pago de la vivienda, pese a que el derecho a la vivienda y a una vida digna son ineludibles. La okupación es una herramienta para mostrar nuestra inconformidad con la lógica capitalista y para cambiar nuestras vidas, rompiendo con la lógica mercantilista y colmando nuestras propias necesidades. Es una actitud para romper con la dialéctica imperante entre la oferta y la demanda y el intercambio monetario, y para alejarse de los espacios del chantaje económico; en definitiva, para crear unas nuevas relaciones sociales" (46).

2.2. Reescritura de la historia

"Un espacio okupado es un instrumento para recordar y reescribir la historia. La okupación ha sido utilizada históricamente en todo el mundo para reafirmar nuestras vidas ante las injusticias: los campesinos, a lo largo y ancho del mundo, han utilizado las ocupaciones para hacer frente al despojo de sus tierras; en la década de los 70, las comisiones de fiestas y agrupaciones vecinales comenzaron con

---

de tal mecanismo psicológico cuyo distintivo es la notoria desproporción de la respuesta conductual al estímulo y el valor simbólico de la conducta misma. De Vicente de Castro, B.: *Criminología I. Parte General.* (inédito); Pp. 237-245; García-Pablos de Molina, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Ed. Tirant lo Blanch, 7.ª edición. Valencia, 2013. Pp. 494-499; García-Pablos de Molina, A.: *Tratado de Criminología*. Ed. Tirant lo Blanch, 4.ª edición. Valencia, 2009. Pp. 729-730, y 746-750.

(45) http://okupaziobulegoa.blogspot.com.es

(46) *Ibídem.*

la okupación de casas; también el movimiento obrero ha recurrido a la actitud insumisa de hacerse con las herramientas de trabajo para paralizar la producción...” (47).

2.3. Herramienta para la lucha

“Una casa okupada, además de abrir un espacio para la lucha, es una herramienta para poner en evidencia y superar las contradicciones que hoy en día tiene el sistema económico, golpeando la lógica irracional de la propiedad privada, poniendo en práctica la propiedad colectiva, levantando los pilares de una sociedad basada en una propiedad pública” (48).

2.4. Espacio para la subversión

“Una casa okupada se levanta contra la política capitalista de privatización de derechos. La fuerza de la okupación crea espacios para subvertir la situación de opresión. De hecho, pone en entredicho una política de vivienda construida para favorecer a unos pocos, al tiempo que desgasta a los partidos regionalistas y estatalistas en el poder” (49).

2.5. Reacción frente a la usura bancaria

“Nos obligan a tod@s a ser propietari@s, pagando a los bancos durante 40 años. De ese modo, nos convierten en esclav@s de la hipoteca, condenad@s a vivir atemorizad@s bajo la permanente amenaza de perder nuestro puesto de trabajo. Por eso ponemos la propiedad privada por encima de las necesidades sociales, hasta finalizar por vender nuestras propias vidas” (50).

(47) *Ibídem.*
(48) *Ibídem.*
(49) *Ibídem.*
(50) *Ibídem.*

2.6. Instrumento para cambios sociales y políticos

"Hay que alimentar permanentemente el arma teórica de la okupación. Sólo con esta arma en la mano es que el pueblo logrará los cambios sociales y políticos, es decir, cuando la teoría se aplique en la práctica y la práctica se sitúe bajo la dirección de una teoría revolucionaria. La teoría y la práctica se abren paso mutuamente y cada momento histórico debe construir sus planteamientos específicos" (51).

2.7. Camino para el triunfo político

"Por tanto, vemos imprescindible liberar el potencial provocador y constructivo de la okupación. Es imprescindible crear el mayor número de contradicciones posible entre los cerdos que se enriquecen con la negación de nuestros derechos, para hacer frente al modelo mercantilista de vivienda imperante hoy en día. Frente a este modelo basado en la opresión, forjaremos nuestro modelo alternativo. Y demostraremos que es posible poner en práctica este modelo para situar a sectores sociales cada vez más amplios en el ámbito de la okupación. No en vano es toda la sociedad la que sufre la negación del derecho a vivienda, por lo que es imprescindible que la respuesta sea colectiva: ganando en la correlación de fuerzas, situando sectores sociales amplios en sintonía con nuestro planteamiento. De ese modo, lograremos una cada vez mejor correlación de fuerzas frente al capital, porque sólo por el camino de la presión llegará el escenario político que garantice nuestros derechos" (52).

2.8. Creación de debate social

"Por tanto, utilizaremos la okupación para cortar de raíz con los estériles debates públicos que hoy en día plantean los pseudos-periodistas y para situar las claves del debate en los parámetros de las necesidades sociales. Por eso los medios de comunicación construidos para desinformar y favorecer a la burguesía, además de distorsionar la realidad y defender todos los días las políticas re-

(51) *Ibídem.*
(52) *Ibídem.*

presivas, han puesto a la okupación en el punto de mira. Ya basta. Construiremos un nuevo planteamiento para situar el debate en los parámetros que nosotr@s mism@s queremos: en la perspectiva de una ofensiva de la okupación" (53).

2.9. Creación de nuevas condiciones sociales

"La okupación necesita de un planteamiento aglutinador. Esta práctica política necesita de un proyecto político. Eso generará las condiciones sociales idóneas para intensificar la okupación en Bilbao y para aglutinar a la ciudadanía que impulsa esas ocupaciones, liberándoles de la impotencia y el consiguiente odio existente entre la ciudadanía" (54).

2.10. Herramienta de confrontación

"La okupación debe ser una herramienta de confrontación eficiente, ya que a través de nuestra práctica iremos creando el modelo de organización de la sociedad que garantice nuestros derechos. Llevar nuestros planteamientos a la práctica tendrá costes políticos: el pueblo responderá con la capacidad de gestionar sus derechos a una política cimentada en las injusticias. Ganando nuevos espacios, pondremos en evidencia sus políticas regresivas, ya que es la falta de voluntad política la razón de que se mantengan esas políticas" (55).

3. Ocupación: problema económico, no ideológico

El fenómeno de las ocupaciones de bienes inmuebles siempre ha existido, aunque no con la virulencia que presenta desde la década de los años 1980.

Así, el hecho de que familias o personas sin recursos hayan ocupado inmuebles es un hecho muy antiguo y el Código Civil de 1889 y la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya lo preveían, no sólo protegiendo al propietario, sino también al ocupante, que podía llegar a

(53) *Ibídem.*
(54) *Ibídem.*
(55) *Ibídem.*

adquirir la propiedad del bien inmueble por el transcurso del tiempo, incluso si no tenía buena fe ni justo título.

Un ejemplo de ocupaciones antes del nacimiento del movimiento "okupa" lo encontramos a mediados del siglo XX, cuando en España se produjo el éxodo del campo a la ciudad, con la consiguiente falta de vivienda urbana suficiente o de medios económicos para conseguirla (56).

3.1. Personas sin hogar

El sinhogarismo (homelessness) no es un mal de nuestros días, existe desde el principio de los tiempos.

Se puede definir a personas sin hogar como "aquellas que no pueden acceder o conservar un alojamiento adecuado, permanente y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas u otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para llevar una vida autónoma". Siguiendo al Profesor CABRERA "el sinhogarismo en su forma más grave, sería el de quienes viven literalmente a la intemperie, sin techo y por tanto carecen de un lugar físico donde residir, no disponen de un espacio para la privacidad y las relaciones sociales, ni un espacio para sí mismo; a esta situación extrema le seguiría en orden de gravedad el caso de quienes se encuentran temporalmente alojados en albergues con un período de estancia determinado de antemano, de forma puntual o permanente; finalmente, otras modalidades más suaves o mitigadas del problema, sería el caso de quienes participan en programas de alojamiento alternativo con estancias de duración indeterminada, quienes están alojados temporalmente por amigos o familiares, quienes viven en chabolas, en edificios ocupados, en condiciones de hacinamiento extremo, etc." (57).

---

(56) GÓMEZ IBARGUREN, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. P. 1.

(57) VALEDOR DO POBO DE GALICIA: *Las personas sin hogar en Galicia*. Septiembre, 2010. P. 5; CABRERA CABRERA, P. J.: "La acción social con personas sin hogar en la España del siglo XXI. Avances y retos en la última década" en *Exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación.* LAPARRA NAVARRO, M., Y PÉREZ ERANSUS, B. (COORD.). Ed. Fundación Foessa (Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada). Madrid, 2009. P. 184.

Conviene aclarar que cuando empleamos el término "persona sin hogar", lo hacemos en sentido estricto, para referirnos a personas que están excluidas del mercado laboral o con trabajo en precario: personas pobres o muy pobres que no disponen de medios económicos o estos son insuficientes o irregulares (limosnas, trabajos ocasionales, ayudas, venta ambulante…), que no les permiten vivir en un alojamiento con la estabilidad necesaria; personas con escasas habilidades, mínima autoestima y casi nula creencia en sí mismos.

En estos casos podría decirse que la conducta de la ocupación de un bien inmueble responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), es un fin en sí mismo, y está desnaturalizada de toda motivación ideológica y política. No se trata de ningún medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido (58).

Así en las propias páginas de "movimientos okupas" leemos: "*¿vas a okupar porque quieres o porque lo necesitas? si es porque quieres, ¡adelante! si es porque estás desesperado y la okupacion es tu última alternativa, infórmate primero en la asistencia social de los ayuntamientos, allí puedes encontrar algunas alternativas"* (59).

4. Mínima intervención del Derecho Penal: ¿ilícito civil?

Los partidarios de la no intervención penal ante el "movimiento okupa", sostienen que estamos ante un delito de nuevo cuño, introducido por el CP de 1995 cuya necesidad político-criminal es más que dudosa.

Señalan además que aunque los "okupas" puedan suponer una molestia, por regla general este tipo de conductas tiene lugar en edificios abandonados por sus moradores o propietarios; y no es más que una manifestación de "cultura alternativa", lo cual siempre, si es ejercido sin violencia o intimidación sobre las personas, puede

(58) Cabrera, P.J., y Rubio, M. J.: "Las personas sin hogar, hoy" en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 75, año 2008. Pp. 51-74; Valedor do Pobo de Galicia.: *Las personas sin hogar en Galicia*. *… Op. cit.,* Pp. 4-7.

(59) http://punx.mforos.com

suponer unas gotas de heterodoxia o, simplemente, diversión, a la vida ordinaria de suyo asaz y gris (60).

Se trata de un delito que está en la frontera del ilícito civil, ámbito en el cual tiene su origen esta conducta, y para la cual existen los siguientes remedios:

4.1. El precario

Se le pasaría a considerar al okupa como un precarista, existiendo una protección jurídico-civil suficiente para salvar el patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, y Ley de Propiedad Horizontal.

4.2. Protección civil a través del Registro de la Propiedad

Además, y siguiendo con dicho razonamiento, para los bienes inmuebles existe la posibilidad de inscripción de *"los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles"* en el Registro de la Propiedad (art. 1 LH), lo que ofrece una publicidad oficial de la situación jurídica de los mismos, tratando con ello de dar fijeza y seguridad al tráfico jurídico, tanto para el adquirente de buen fe, como para aquellas personas que figuren inscritas como sus titulares. El Ordenamiento Jurídico ofrece a éstos últimos la posibilidad de hacer valer su derecho inscrito a través del juicio verbal frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio (art. 41 LH y 250.1.7 LEC) (61), sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

---

(60) Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial.* Ed. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2010. P. 445.

(61) Dispone el artículo 41 de la Ley Hipotecaria: *"Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente".* El artículo 250.1.7 de la LEC, dispone: *"Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 7.º– Las que, instadas por los titulares*

4.3. Relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles

Para las relaciones jurídico-reales no inscritas o que no pueden llegar a inscribirse (posesión no basada en la titularidad de un derecho real), y que forman parte del patrimonio inmobiliario de una persona, el Derecho civil ofrece los antiguos interdictos de tutela de la posesión de bienes inmuebles, ahora juicios verbales sumarios, que se dilucidan también a través del juicio verbal (art. 250.1. 1, 2, 3 y 4 LEC) (62).

Siendo las acciones registrales y los interdictos de retener y recobrar la posesión (en la actualidad juicios verbales sumarios), vías suficientes para proteger el patrimonio inmobiliario, consideran los partidarios de la no intervención penal que no se entiende el recurso al mismo, pues ello vulnera su carácter fragmentario, de "ultima ratio", y de intervención mínima. Si ello es así, o si por el contrario la intervención penal es necesaria, está perfectamente adaptada a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho, y responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental (63), es una cues-

---

de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación".

(62) Artículo 250 LEC: *"1.– Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1.º– Las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca. 2.º– Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. 3.º– Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. 4.º– Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. …"*

(63) Dispone el art. 1.1 CE: *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su*

tión a concluir después de estudiar el artículo que tipifica la conducta okupa (artículo 245.2 CP), sobre todo su bien jurídico, donde trataremos de demostrar que no es sólo el patrimonio inmobiliario el objeto tutelado.

III. DELITO DE USURPACIÓN PACÍFICA DE BIENES INMUEBLES: ARTÍCULO 245.2 CP

1. Bien jurídico

1.1. Sentido político-criminal (*de lege ferenda*)

Todo tipo penal trata de proteger realidades valiosas desde la perspectiva individual o social. Por su valor se definen como bienes, y por merecer protección jurídica, como bienes jurídicos. Si, por su importancia y la gravedad del ataque que sufren, merecen además la más intensa protección del Derecho penal, pueden denominarse bienes jurídico-penales. El carácter fragmentario y de *"ultima ratio"* del Derecho penal, asegura que sólo se protejan penalmente los bienes jurídicos fundamentales, y sólo frente a los ataques más intolerables (64).

---

ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

(64) "Que el Derecho Penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal. El concepto de bien jurídico es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Reppertor, 9.ª edición. Barcelona, 2011. P. 120. Entre los límites que hoy suelen imponerse al *ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho Penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho Penal. Supone la concepción del Derecho Penal como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario. Pero, ¿cuándo ha de reputarse necesaria la

intervención del Derecho Penal? Aquí aparece el concepto de bien jurídico: el Derecho Penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Si bien, no todo bien jurídico requiere tutela penal, ni todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal. Para que un bien jurídico pueda considerarse, además un bien jurídico penal, cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal. MIR PUIG, S.: *Estado, Pena y Delito.* Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. Montevideo, 2006. Pp. 85-94. Una concepción democrática del Estado y del Derecho Penal supone que si al Estado no le corresponde la realización de fines trascendentales, sino de protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos, sólo estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad para el cumplimiento de dichos fines. Esto es, un Estado democrático sólo puede utilizar la pena y la medida de seguridad para la protección y fomento de las condiciones de vida de cada uno de los individuos. Los bienes jurídicos son los bienes en que se concretan tales condiciones de vida. Luego el Derecho Penal sólo podrá proteger los bienes jurídicos. Un Derecho Penal democrático ha de limitarse a proteger aquellos procesos de interacción social que, a largo o corto plazo, son necesarios para la subsistencia o mínimo funcionamiento de la estructura social (es decir, los bienes jurídicos), en cuanto ello constituye la condición de la vida de cada uno de sus miembros. MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método.* Ed. B de F. Julio Cesar Faira, editor. 2.ª edición. Montevideo, 2003. Pp. 135 y ss. Así pues, el Derecho Penal no pretende realizar valores absolutos de la justicia sobre la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia sino garantizar la inviolabilidad de los valores supremos del orden social haciendo posible la vida común, la convivencia. De acuerdo con este punto de partida (la naturaleza "instrumental" del Derecho Penal al servicio de la convivencia humana) entiende la doctrina que el cometido esencial del Derecho Penal es la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es la salvaguarda de los bienes jurídicos. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 5.ª edición. Madrid, 2012. Pp. 174 y ss. Bienes jurídicos son, pues, bienes vitales, fundamentales para el individuo y la comunidad que al ser tutelados por el Derecho se convierten en "bienes jurídicos". RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Civitas. Madrid, 1978. Pág., 19. La suma de los bienes jurídicos no constituye, de otro lado un cúmulo atomizado y desordenado de intereses, sino el "orden social". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen I. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal… Op. cit.,* Pp. 174. "El Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social

Aunque el bien jurídico se materializa siempre en un objeto de la acción, no debe confundirse con éste. El bien jurídico expresa el valor personal o social del objeto(65).

---

coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio de la "máxima utilidad posible" para las posibles víctimas debe combinarse con el de "mínimo sufrimiento necesario" para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del Derecho Penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible. Entra en juego así el "principio de subsidiariedad", según el cual el Derecho Penal ha de ser la *"ultima ratio",* el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos (Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *política social*. Seguirán a continuación *sanciones no penales,* tanto civiles, –impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios, etc.– como administrativas –multas, sanciones disciplinarias, etc.–. Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad). El llamado "carácter fragmentario del Derecho Penal" constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado "principio de intervención mínima". MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General… Op. cit.,* Pp. 117-118. Principio de intervención mínima que implica que para que la ley penal no se transforme en instrumento al servicio de los detentadores de la potestad legisladora y punitiva, es preciso oponer al ejercicio de ésta, un límite fundamental: las leyes penales en un Estado de Derecho democrático solo se justifican porque prestan tutela a un valor que, por ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si se aparta de esa misión, si no tutelan intereses comunitarios, si solamente establecen deberes, serán formalmente "leyes penales", pero no serán "Derecho Penal" propio de un Estado de Derecho. La función de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima deben, además, verse acompañados por el postulado de equilibrio en la tutela de bienes jurídicos. Esto es, que sean atendidas las exigencias de una adecuada selección y ponderación de los bienes jurídicos a proteger penalmente. QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal.* Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 4.ª edición. Navarra, 2010. P. 75. La política criminal es una teoría de lo posible, de la adecuación de los medios que tiene el Estado para emplearlos en la lucha contra el delito. Actualmente hay general coincidencia en estimar que uno de los principios rectores de una adecuada política criminal es el de considerar la sanción penal como la *"ultima ratio".* RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General.* Ed. Dykinson, 18.ª edición. Madrid, 1995. P. 18.

(65) MOLINA FERNÁNDEZ, F.: "Hecho antijurídico. Tipicidad en los delitos activos" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 130.

1.2. Sentido dogmático (*de lege lata*)

La importancia de la determinación del bien jurídico protegido, como objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada radica, siguiendo a MIR PUIG, en la triple función que desempeña (aparte de la función límite del legislador); a saber:

A) *Función sistemática*

El Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito para su clasificación por Títulos en el Libro II (delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…).

B) *Función de guía de la interpretación*

Una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico.

C) *Función de criterio de medición de la pena*

La mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. Dentro del margen de arbitrio judicial que la ley concede, ello puede servir de base a la concreta determinación de la pena, especialmente cuando no concurran circunstancias atenuantes ni agravantes de la responsabilidad criminal; supuesto en que según establece el artículo 66.1.6.ª del Código Penal, para los delitos dolosos, los Jueces y Tribunales aplicarán la pena en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (66).

No es pacífica en la Jurisprudencia ni en la doctrina la determinación del bien jurídico protegido en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles. Se pueden agrupar en las siguientes categorías:

(66) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General… Op. cit.,* Pp. 161-164.

1.3. Posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad

Un sector doctrinal y jurisprudencial considera la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal (67). En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia *menor* (68).

---

(67) Rubio Pérez De Acevedo, M.ª P.: "La usurpación de inmuebles. Estudio del artículo 245.2 del Código Penal" en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid,* núm. 29. Julio-diciembre 2009. p. 152-154.

(68) Así, la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1.ª, S 13-10-2000, núm. 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan (EDJ 2000/52612): "El artículo 245.2 del Código Penal, ubicado entre los delitos contra el patrimonio en el Titulo XIII, sanciona con multa de tres a seis meses al "que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular". El legislador ha querido dar protección penal con este precepto a la posesión del propietario para que pueda ejercer las facultades que le confiere su derecho de dominio; y sobre la base de este bien jurídico , ha definido la prohibición de ocupar o mantenerse indebidamente en "un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada". … el bien jurídico protegido por el delito de usurpación es la posesión, es decir, una relación específica del propietario sobre la cosa, una situación de hecho consistente en el señorío sobre la cosa derivada de su condición de propietario de ella. … La ubicación sistemática del art. 245.2 CP en el Título XIII ("Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico") nos permite aventurar que no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad, lo que permitiría aventurar la hipótesis de que cualquier otra posesión, como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio, o que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios a que se refiere el artículo 446 CC ["Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen"]… no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta que es, como se ha dicho, la posesión del propietario socialmente manifiesta..." En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 16.ª, S 6-3-2009, núm. 127/2009, rec. 60/2009, Pte: Perales Guilló, M.ª Elena (EDJ 2009/67633): "Pues bien, el apartado 2 del artículo 245 del Código Penal

La determinación de la posesión continua, permanente, y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal, tiene como consecuencia que la posesión vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el dominio, o la que no esté vinculada a ningún derecho (posesión como hecho de un precarista, de un usucapiente del dominio o de un derecho real limitado poseíble…), no tiene protección penal. Asimismo, exige para que la conducta sea penalmente relevante que se trate de una "desposesión" (69) conti-

---

tipifica como delito de usurpación la conducta del que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular. La ubicación de este artículo en el Título XIII del Código, dentro de los "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", nos permite sostener que no es cualquier posesión la que está amparada penalmente, sino la posesión que deriva del derecho de propiedad. Ello quiere decir que cualquier otra posesión, como por ejemplo la vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el de dominio o la que no esté vinculada a ningún derecho, no puede tener protección penal por su carácter excepcional. Estas posesiones, si se ven perturbadas, tendrán que recurrir a los medios que regula la jurisdicción civil. Consecuencia de lo anterior es que sólo puede ser sujeto pasivo del delito el propietario del inmueble, vivienda o edificio que tiene afectada la posesión de estos bienes por una acción de ocupación o permanencia. En cuanto a la conducta típica del injusto … es preciso señalar que lo que el legislador ha querido prohibir con este delito es un riesgo específico del bien jurídico de la posesión, concretamente el que se produce con la ocupación o mantenimiento indebido de un individuo dentro de un inmueble, vivienda o edificio ajeno deshabitado. Luego no es cualquier ocupación, como dice el recurso, la que está contemplada en el citado precepto, sino sólo aquélla que realmente signifique un riesgo a la posesión. Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que no se actualiza efectivamente la posesión sobre el bien ocupado dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o en los que se objetiva una inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios, ya sea por la breve duración de la utilización de la finca (lo que según el recurso sucedió en este caso) ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical. En definitiva, no quedarían comprendidos dentro del tipo legal, por su escasa o nula significación de riesgo para la posesión, por ejemplo, la entrada ocasional en una vivienda desocupada de un vagabundo para dormir…"

(69) Lo que la jurisprudencia anteriormente transcrita refiere como el estado de un bien inmueble dejado en "situación de abandono fáctico, que no jurídico". Pues el abandono jurídico requiere un acto de renuncia del titu-

nuada, permanente y estable en el tiempo del propietario, excluyendo por tanto entradas ocasionales al considerar que existe escaso riego para la posesión (70).

lar, caso en que la propiedad pasa a pertenecer a la Administración General del Estado como bien patrimonial sujeto al Derecho Privado, arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, produciéndose la adquisición *"ope legis e ipso iure"* sin necesidad de acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. Así disponen los artículos antes citados. Artículo 16. Carácter patrimonial de los bienes adquiridos. *"Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público".* Artículo 17. Inmuebles vacantes. *"1.– Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2.– La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley. 3.– La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4.- Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil".*

(70) Ejemplo: sería atípica según esta concepción el supuesto de ocupación de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario), ya que es el usufructuario el que tiene las facultad de usar y disfrutar de la cosa *(uti, frui, licere).*

1.4. Posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada

Otro sector doctrinal (71) y jurisprudencial considera la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal (72).

---

(71) MARTÍNEZ GARCÍA, A. S.: "De la Usurpación" en *Comentarios al Código Penal.* GÓMEZ TOMILLO M. (DIR.). Ed. Lex Nova, 1.ª edición. Valladolid, 2010. P. 959; y GARCÍA PÉREZ, J. J.: "Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal" en *Revista Sepin*, marzo 2011 (SP/DOCT/14572).

(72) En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1.ª, S 21-4-2003, núm. 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239): "…es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas. Realmente no existe acuerdo doctrinal ni aun en las decisiones de las Audiencias sobre esta cuestión, pues se barajan como posibles bienes jurídicos tanto la propiedad como la posesión. La cuestión no es intrascendente, pues aparte de la evidente diferencia conceptual entre uno y otro derecho, lo es también el contenido de cada uno, de forma que, dada la elasticidad del dominio, puede estar diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, como puede estar desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo. Con la opinión mayoritaria (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Sección 1.ª, de 6 de septiembre del 2.001 EDJ 2001/54826 , Cádiz, Sección 8ª, de 6 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52633, Las Palmas, Sección 1.ª, de 13 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52612, entre otras), estima este Tribunal que el bien jurídico protegido no es la propiedad sino la posesión, y aun dentro de ésta, la posesión como hecho y no el derecho a poseer. En efecto, si la acción típica consiste en ocupar o en mantenerse en el inmueble, se refiere el Código Penal, sin duda, a un ataque que supone conseguir por el autor el contacto físico con el bien, de modo que se alude al despojo de la posesión, entendida en su más estricto sentido de posesión natural (artículo 430 del Código Civil) ["Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos"]. De las diferentes facultades del dominio, se selecciona así una sola como única susceptible de ser vulnerada por este delito: la de la posesión real, efectiva e inmediata. A esto se alude con la referencia que en múltiples Sentencias de Audiencias (Las Palmas, Sección 1.ª de 13 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52612, Madrid, Sección 5.ª, de 9 de octubre del 2.000 EDJ 2000/52657 y Sevilla, 1.ª, 6 de septiembre del

Esta posición doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico protegido por el artículo 245.2 del Código penal, como la posesión real,

2.001 EDJ 2001/54826) se contiene a que la posesión quebrantada ha de ser una "posesión socialmente manifiesta y reconocida", que es una forma elocuente de definir la posesión como hecho. Por ello, y en cuanto no se quebranta esa clase de posesión que se reconoce como bien jurídico protegido, no serían punibles las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad. Y, avanzando ya una idea más específica para nuestro caso, no estaría incluido, al contrario de lo que se expone en los recursos, en este tipo delictivo el ataque no a la posesión fáctica sino al derecho a poseer, conforme a la doctrina civilista que distingue entre el ius possessionis y el ius possidendi. En el primer caso, se advierte un cambio en la situación de hecho, cuyo reproche y sanción se incluye en la norma penal, conforme a la finalidad que a ésta le es propia que se centra en el atentado de hecho y no de derecho, mientras que en el segundo caso existirá un litigio puramente civil para definir quién sea el titular del derecho a poseer, y singularmente, si ese derecho en el caso concreto es prevalente al mero derecho de posesión. … la calificación del bien jurídico protegido como la posesión inmediata, excluyendo del mismo el derecho a poseer …" En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 3.ª, S 19-10-2011, núm. 861/2011, rec. 194/2011, Pte: Manzano Meseguer, M.ª Jesús (EDJ 2011/261929): "… Ambos recursos se resolverán de forma conjunta ya que vienen a cuestionar la aplicación al caso de autos del art. 245.2 del CP por considerar que nos encontramos ante una edificación ruinosa, no habiéndose perturbado el bien jurídico protegido. El párrafo segundo del art. 245 del Código Penal tipifica la conducta consistente en la detentación de un inmueble ajeno que no constituya morada, sin emplear violencia ni intimidación, pero carente de la debida autorización. Se castiga así la toma de posesión, o invasión inmobiliaria, tratándose de preservar los derechos del poseedor civilmente protegible. Este tipo requiere para su existencia: 1.– El requisito del "corpus" o tenencia material de la cosa. 2.– El requisito del animus, entendido como intención o voluntad de exclusividad en la detentación, elemento imprescindible para que proceda la aplicación de la figura enjuiciada, pues si la voluntad del ocupante no engloba una decidida intención de contrariar la legítima posesión del titular inmobiliario, sino que se limita a procurarse una utilización o aprovechamiento pasajeros, transitorios u ocasionales, su conducta no puede entenderse subsumida en el mismo. Entre las situaciones amparadas por el art. 245.2 del C. Penal, deben incluirse aquellas perturbaciones de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno que consisten en la

de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada (la posesión) (73), es más amplia que la anteriormente expuesta. Dada la elas-

---

ocupación o mantenimiento dentro de ellos y que signifique un riesgo a una posesión clara y socialmente manifiesta. Así, entrarían dentro del tipo penal la ocupación de un inmueble, vivienda o edificio temporalmente deshabitado a la espera de un comprador, una obra en construcción, etc.; supuestos en los que la ocupación tiene un plus de desvalor que justifica la intervención penal frente a la tutela que otorga el remedio interdictal. No obstante, esta intervención penal resulta desproporcionada cuando nos encontramos con fincas abandonadas o en mal estado, que carecen del arraigo social que cabe atribuir, entre otros supuestos, a las casas de temporada o las casas del constructor temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador. No están excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, pues el legislador coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios, pero sí deben quedar al margen de la protección penal aquellos bienes cuya posesión no resulta evidente en la conciencia social en un ámbito determinado, como es el caso de viviendas o almacenes con apariencia de abandono. Se excluye la protección penal en aquellos supuestos en que no existe en el ocupante la decidida voluntad de contrariar la legítima posesión del titular del inmueble por cuanto lo que busca es procurarse un aprovechamiento o utilización meramente pasajeros, transitorios y ocasionales, aprovechamientos que no comprometen la posesión que debe protegerse, ya que en estos casos no existe la voluntad de exclusividad en la detentación del inmueble que perturbe la legítima posesión protegida por el tipo penal del art. 245.2 del CP. En el presente caso la propia sentencia reconoce que el estado de la finca era ruinoso, que le faltaba parte del techo, carecía de suministros y no tenía ni siquiera puerta de entrada, siendo su estado de habitabilidad deplorable ... no habiendo quedado suficientemente probado que ... su posesión sobre la misma fuera evidente en la conciencia social".

(73) "¿Basta, para que pueda hablarse en sentido jurídico de posesión y para que, por ende, surja la protección posesoria, con la mera tenencia material de la cosa o es preciso que se dé una determinada intención *(animus)* por parte del tenedor? Según la teoría subjetiva o clásica de la posesión (desenvuelta fundamentalmente por SAVIGNY), la posesión, en sentido jurídico, está integrada por dos elementos: *corpus* y *animus*, entendiendo este último como intención de tener la cosa para sí o de obrar como propietario; la presencia de este ánimo serviría para distinguir la posesión de los supuestos de mera tenencia. Frete a esta tesis, niega IHERING que haga falta un especial *animus*, y menos aún un *animus domini* para constituir la posesión: desde luego, en el poseedor hay siempre una cierta intención, pero esta intención también se da en el tenedor. De esta teoría se deduce que toda detentación (tenencia) es posesión y que, por lo tanto, solo excepcionalmente puede privarse al detentador de la protección posesoria. Este

ticidad del dominio, (que permite que se encuentre diferenciada la propiedad de la posesión sobre la misma cosa, y que esté desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo), y considerando el bien jurídico protegido no como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad (es decir el dominio o propiedad), sino como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada (la posesión natural, y con mayor motivo, la posesión civil); es posible subsumir en el artículo 245.2 del Código penal, todas aquellas conductas humanas dirigidas a perturbar (mediante la ocupación o permanencia), la posesión como hecho y el *ius possessionis* o derecho de posesión derivado de la misma, con independencia de quién tenga el *ius possidendi* o derecho a poseer, el cual no es protegido penalmente (aunque sí civilmente) si no va acompañado de la posesión como hecho.

Quedan al margen de la protección penal aquellas conductas que recaen sobre inmuebles abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad, al considerarse que en estos casos la posesión no resulta evidente en la conciencia social, por no existir una posesión socialmente manifiesta y reconocida. Entendemos, pues, que en esta concepción de posesión realmente manifiesta y reconocida hay una cierta tendencia a equiparar posesión con poder físico actual sobre la cosa, olvidando que el poder de hecho debe ser entendido en el sentido de señorío efectivo de nuestra voluntad. Para que haya poder de hecho la tenencia material es insuficiente, y el contacto corporal no es estrictamente necesario, así el guarda de una finca no la posee, es un simple servidor de la posesión, y su dueño aunque resida a cientos de kilómetros es su poseedor, siendo suficiente que se halle bajo el poder de su voluntad y los demás no la hayan sometido al suyo (74).

---

parece ser el sentido de lo dispuesto en el Código Civil español, que concede protección posesoria a "todo poseedor", ya lo sea en concepto de dueño (es decir con *animus domini*), ya en concepto distinto, y que distingue, en su artículo 430, una posesión natural como tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, de una posesión civil, que es esa misma tenencia unida a la intención de haber la cosa o derecho como propios". HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario.* Ed. Civitas, 1ª edición. Madrid, 1980. Pp., 54-55.

(74) Ejemplo: sería típica según esta concepción el supuesto de ocupa-

En ambas concepciones se excluyen las entradas ocasionales u ocupaciones transitorias sin ánimo de ejercer derechos posesorios, al considerarse que existe un escaso riego para la propiedad/posesión.

1.5. Patrimonio inmobiliario

Existe una tercera postura en la doctrina y jurisprudencia, que considera el patrimonio inmobiliario, como el bien jurídico protegido en el artículo 245.2 del Código Penal (75). Para HUERTA TOCILDO la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico protegido sería el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos (76). O en palabras de CALABUIG COSTA, "las facultades integrantes de los derechos reales inmobiliarios que permitan el uso y disfrute de los mismos" (77).

---

ción de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario), ya que es el usufructuario el que tiene las facultad de usar y disfrutar de la cosa *(uti, frui, licere).*

(75) BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal Español. Tomo II.- El sistema de la parte especial. Volumen 1.– Delitos contra bienes jurídicos individuales.* Ed. J. M. Bosch editor. Barcelona, 2005. P. 492; POLAINO NAVRRETE, M. (DIR.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. Ed. Tecnos. Madrid 2011. *Vid.,* Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 12-11-2014, núm. 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778).

(76) HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario.* Ed. Civitas, 1.ª edición. Madrid, 1980. Pp. 74; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 11.ª edición. Valencia, 1996. P. 352; y ROCA AGAPITO, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 198.

(77) CALABUIG COSTA, M.ª L.: "Título XIII, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo quinto, De la Usurpación" en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, artículos 138 a 639.* CRUZ DE PABLO, J.A. (COORD.). Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008. P. 811.

"Tiene su razón de ser que sea el patrimonio inmobiliario el bien jurídico protegido debido a la ubicación sistemática que tiene este delito en el actual Código Penal de 1995, donde lo tenemos situado en el Título XIII de su Libro II, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Respecto del patrimonio, entendido como derecho a la propiedad que aparece consagrado en el artículo 33.1 CE, esta conducta supone una actividad similar a la usurpación violenta o al hurto, como atentado contra dicho derecho, aunque con un desvalor inferior a éstas; en relación con el hurto, porque no supone la privación absoluta de la propiedad, y en lo que respecta a la usurpación violenta del artículo 245.1 porque no tiene el plus de antijuridicidad que conlleva el uso de medios violentos en las personas o en las cosas. Esta menor antijuridicidad se ve, de hecho, reflejada en la menor pena que merece este tipo penal en el apartado 2 del artículo 245.

En relación con el "orden socioeconómico" como segundo de los valores que pretenden protegerse en el Título XIII, no estamos aquí ante un derecho, sino más bien ante un valor superior de nuestra sociedad reflejado por el ordenamiento jurídico. Efectivamente, nos encontramos en una sociedad capitalista de libre mercado en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual debe protegerse el ejercicio del conjunto de los derechos que comprenden el patrimonio de las personas, proporcionando a los ciudadanos una garantía de seguridad jurídica relativa a que el ejercicio de ese derecho no se verá limitado salvo en los casos previstos por la ley. Hay que tener en cuenta, en consecuencia, a los límites constitucionales al sistema capitalista de libre mercado, que es lo que se protege dentro del Título XIII del Libro II CP 1995. En lo que respecta a estos principios, el artículo 128.2 CE, dice lo siguiente:

"Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Si sólo considerásemos que el bien jurídico protegido es la propiedad, dejaríamos "cojo" a este delito ya que el ejercicio del derecho de la propiedad quedaría incompleto si no pudiese ejercerse

efectivamente el resto de los derechos inherentes al mismo, como son los relativos a la efectiva posesión y disfrute de un bien inmueble, vivienda o edificio" (78).

Siguiendo esta postura encontramos, diversas resoluciones de la Jurisprudencia *menor* (79).

Esta tercera concepción del bien jurídico protegido como el patrimonio inmobiliario es más amplia que las anteriormente expuestas y puede considerarse como una suma de las otras dos, con las que tiene en común que las entradas con carácter pasajero, esporádico o transitorio, siguen considerándose atípicas por el escaso riesgo que producen al bien jurídico protegido. Su mayor amplitud deriva

(78) Gómez Ibarguren, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. Pp. 9-10.

(79) Entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sec. 3.ª, S 5-11-2010, núm. 703/2010, rec. 317/2009, Pte: Bru Azuar, Francisca (EDJ 2010/348989): "El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 245 es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; teniendo en definitiva por objeto la protección del patrimonio inmobiliario. Se trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí durante un tiempo prolongado en el cual el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia limitada, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal … La ocupación del inmueble implica desposeer al legítimo titular de su derecho, comportándose el sujeto como propietario del inmueble. Debe darse una cierta permanencia en la ocupación como condición del tipo… excluyéndose los casos en que la entrada en el inmueble tiene un carácter esporádico y pasajero". En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 1.ª, S 8-6-2005, núm. 199/2005, rec. 36/2005, Pte: Cantero Aríztegui, Francisco Javier (EDJ 2005/82715): "El principio de legalidad exige no solo la tipificación delictiva de un hecho, sino también la correcta aplicación del tipo de que se trate. El bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 245 del Código Penal es el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles; en resumen, tiene por objeto la protección del patrimonio inmobiliario. En definitiva, trata de evitar el despojo de dichos bienes respecto del propietario o poseedor de los mismos, debiendo entenderse este despojo, si no como definitivo, sí como continuado en el tiempo, en el sentido de que suponga un periodo dilatado durante el que el titular venga o esté impedido para el ejercicio de sus derechos sobre el bien inmueble, y no una mera estancia transitoria, y ello dado el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal…".

del hecho de que la protección es no sólo para el poseedor cuya posesión deriva del dominio (primera teoría), o para cualquier poseedor de hecho (segunda teoría), sino que puede ser protegido el dueño aunque no tenga la posesión como hecho (80).

1.6. Patrimonio inmobiliario y orden público

Por su ubicación sistemática, entre los delitos contra el patrimonio (Capítulo V, del Título XIII, del Libro II del Código penal), y al tener la conducta un cierto contenido patrimonial, se podría pensar que el delito de usurpación, en su variante de ocupación pacífica de bienes inmuebles, es un delito uniofensivo, al existir un único interés a proteger (la propiedad, la posesión o el patrimonio inmobiliario), según las tres posturas expuestas *ut supra*.

De forma tímida y minoritaria algún autor deja intuir que estamos ante un delito pluriofensivo, considerando que en el tipo penal se combina el desvalor de dos bienes jurídicos (patrimonio y orden público). Manzanares Samaniego sostiene que la ocupación pacífica del artículo 245.2 del Código penal, no sólo se diferencia con la violenta o intimidatoria del artículo 245.1 del mismo cuerpo legal, en la concurrencia o no de tales circunstancias, sino que los elementos del tipo cobran tonalidades propias, siendo el bien jurídico protegido ejemplo de ello. Así sostiene: "Por lo que hace al bien jurídico protegido, éste puede ser identificado, siguiendo la opinión general y la propia ubicación del precepto como el patrimonio, y quizá, más exactamente, como la disponibilidad sobre el uso de determinados bienes, si bien no falte una cierta resonancia del orden público en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias) frente al orden establecido (jurídico y social)" (81).

---

(80) Ejemplo: sería típica según esta concepción el supuesto de ocupación de un inmueble cedido en usufructo por el titular del mismo (propietario); si bien, a diferencia de la concepción que sostiene que el bien jurídico protegido es la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada, en este caso sujeto pasivo sería tanto el propietario (con una posesión mediata sobre el inmueble usufructuado), como el usufructuario (con una posesión inmediata), y que tiene las facultad de usar y disfrutar de la cosa, en definitiva la posesión como hecho.

(81) Manzanares Samaniego, J. L.: "Comentarios al Código Penal. Artículo 245" en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el pa-*

La localización sistemática (82) en el Código penal no puede ser el único criterio determinante para establecer el bien jurídico protegido, ya que puede existir una errónea ubicación por un defecto de técnica legislativa. Habrá que estar también a la semejanza del delito con otras figuras delictivas para determinar el bien jurídico protegido. Así en el Derecho alemán, el parágrafo 123 Stgb (83) ubica en su Sección séptima, bajo la rúbrica "Hechos punibles contra el orden público", un tipo penal de semejantes características al que aquí se estudia así como al allanamiento de morada.

El elemento histórico (84) de interpretación de las normas

---

trimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272. COBO DEL ROSAL, M. (DIR.). Ed. Edersa, 1.ª edición. Madrid 2005. P. 220.

(82) Consiste en relacionar una ley con aquellas otras que integran una institución jurídica y cada institución jurídica con las demás. Un elemento de interpretación sistemática es la *sedes materiae*, o sea, la colocación de un precepto dentro del conjunto de una ley, que hay que suponer que no es arbitraria. Sin embargo, no hay que dar a dicho elemento una importancia decisiva ya que a veces los preceptos legales no están bien colocados. Por ejemplo, esto ocurre con el art. 2 CC., que se refiere a la eficacia de las leyes en el tiempo y que debía estar ubicado en el Capítulo III del Título Preliminar, relativo a la eficacia general de las normas jurídicas. Sin embargo, está ubicado en el Capítulo I, relativo a las fuentes del Derecho. JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: "Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas" en *E-Prints UCM.* Código ID: 12734.

(83) § 123. *Violación de domicilio. (1) Quien penetra ilegalmente o quien sin autorización permanezca en la vivienda, en los locales de negocios, o en la propiedad delimitada de otro o en espacios cerrados que estén destinados para el servicio público o para el tráfico y no se aleje a petición de quien le asiste derecho, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa. (2) El hecho solo será perseguido a petición.* Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (TRADUCTORA). Universidad Externado de Colombia, 1999.

(84) Las leyes suelen ser reproducción, desarrollo o modificación de un Derecho preexistente. Por otro lado, sin los precedentes históricos, muchas veces es imposible determinar el significado de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador. Por ejemplo, la acción de petición de herencia es mencionada por el CC en algunos preceptos, pero no la regula. Para determinar el significado del concepto jurídico "acción de petición de herencia" hay que acudir al Derecho anterior al Código Civil e incluso al Derecho romano, como dice CASTÁN TOBEÑAS. Por eso el elemento histórico ofrece gran interés para la interpretación. Cabe agrupar los elementos históricos para la

(art. 3.1 Código civil) (85) nos remite al Código Penal de 1928, el cual en el párrafo tercero del artículo 709 preveía la posibilidad de llegar a considerar como constitutiva de delito de sedición (en la actualidad delito contra el orden público) la comisión simultánea o reiterada de la usurpación en un breve período de tiempo en un mismo término municipal.

---

interpretación de las normas del siguiente modo: 1.– Precedentes remotos, constituidos por el Derecho romano y por los demás Derechos históricos que han contribuido a la formación del nuestro, entre los que destacan el germano y el canónico. 2.– Precedentes inmediatos, formados por el estado legal anterior a la ley vigente que se interpreta. 3.– Trabajos preparatorios de la ley: Exposiciones de Motivos, proyectos, Memorias de Comisiones técnicas, discusiones en las Cortes, leyes de Bases que se desarrollaron, etc. Jiménez París, T. A.: "Las fuentes supletorias de la Ley y la aplicación de las normas jurídicas" en *E-Prints UCM.* Código ID: 12734. La importancia del elemento histórico en la interpretación de las normas es puesta de manifiesto como se ha señalado anteriormente por el profesor Castán Tobeñas, que a propósito de la acción de petición de herencia señala lo siguiente: "El Código civil no regula la acción de petición de herencia, pero no ofrece duda su persistencia en nuestro Derecho, donde las acciones no están sometidas a un *numerus clausus.* Además, hace alusión a ella dicho Cuerpo legal en su artículo 192 (a propósito de la apertura de una sucesión a la que está llamado un ausente) y, en cierto modo, en el artículo 1.016 (que se refiere a la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia) y el 1.021 (que habla del que reclama judicialmente una herencia de que otro está en posesión por más de un año). Esta falta de regulación de la acción de que se trata lleva consigo una dificultad para perfilar su concepto y su régimen. Habrán de ser muy útiles, para suplir este vacío legal, los principios generales del Derecho (formados sobre la base del Derecho romano y los antecedentes de la legislación y doctrina científica patria) y las elaboraciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. También deberán ser tenidas en cuenta, en tanto la analogía lo permita, las reglas de la acción reivindicatoria." Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, común y foral. Tomo sexto: Derecho de sucesiones. Volumen primero: La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte).* Ed. Reus, SA, 9.ª edición, revisada y puesta al día por Castán Vázquez, J. M., y Batista Montero-Ríos, J., Madrid, 1989. P. 433.

(85) Artículo 3.1. CC: *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".*

Para Nogueira Gandásegui no es acertada la inclusión del artículo 245.2 dentro del Capítulo V, del Título XIII del Libro II del Código Penal por no responder a una necesidad de protección patrimonial, ya que aunque pueda existir una cierta lesión patrimonial, en el orden jurisdiccional civil existe una protección suficiente del patrimonio inmobiliario a través de las acciones registrales e interdictales (juicios verbales sumarios en los que se ejercitan acciones posesorias). Sería contrario al principio de intervención mínima la introducción en la protección del patrimonio inmobiliario de esta figura delictiva si se considerase únicamente como el bien jurídico protegido la posesión, la propiedad o el patrimonio inmobiliario. El legislador ha querido proteger bien el orden público, bien un derecho personal amparado de un modo especial, en cuanto a la disponibilidad de viviendas y otros locales que se resguardan en este lugar y que pertenece a la esfera individual (86).

1.7. Patrimonio inmobiliario, seguridad del tráfico y orden público

No constituye misión inexcusable del legislador atribuir una designación correcta a las titulaciones que encabezan los títulos, capítulos o secciones que agrupan las infracciones penales en orden a su naturaleza y de conformidad con el bien jurídico protegido. Circunstancia que tampoco puede obviar la labor del estudioso del Derecho penal que, con una actitud crítica, ha de determinar adecuadamente el bien o interés que se proteja en cada caso (87).

Partiendo de la idea de que cada una de las figuras delictivas que integran los delitos contra el patrimonio tratan de proteger alguno o algunos de los elementos patrimoniales que lo componen y no al patrimonio entendido en su globalidad (como conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un

(86) Nogueira Gandásegui, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales.* Ed. Madrian Libros, Cambados, 1999. Pp. 121-123.

(87) Robledo Villar, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*. Ed. Bosch, Casa Editorial, SA, 1.ª edición, Barcelona, 1997. Pp. 8-9.

valor económico y que deben ser valorables en dinero) (88), en el caso que nos ocupa se pretende proteger el patrimonio inmobiliario.

Siguiendo a HUERTA TOCILDO la usurpación no es sino una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico protegido sería el tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos (89), lo que supone que el tipo penal protege:

a) al poseedor cuya posesión deriva del dominio,
b) a cualquier poseedor de hecho, y
c) al dueño aunque no tenga la posesión como hecho (poseedor mediato).

El tipo penal no agota el desvalor de la conducta en los ataques al patrimonio inmobiliario. A veces se ha querido ver en estos delitos más que un ataque a la relación patrimonial entre el sujeto y los bienes, un ataque a los medios de prueba de dicha relación, constituyéndose en una especie de delito contra la fe pública (90).

Se pretende proteger asimismo la seguridad del tráfico jurídico en relación con los bienes inmuebles (que posesión de hecho y derecho a poseer sean las dos caras de la misma moneda). La posesión es una emanación del derecho que se tiene sobre una cosa; si bien adquiere una relevancia jurídica propia porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho sobre la cosa (posesión como poder de hecho) desvinculado del derecho.

---

(88) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición. Valencia, 2010. P. 372.

(89) HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario.* Ed. Civitas, 1.ª edición. Madrid, 1980. P. 74.

(90) ROCA AGAPITO, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 198. ANTOLISEI considera que más que lesionar los derechos patrimoniales, constituye esta conducta un ataque a los medios de prueba, lo que justifica su inclusión por parte de algunas legislaciones (concretamente en el Código Penal Suizo) entre los delitos contra la fe pública. HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario… Op. cit.,* p. 75.

Se fija en la situación jurídica (por los efectos que le atribuye) en la que aparece una persona en una relación fáctica con la cosa. La posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga nuestra posesión). Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia. En consecuencia, bajo el prisma de la función legitimadora, diríamos que la posesión es la situación jurídica que legitima a una persona en virtud de la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta o publica, o permite a los terceros confiar en ella (91). Ese interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, es protegido por el Derecho penal en este tipo delictivo; ya que hasta el despojante (art 441 CC) (92) es protegido por el ordenamiento jurídico aunque "en la otra cara de la moneda" no exista derecho alguno.

En definitiva, se trata de proteger la seguridad del tráfico en relación a los bienes inmuebles (de valor e importancia muy superior, normalmente, a los bienes muebles) de tal manera que posesión de

(91) Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derechos de cosas y Derecho Inmobiliario Registral.* Ed. Tecnos, 6.ª edición. Madrid, 1997. Pp. 97-98; Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general.* Ed. Tecnos, 8.ª edición. Madrid, 2012. Pp. 83-84.

(92) Artículo 441 CC: *"En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente".*

hecho y derecho a poseer coincidan en la misma persona; y ello porque existe en nuestro ordenamiento jurídico la presunción de que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, es el titular del derecho en cuyo concepto posee, y porque hasta el despojante es jurídicamente protegido.

El Tribunal Supremo, interpretando la *mens legislatoris* en relación al delito de ocupación pacífica, dice: *"Este tipo de delito, introducido en nuestra legislación por el CP 95 a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas"…"* (93).

Si la postura de los "ocupas" (según ellos mismos), *"no pasa por la reivindicación de mejoras en las condiciones de acceso a la vivienda o la intervención de los poderes públicos para obtener ayudas o regulación del mercado inmobiliario* (es decir, no pretenden actuar dentro de las vías legales, y por los cauces que el ordenamiento jurídico establece), sino que *"pretenden difundir esta práctica como herramienta revolucionaria que permita a las personas proporcionarse por sus propios medios un lugar digno donde vivir y desarrollar proyectos que partan de la autogestión"* (94), y "*los movimientos de okupación han sido bandera de la lucha contra el capitalismo, haciendo su aportación al movimiento social y político de cada pueblo… herramienta política… vía para hacer frente a la dominación y desestructuración como personas que vivimos hoy en día … instrumento para construir un nuevo modo de vida, para decir stop al desarrollo urbanístico, para crear alternativas ante la propiedad privada y para ponerlas en práctica…"* (95), consideramos que el bien jurídico protegido, como vislumbra Manzanares Samaniego, ha de ser también el orden público (cuando se trata de okupas, no de ocupas) en tanto se combaten las iniciativas (con frecuencia multitudinarias), frente al orden establecido (jurídico y social) (96).

Si por orden público entendemos la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, o manifestaciones de

---

(93) Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 15-11-2004, núm. 1318/2004, rec. 487/2003, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2004/197365).

(94) Manual de Okupación. http://www.okupatutambien.net

(95) www.okupaciobulegoa.org.es

(96) Manzanares Samaniego, J. L.: "Comentarios al Código Penal. Artículo 245" en *Comentarios al Código Penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272.* Cobo del Rosal, M. (Dir.)*… Op. cit.,* p. 220.

la paz pública en las relaciones sociales (97), parece evidente que si el legislador quería dar una respuesta penal al movimiento okupa, era porque quería proteger ese orden público (98) frente a aquellos colectivos en que su conducta no responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), ni a un fin en sí mismo, sino a un medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido. Así en su propias páginas leemos: "*¿vas a okupar porque quieres o porque lo necesitas? si es porque quieres, ¡adelante! si es porque estás desesperado y la okupacion es tu última alternativa, infórmate primero*

(97) Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial… Op. cit.,* pp. 883-884.

(98) No debe confundirse orden público con paz pública: Dice así Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 13-10-2009, núm. 987/2009, rec. 10504/2009, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2009/234585): "*Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999 EDJ 1999/33572–, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas –STS 1622/2001 EDJ 2001/33604–. En idéntico sentido la doctrina científica lo define como"... la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana...".* En el mismo sentido el Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 20-7-2011, núm. 865/2011, rec. 124/2011, Pte: Jorge Barreiro, Alberto G. (EDJ 2011/166757), dice: *"según tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en su sentencia 1154/2010, de 12 de enero de 2011, la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS núm. 987/2009, de 13 de octubre, se decía que "Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio, se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999–, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas STS 1622/2001".*

en la asistencia social de los ayuntamientos, allí puedes encontrar algunas alternativas" (99).

En resumen, podemos concluir que nos encontramos ante un delito pluriofensivo que pretende proteger no sólo el patrimonio inmobiliario, sino también la seguridad del tráfico jurídico y el orden público. De otra manera hubiera sido innecesaria la regulación de esta conducta en el Código Penal de 1995 al existir en el orden jurisdiccional civil una protección suficiente del patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley de Propiedad Horizontal…

2. Sujeto activo

En la redacción empleada por el legislador al tipificar la conducta penal no se exige ninguna condición especial (autoridad, funcionario público, facultativo…) para ser sujeto activo (100), por lo que, en principio, cualquiera puede realizar la conducta descrita en el tipo penal. Se emplea la fórmula genérica *"el que…".* Nos encontramos, pues, ante un delito común.

No pueden ser sujetos activos del delito de usurpación las personas jurídicas. Aunque desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, rige en nuestro sistema penal el principio *"societas delinquere et puniere potest"*, el sistema de *"numerus clausus"* de responsabilidad penal de las mismas (art 31 bis CP) no recoge entre los supuestos previstos en el Código Penal la ocupación pacífica de bienes inmuebles (101).

---

(99) http://punx.mforos.com

(100) No debe confundirse sujeto activo con autor. A tenor del artículo 27 CP los autores (junto con los cómplices) son una de las categorías de los responsables criminalmente de los delitos y faltas, mientras que los sujetos activos son quienes han de practicar, conforme a la norma correspondiente, la conducta típica con independencia de que sean o no responsables del delito. Cabe, pues, decir que autor de un delito será aquel de entre los posibles sujetos activos de la conducta típica que efectivamente la ha puesto en práctica y responde criminalmente por ello. Octavio de Toledo y Ubieto, E., y Huerta Tocildo, S.: *Derecho Penal. Parte General Teoría Jurídica del Delito.* Ed. Rafael Castellanos, editor. 2.ª edición. Madrid, 1986. P. 47.

(101) Carbonell Mateu, J. C., y Morales Prats, F.: "Capítulo 4.– Responsa-

La Jurisprudencia *menor* entiende que "*el sujeto activo necesariamente ha de ser el no propietario, puesto que el inmueble, la vivienda o el edificio ocupados se califican como ajenos…"* (102).

Serrano Piedecasas, y Roca Agapito entienden que sí puede ser sujeto activo el propietario del inmueble, vivienda o edificio ocupado (103). A nuestro parecer la postura más acertada es la de considerar que el propietario no puede ser sujeto activo del delito de usurpación (104), toda vez que el tipo penal, como dice la jurisprudencia exige la ajenidad. Si bien, la turbación de la posesión legítima por parte del propietario no sería atípica sino que podría dar lugar al delito de coacciones (172), o al de realización arbitraria del propio derecho (455) (105).

---

bilidad penal de las personas jurídicas" en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010.* Álvarez García, F. J., y González Cussac, J. L. (Dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pp. 55-86; Gil Gil, A., Lacruz López, J. M., Melendo Pardos, M., y Núñez Fernández, J.: "Lección 38. Personas jurídicas y responsabilidad penal" en *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Ed. Dykinson. Madrid, 2011. Pp. 1065-1087; Velasco Núñez, E.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales" en *Diario La Ley,* núm. 7883, Sección tribuna, 19 de junio de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley; Carretero Sánchez, A.: "Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Diario La Ley,* núm. 7786, Sección tribuna, 30 de enero de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley.

(102) AP Valencia, sec. 2.ª, S 3-2-2011, núm. 94/2011, rec. 12/2011. Pte: Tomás Tío, José María (EDJ 2011/27692); AP Sevilla, sec. 7.ª, S 19-5-2011, núm. 237/2011, rec. 3156/2011. Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2011/206858); AP Madrid, sec. 23.ª, S 22-4-2009, núm. 462/2009, rec. 28/2009. Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo (EDJ 2009/107244).

(103) Serrano Piedecasas, J. R.: "La usurpación (Título XIII, Cap. V CP)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 13, año 2004. P. 416; Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F. J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pp. 198 y 206.

(104) Llop Cuenca, P.: "Libro II. Capítulo V del Título XIII. De la usurpación" en *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles*. Doctrina 12/12/2003 TOL349.019 www.tirantonline.com.

(105) Rodríguez Fernández, R. y Vázquez Rodríguez, J. M.: "Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas"" en *Revista Sepin*, mayo 2012 (SP/DOCT/16710). Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición. Valencia, 2010. Pp. 420-421.

En este caso, la conducta del propietario del bien inmueble sería similar a la prevista en el artículo 236 del CP para los propietarios de los bienes muebles. No existiendo en el Código penal una figura de *"furtum possessionis"* para los bienes inmuebles (en la que se proteja al legítimo poseedor frente al propietario), tal conducta podría subsumirse en los ya mencionados delitos de coacciones, o realización arbitraria del propio derecho.

3. Sujeto pasivo

Siendo el sujeto pasivo el titular del bien jurídico protegido, o en palabras de ANTOLISEI, *"el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito"* (106); su concreción es consecuencia ineludible de la determinación previa del bien jurídico protegido.

La precisión del sujeto pasivo no sólo posee una importancia constructiva, sino también una gran trascendencia práctica. De quién sea el sujeto pasivo pueden depender:

1.º La impunidad o no del autor: el consentimiento sólo es válido, en orden a la exclusión de la responsabilidad criminal, si lo presta el sujeto pasivo, y la excusa absolutoria del artículo 268 CP presupone que el sujeto pasivo se halle respecto del sujeto activo en una determinada relación de parentesco.

2.º La posibilidad de atenuar o agravar la pena: la individualización del sujeto pasivo tiene importancia para atenuar la pena en el número 5º del artículo 21 CP, para agravarla en los números 2.º y 4.º del 22 CP (estos preceptos se refieren a la víctima o al ofendido), y para atenuar o agravar, según los casos, en el artículo 23 CP (que habla de agraviado).

(106) ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* DEL ROSAL, J., y TORIO, A. (Traductores). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960. P. 137. MIR PUIG amplía el concepto de sujeto pasivo al incluir no sólo al titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, sino también al portador de ese interés. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Reppertor, 9.ª edición. Barcelona, 2011. P. 230.

3.º Otros efectos legales: como los previstos en el artículo 48 y 80.6 CP (107).

No debe confundirse el sujeto pasivo (titular del bien jurídico protegido) y la persona sobre la que recae físicamente la acción típica (que forma parte del objeto material), aunque en ocasiones puedan coincidir (como en los delitos de homicidio, lesiones…).

Asimismo, es preciso distinguir el sujeto pasivo del perjudicado (108). Este segundo concepto es más amplio, pues abarca no sólo al titular del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas; lo que es importante para determinar la responsabilidad civil derivada del delito (109).

3.1. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad

Para aquel sector doctrinal y jurisprudencial que considera el bien jurídico protegido como la posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad, el sujeto pasivo es únicamente el poseedor cuya posesión deriva del dominio (per-

(107) Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General… Op. cit.,* p. 230.

(108) A título ilustrativo de la distinción entre ambos conceptos leemos en el Profesor Santa Cecilia García: En el delito de daños el sujeto pasivo ha de ser el propietario o propietarios de la cosa dañada, titulares del bien jurídico protegido atacado por el delito, pues en el delito de daños se tutela la propiedad en sentido estricto. El mero poseedor podrá tener, a efectos procesales, la condición de *perjudicado*, pero por no ostentar la cualidad de propietario no puede ser sujeto pasivo del delito de daños. También pueden ser sujeto pasivo del delito las personas jurídicas, incluso indirecta o directamente el propio Estado. Santa Cecilia García, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Pp. 256-257.

(109) Molina Fernández, F.: "Hecho antijurídico. Tipicidad en los delitos activos" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* Molina Fernández, F. (Coord.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 132. Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Reppertor, 9.ª edición. Barcelona, 2011. P. 230.

sona propietaria en quien coincida posesión de hecho y dominio), quedando excluidos de protección penal tanto los poseedores en los cuales su posesión se encuentre vinculada a cualquier otro derecho sobre la cosa que no sea el dominio (arrendatario, usufructuario …), como los poseedores en los que su posesión no esté vinculada a ningún derecho (precarista, usucapiente del dominio o de un derecho real limitado poseíble…).

3.2. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada

Sujeto pasivo del delito de ocupación pacífica es aquél que ostente sobre el inmueble, vivienda o edificio, la posesión como hecho y el *ius possessionis* o derecho de posesión derivado de la misma, siempre que se conciba el bien jurídico protegido como la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada. Puede ser, por tanto, sujeto pasivo ora el propietario (cuando coincidan en él, dominio y posesión de hecho, es decir sea el poseedor inmediato), ora el poseedor que ostente la posesión como hecho, cuando se haya desgajado el uso o disfrute del inmueble de la titularidad sobre el mismo (con independencia de quién tenga el *ius possidendi* o derecho a poseer -que es una cuestión a dilucidar en la vía civil-). En resumen, sería sujeto pasivo cualquier poseedor de hecho del inmueble.

3.3. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario

Si se considera que el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, sujeto pasivo del delito sería tanto el poseedor cuya posesión deriva del dominio, como cualquier poseedor de hecho del inmueble, y también el dueño, aunque no tenga la posesión como hecho (poseedor mediato) (110).

---

(110) La Jurisprudencia *menor* entiende que *"el sujeto pasivo puede ser tanto el propietario, como la persona que tenga derecho a ocupar el inmueble…"* (EDJ 2011/27692, AP Valencia, sec. 2.ª, S 3-2-2011, núm. 94/2011, rec. 12/2011. Pte: Tomás Tío, José María; EDJ 2011/206858,

3.4. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario y orden público

Si además de ser el patrimonio inmobiliario el bien jurídico protegido, se sostiene que éste está integrado por el orden público, habría que considerar como sujeto pasivo del delito no sólo al poseedor cuya posesión deriva del dominio, a cualquier poseedor de hecho del inmueble, y al dueño aunque no tenga la posesión como hecho, sino también, a la comunidad (111) en tanto que interesada en el mantenimiento de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana.

3.5. Determinación del sujeto pasivo desde la consideración del bien jurídico como el patrimonio inmobiliario, el orden público y la seguridad del tráfico

Según nuestra postura, que sostiene que estamos ante un delito pluriofensivo (112) en el cual se protege el patrimonio inmobiliario,

---

AP Sevilla, sec. 7.ª, S 19-5-2011, núm. 237/2011, rec. 3156/2011. Pte: Romeo Laguna, Juan; EDJ 2009/107244, AP Madrid, sec. 23.ª, S 22-4-2009, núm. 462/2009, rec. 28/2009. Pte: Gutiérrez Gómez, Jesús Eduardo).

(111) Si bien, como en todo delito, no solo se lesiona o pone en peligro un interés individual, sino también se siente herida o conmovida la sociedad humana en donde se comete; dijérase que en cierta medida, la sociedad es siempre sujeto pasivo del delito. DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I.* Madrid, 1968. Pág. 506; En un mismo delito pueden darse varios sujetos pasivos, como, por ejemplo, en la injuria dirigida a un grupo de personas y, especialmente, en los delitos que por su naturaleza ofenden a un número indeterminado de individuos. Los delitos que presentan esta segunda particularidad se denominan "vagos" *(vaghi)* o "vagantes" *(vaganti)*, y entre ellos destacan principalmente los delitos contra la incolumidad pública. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* DEL ROSAL, J., y TORIO, A. (Traductores). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960. P. 137.

(112) Frente a los delitos uniofensivos en que hay un único interés protegido, en los delitos pluriofensivos se combina el desvalor de dos o más bienes jurídicos (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: "Capítulo 5.– Hecho antijurídico. Sección 2.- Tipicidad en los delitos activos" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* MOLINA FERNÁNDEZ, F. (COORD.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 131). Se produce una multiplicidad de sujetos pasivos en

la seguridad del tráfico y orden público, debemos hacer las siguientes precisiones a lo anteriormente expuesto.

Entendemos que también es sujeto pasivo de esta figura delictiva la sociedad, ya que en palabras de MIR PUIG, para ser sujeto pasivo basta con ser *"portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito"* (113). Existe un interés social (función legitimadora o de legitimación de la posesión) en virtud del cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros puedan confiar en dicha apariencia. En consecuencia, bajo el prisma de la función legitimadora, diríamos que la posesión es la situación jurídica que legitima a una persona en virtud de la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta o publica, o permite a los terceros confiar en ella (114). La sociedad, pues, en tanto que interesada en salvaguardar esa confianza que la apariencia manifiesta, y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica, puede considerarse sujeto pasivo del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles.

Esta función legitimadora o de legitimación de la posesión viene legalmente reconocida en el artículo 448 del Código Civil, según el cual, *"el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo".* Ello supone que el poseedor de una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee. No se reduce la presunción a la posesión en concepto de titular del derecho de propiedad sobre lo poseído, sino que alcanza a la posesión en concepto de titular de

---

los delitos que lesionan o ponen en peligro varios bienes diversos (delitos pluriofensivos), cuando éstos pertenecen a personas distintas. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* DEL ROSAL, J., y TORIO, A. (Traductores). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960. P. 137.

(113) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General… Op. cit.,* p. 230.

(114) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derechos de cosas y Derecho Inmobiliario Registral.* Ed. Tecnos, 6.ª edición. Madrid, 1997. P. 98; DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general.* Ed. Tecnos, 8.ª edición. Madrid, 2012. P. 84.

cualquier otro derecho. Así, si posee como dueño, se presume que lo es, si como usufructuario, se presume que tiene un derecho de usufructo sobre la cosa (115).

La presunción de ser titular del derecho que sea, se basa en la posesión del mismo en concepto de ser titular de él, y una consecuencia legal de esa función legitimadora o de legitimación de la posesión la encontrábamos en el artículo 13.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, según el cual era posible la adquisición *a non domino* de un derecho de arrendamiento, al establecer el referido artículo que "*durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1"*. Tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, también se prevé esa posibilidad de la adquisición *a non domino* de un derecho de arrendamiento al disponer el artículo 9.4 que "*Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1.571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados"* (116).

---

(115) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes.* Ed. Edisofer SL Libros Jurídicos, 11.ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. Pp. 53-54.

(116) Ejemplo: En virtud de la función legitimadora de la posesión, un ocupa de un inmueble que posee el mismo como dueño, se presume que es el titular del derecho en cuyo concepto posee (propiedad). Si dicho ocupa realiza un contrato de arrendamiento con una tercera persona, el legítimo titular del inmueble se ve obligado a soportar dicho arrendamiento por cinco años. A fin de evitar situaciones indeseables como la anteriormente expuesta, se considera que la sociedad es sujeto pasivo, en tanto que tiene

También puede considerarse sujeto pasivo al Estado, en la medida en que de forma genérica sus intereses resultan siempre afectados por la comisión de una infracción penal (117).

3.6. ¿Un usurpador puede ser sujeto pasivo del delito?

Por último, ha de resolverse la cuestión de si un usurpador puede ser sujeto pasivo del delito. Nos referimos al supuesto de usurpación del usurpador.

Al hablar del concepto de patrimonio, HUERTA TOCILDO sostiene que para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, sino que es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación

---

un interés en que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular), lo cual se ve truncado por la ocupación.

(117) Junto al sujeto pasivo particular de cada delito existirían un sujeto pasivo constante para todos los delitos, el Estado, por la circunstancia de que el delito ofende siempre un interés público, y precisamente aquel interés a que no se realicen acciones socialmente dañosas o peligrosas constitutivas de delito, lo que se confirmaría con el hecho de que la acción penal para la persecución del delito corresponde exclusivamente al Estado. Contra esta concepción no existen razones decisivas. Puede, sin embargo, observarse, que la admisión de un sujeto pasivo común a todos los delitos constituye una afirmación puramente teórica, que se halla privada de significado práctico. ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* DEL ROSAL, J., y TORIO, A. (Traductores). Ed. U.T.E.H.A. (Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana). Buenos Aires, 1960. P. 138. El sujeto pasivo del delito es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito. La titularidad de los intereses jurídico-penalmente protegidos corresponde siempre en primer lugar al Estado. Sujeto pasivo puede ser lo mismo un individuo, un grupo social, una persona jurídica o el propio Estado, inmediatamente en algunos delitos, v. gr., contra su existencia como tal ente soberano e independiente, de modo mediato en los demás delitos en cuanto encarna el interés de la sociedad en que sean respetados los bienes jurídicos que el Derecho Penal tutela. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General.* Ed. Dykinson, 18.ª edición. Madrid, 1995. Pp. 397-398.

protegida por el ordenamiento jurídico (118). Según esto, podría afirmarse que el usurpador podría ser sujeto pasivo (se trata de una relación protegida por el ordenamiento jurídico), ya que quien es despojado por otro de la cosa que materialmente poseía, pierde el poder de hecho, o posesión corporal sobre la cosa, pero conserva durante un año (art. 460.4.º CC)(119) un poder incorporal, en cuya virtud puede, independientemente de que tenga, o no, un derecho real sobre la cosa, recuperar durante ese plazo la tenencia material mediante la oportuna reclamación judicial (art. 446 CC) (120). Es lo que se conoce entre los supuestos de posesión como derecho, como posesión incorporal del despojado (121). El Derecho civil otorga, pues, al usurpador de bienes inmuebles una tutela (122) (protec-

(118) Huerta Tocildo, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario.* Ed. Civitas, 1.ª edición. Madrid, 1980. P. 35; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición. Valencia, 2010. Pp. 372-373.

(119) Artículo 460 CC: *"El poseedor puede perder su posesión: 4.º– Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año".*

(120) Artículo 446 CC: *"Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen".*

(121) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes… Op. cit.*, Pp. 34-35.

(122) La ley protege al que tiene derecho a poseer algo. Mediante el oportuno procedimiento judicial, la posesión que otro ostenta sin derecho a ella, se quita al poseedor, y se confiere a quien la misma corresponde. Pero independientemente de que tenga o carezca del derecho a poseer una cosa (o derecho), la ley protege a todo poseedor, por el hecho de serlo, contra cualquier perturbación o despojo de que sea objeto, por parte de otra persona (incluso si ésta es quien tiene derecho a la posesión de la cosa –o derecho–), que prescindiendo de la intervención de los Tribunales, ataque por su propia cuenta la posesión de aquél. A tal respecto dispone el art, 446 CC que "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen". La razón de esta protección de la posesión en sí y por sí (y no del derecho a poseer, y, solo como consecuencia de la posesión), se explica en la necesidad de mantener la paz social, evitando tanto la violencia o el despojo injustificados, como el que aun asistiéndole la razón, cualquiera se tome la justicia por su mano y obtenga por su autoridad la posesión que le pertenece, pero

que ostenta otro. La protección de la posesión en sí, se realiza mediante las acciones llamadas (con terminología del Derecho romano) interdictos (y desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, juicios verbales y sumarios de tutela de la posesión). En teoría antes era posible la protección mediante acción posesoria no interdictal, ejercitada en juicio plenario, aunque la realidad era que, por ser más rápido y económico, el único que se utilizaba era el juicio interdictal (de retener o recobrar la posesión). Hoy la antigua protección posesoria interdictal se realiza en juicio verbal (art. 250.1.4.º LEC: "Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4.º– Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute"), y dentro del plazo de caducidad de un año (art. 439 LEC: "No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo"), y asimismo, la protección posesoria no interdictal sigue siendo posible en juicio ordinario (aunque por su lentitud y mayor coste no se emplee). El interesado tiene la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier ataque o despojo. En cualquier caso el poseedor puede, durante el plazo de un año a partir del despojo, o inquietación, acudir a los Tribunales para, basándose en el solo hecho de ser poseedor (y sin entrar en la cuestión de si le corresponde o no el derecho a poseer), promover el oportuno procedimiento judicial tendente a que se devuelva la posesión o cese en la inquietación (y se evite en el futuro). Usando para ello, el juicio interdictal, hoy verbal, en que se pretende la *tutela sumaria de la posesión.* La legitimación activa la ostenta cualquier poseedor perturbado o despojado (ya sea poseedor mediato o inmediato, poseedor en concepto de dueño o en concepto distinto, por el de buena o el de mala fe, por el de cosas o de derechos, e incluso por el poseedor que lo es por haber despojado a otro de la posesión). La legitimación pasiva la ostenta cualquiera que haya ejecutado, o por orden del que se haya ejecutado la perturbación o el despojo; incluso, contra el despojado que haya recobrado por su propia autoridad la posesión de que le privó la persona que interpone el interdicto. Asimismo, está legitimado pasivamente quien, sin haber despojado al poseedor, posee ahora la cosa, si heredó la cosa del despojante, o la recibió de éste con conocimiento del despojo. En conclusión, el poseedor actual está protegido frente a todos los que ataquen su posesión, y es mantenido por la ley en ésta, ante cualquiera de aquéllos. También es mantenido ante quien le reclame judicialmente tal posesión, salvo: 1.º contra quien, dentro de un año del despojo, pruebe, en juicio posesorio, haber sido privado de su posesión por el poseedor actual, y 2.º contra quien, en juicio petitorio (se llama así, por oposición al posesorio, al juicio en que se dilucida lo relativo al derecho, y no a la posesión en sí) demuestra que tiene derecho a poseer, y, como consecuencia, debe serle entregada la posesión. Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III. Derecho de*

ción interdictal: arts. 446 CC y 250.1.4º LEC) (123), primero provisional (sólo frente a terceros, no frente al despojado), y transcurrido un año definitiva, también frente al despojado (arts. 460.4, 1968.1 CC y 439 LEC (124)) (125).

Pero el hecho de que el Derecho civil conceda esa protección posesoria al despojante, no significa que esa posesión se incluya dentro de un concepto mixto (jurídico-económico) de patrimonio (126)

---

bienes. Ed. Edisofer SL. Libros Jurídicos, 11.ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. Pp. 92-101.

(123) Artículo 446 CC: *"Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen".* Dispone el artículo 250.1 LEC: *"Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4º.- Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute".*

(124) Artículo 460 CC: *"El poseedor puede perder su posesión: 4º.– Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año".* Artículo 1968 CC: *"Prescriben por el transcurso de un año: 1.– La acción para recobrar o retener la posesión".* Artículo 439.1 LEC: *"No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo".*

(125) Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F. J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 198.

(126) Para ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico: es preciso que disponga de ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico. No otra conclusión puede extraerse de la concepción mixta del patrimonio. De ello se deriva la importante consecuencia de que el poseedor antijurídico de un bien económico no pueda ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial por la sencilla razón de que dicho bien, obtenido en contra del Derecho, no forma parte de su patrimonio, sino que sigue perteneciendo al patrimonio del injustamente despojado. Huerta Tocildo, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario.* Ed. Civitas, 1.ª edición. Madrid, 1980. Pp. 37-38. En consecuencia sujeto pasivo de un delito patrimonial únicamente puede serlo, congruentemente con la teoría mixta, el legítimo poseedor de la cosa (sea o no, a la vez propietario), tanto respecto del primer despojo como respecto de los ulteriores si los hubiere. Huerta Tocildo, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario... Op. cit.,* p. 39. Para que la tenencia de una cosa goce de protección

y que, por tanto, se le pueda considerar como sujetos pasivos de un delito patrimonial. Por tanto, quien ocupa un inmueble ya ocupado comete un delito de usurpación, pero no contra el actual ocupante, sino contra el anterior titular del derecho sobre el inmueble: el propietario, o en su caso, el legítimo poseedor (127).

Además, podemos afirmar, que si uno de los bienes jurídico protegidos es (aparte del patrimonio inmobiliario) la seguridad del tráfico, [entendido como el interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia de la posesión manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica], no puede ser sujeto pasivo quien previamente ha atentado contra el bien jurídico alterando esa apariencia que la posesión ofrece (aunque el orden jurisdiccional civil como hemos visto, le proteja durante un año de forma provisional y después de forma definitiva), pues otra cosa sería un abuso de derecho (art. 7.2 CC) (128).

---

penal, dicha tenencia ha de ser lícita, requisito que el ordenamiento civil no exige para que entre en funcionamiento la protección interdictal. Huerta Tocildo, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario… Op. cit.,* pp. 59-60. En consecuencia sujeto pasivo de un delito patrimonial sólo podrá serlo la persona a cuyo patrimonio pertenezca la cosa inmueble, o el derecho real sobre ella, quedando excluido de tal concepto el detentador o usurpador, ya que, en base al concepto mixto de patrimonio, no puede decirse que la cosa inmueble o el derecho real indebidamente poseído formen parte de su patrimonio. Huerta Tocildo, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario… Op. cit.,* p. 67.

(127) Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II). … Op. cit.,* p. 198. La Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1.ª, S 21-4-2003, núm. 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 2003/32239), dice: " …es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas …". A *sensu contrario*, aquellas conductas que lo ataquen serán materialmente antijurídicas, y su autor sujeto activo, no sujeto pasivo del delito.

(128) Artículo 7.2 CC: *"La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase*

3.7. La selección del sujeto pasivo por el movimiento okupa

El sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido) será previamente seleccionado por el movimiento okupa de una manera minuciosa, y responde a un plan previamente organizado y estructurado (129).

---

manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

(129) Así en un Manual de Okupación (Oficina de Okupación de Madrid. *Manual de Okupación*. http://www.okupatutambien.net) leemos: "Cuando tengamos claro qué queremos, nos tocará ir de paseo, tener los ojos bien abiertos, y buscar las casas que se adapten a nuestras necesidades. Si sois un grupo suficiente, podéis dividiros por las zonas que acordéis para dar batidas, cuanto más exhaustivas mejor. Seguramente podáis consultarles a colegas que conozcan la zona, y os puedan orientar. Cuantas más opciones tengáis mejor, seleccionando por último las dos o tres direcciones que más os gusten. Algunas pistas que os pueden servir para saber si una casa está abandonada son el polvo y basura en el interior, tapias, suciedad en las ventanas, cartas acumuladas sin recoger, luces apagadas a todas horas... No obstante, para estar más seguros, es aconsejable marcar la puerta con alguna señal discreta, para no alertar a la propiedad de que su inmueble está siendo controlado. Una pegatina de cerrajería de las miles que hay en nuestros portales se puede pegar entre la hoja y el marco de la puerta. Si la vamos controlando periódicamente podemos saber cuándo ha sido abierta la puerta al ver la pegatina rota. Meter un papel de publicidad entre la hoja y el marco también puede servir. Si detectáis que entra alguien de vez en cuando, no os preocupéis, debéis aseguraros bien de qué hace esa persona ahí y quién es, no obstante a menudo en las casas abandonadas entran personas sin que el edificio deje por ello de estar abandonado. Lo más importante es saber si alguien vive allí, en cuyo caso podéis descartar esa opción porque estaríamos ante un allanamiento de morada, o si hay una obra en marcha en él, lo que también sería motivo para descartar la idea. Una vez elegidos unos pocos edificios o casas, debemos recabar datos que nos permitan valorar si se adaptan a lo que buscamos. En internet encontramos herramientas de gran utilidad para esta fase del proceso: www.goolzoom.com, es una página donde encontraremos información catastral, es decir m2, distribución general del espacio sin muchos detalles, más googlemaps. Introducimos en la barra del buscador por ejemplo "Calle Teodoro Fuenteteja 89, Madrid", y nos llevará al mapa catastral de la zona, pinchamos sobre el inmueble, y se abrirá una ventana con el número de referencia catastral, volvemos a pinchar y nos aparecerá la nota del catastro de la casa. Registro

4. Objeto material

El objeto formal del delito se halla constituido por el objeto jurídico. El objeto jurídico equivale al bien jurídico; es decir, el bien objeto de la protección de la ley (un valor de la vida protegido por el

---

de la Propiedad, en el metro Torre Arias, calle Alcalá 540. Horario de L-V de 9h a 14h y de 15h a 17h, y sábados de 9h a 14h. En la ventanilla preguntamos por los registros de las direcciones que queramos, y en ellos podemos pedir una nota simple (3,50 € aprox.) Son datos públicos, no hay ningún problema, pero quizás tengas que dar tus datos y explicar los motivos (puedes decir que eres estudiante de arquitectura, que quieres alquilar o cualquier otra excusa). En la nota encontraremos información sobre el propietario, así como otros datos de interés como cargas fiscales, embargos, etcétera. www.axesor.es, www.einforma.com, son páginas donde encontrar información financiera, dirección y otros datos gratuitos sobre las empresas propietarias del edificio. Delegación de Urbanismo del Ayuntamiento, se puede pedir un informe urbanístico con el grado de protección del edificio, licencias de obra y demolición, o calificación del terreno. Os puede servir para saber si hay algún plan de reforma o derribo inminente que pueda hacer que os larguen rápidamente alegando que tienen un proyecto en marcha. Puede que tengan concedida una licencia pero por problemas varios les haya caducado. En una vieja casa del centro de Madrid, la propietaria y los okupas lograron llegar a un acuerdo pese a la amenaza de muerte que en principio lanzó aquella: la propietaria denunciaría para cubrirse las espaldas a nivel legal frente a lo que pudiera pasar dentro del edificio, y de ese modo no hacerse responsable; además, la denuncia le serviría como excusa frente a las multas que el Ayuntamiento le imponía por el estado de abandono del edificio. La simbiosis se completaba con el interés en que los okupas se quedasen hasta que la empresaria tuviera dinero y perspectiva de negocio para iniciar un nuevo proyecto, lo que con la crisis del ladrillo parece lejano...” En términos similares se pronuncia la *Guía de ocupación para hogares sin techo.* (Oficina de Ocupación de Bilbao. http://www.okupaziobulegoa.org/es/node/3) donde se dice: “Una de las preguntas que invariablemente nos hacemos cuando ocupamos una vivienda es la de quién será su propietario o propietaria. Y no por mera curiosidad: antes de ocupar, nos interesará saber, por ejemplo, si la vivienda está embargada, si está al día en el pago del IBI y otros impuestos, si pertenece a un único propietario o multitud de herederos, cuánto tiempo ha pasado desde el último cambio de propietario, si no la habrá comprado recientemente una inmobiliaria... infinidad de situaciones que pueden darnos una pista sobre las posibilidades que tendrá esa ocupación de durar en el tiempo; y aún después de haber ocupado, siempre nos interesará conocer el nombre del propietario o propietarios, pues no hemos de olvidar que en principio esa es la única persona que pue

Derecho). El bien jurídico no equivale al objeto material (130). Éste es la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se le conoce como "objeto de la acción" (131).

Los delitos cuyo contenido del injusto consiste en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos puramente ideales (como el honor), por su propia naturaleza no se proyectan sobre ningún ente externo y, en consecuencia, carecen de objeto material. Se entiende que carecen de objeto material los delitos de mera conducta, los delitos de omisión propia y de todos aquellos en los que el resultado sea de naturaleza puramente ideal. En otros delitos, constituidos por bienes representados por la realidad corpórea de su titular, objeto material y sujeto pasivo se identifican, como sucede en el homicidio: la víctima del homicidio es a la vez sujeto pasivo y objeto material del delito (132).

---

de pedirnos que abandonemos el lugar, y porque no son pocos los casos en los que quien aparece por la casa diciendo ser el propietario/a realmente no lo es. En cualquier caso, nunca está de más saber quién es el propietario legal del inmueble que hemos ocupado o vamos a ocupar. Y para eso lo mejor es dirigirnos directamente al Registro de la Propiedad, incluso cuando los vecinos y vecinas nos hayan dado algún nombre o lo conozcamos por cualquier otro medio, pues no son raras las ocasiones en las que la realidad "legal" o registral es algo diferente de lo que la gente cuenta o cree. Aunque conviene también señalar que puede ocurrir lo contrario, que quien aparezca inscrito en el Registro de la propiedad no sea el propietario actual, casi siempre porque ha habido una compraventa o herencia que todavía no se ha inscrito; en este caso, conviene saber que la escritura -el documento público de compraventa firmado ante notario- o la declaración de heredero son lo que confieren a un propietario o propietaria su título como tal, aunque éste aún no haya ejercitado aún su derecho a inscribirlo en el Registro de la propiedad".

(130) El objeto material no es otra cosa que el famoso *corpus delicti.* Del Rosal, J.: *Tratado de Derecho Penal español (Parte General) Vol. I.* Madrid, 1968. P. 506.

(131) Puede coincidir sujeto pasivo y objeto material (por ejemplo, en el homicidio o en las lesiones), pero no es preciso (en el delito de hurto el objeto material es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta). Siguiendo con el ejemplo del hurto, el objeto jurídico es la propiedad de una cosa, en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

(132) Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Reppertor, 9.ª edición. Barcelona, 2011. P. 231 y Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, 5.ª edición. Valencia, 1999. Pp. 364-366.

4.1. Inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada

A) ¿Teoría sancionatoria o autónoma del Derecho Penal?

En los delitos patrimoniales en general, y en los delitos de usurpación en particular, nos encontramos muchas veces con términos usados en otras ramas del Derecho, especialmente en el Derecho privado. Ello ha motivado en la doctrina una polémica en torno a cómo deben ser entendidos dichos conceptos, si en el sentido originario que ostentan en el Derecho privado, limitándose el Derecho penal a sancionarlos (*teoría sancionatoria del Derecho penal*); o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en otras ramas del Derecho (*teoría autónoma del Derecho penal*).

La primera teoría parte del carácter sancionatorio del Derecho penal, dejando a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de los términos que se refieren al Derecho privado. No considera, por tanto, las exigencias particulares del Derecho penal, que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente, porque no puede afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal.

Se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso por caso. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del Derecho privado. Es necesario, sin embargo, que tales nociones sean de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del Derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así no se invade el campo del Derecho privado y se evitan las confusiones terminológicas que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos (133).

(133) Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición. Valencia, 2010. P. 371.

En el delito de usurpación pacífica, previsto y penado en el artículo 245.2 del Código Penal, la cosa sobre la que recae físicamente la acción (ocupar o mantenerse contra la voluntad del titular), es el *"inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada".*

B) Elemento positivo y negativo del objeto material

Distingue la jurisprudencia *menor* en el objeto material dos elementos:

a) uno positivo: la calidad de inmueble y la ajenidad,
b) y otro negativo: que no constituya morada (134).

A diferencia de lo que el propio Código establece con los conceptos de autoridad, funcionario público, incapaz, documento (arts. 24-26), o sociedad (art 297), no da una definición legal de bien inmueble, vivienda o edificio, por lo que se hace preciso definir (a efectos penales) tales términos (135).

---

(134) Así la Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 1.ª, S 13-10-2000, núm. 181/2000, rec. 174/2000, Pte: Castro Feliciano, Antonio Juan, (EDJ 2000/52612) dispone: "El objeto material del delito, como puede verse claramente, queda definido por un elemento positivo, la calidad de inmueble y ajeno, y otro negativo, que no constituya morada. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues en caso contrario, de constituir una morada, esto es un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP [allanamiento de morada], donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad". En idéntico sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 2.ª, S 3-2-2011, núm. 94/2011, rec. 12/2011. Pte: Tomás Tío, José María, (EDJ 2011/27692): "El objeto material, según se ha dicho antes, del delito queda definido por un elemento positivo -la calidad de inmueble y ajeno- y otro negativo -que no constituya morada-. La interacción entre ambos elementos es la que caracteriza el objeto material del delito; con la condición negativa se quiere dejar claro que se ha de tratar de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado, pues, en caso de constituir una morada, esto es, un ámbito de intimidad de una persona, el delito que se perfecciona es el contemplado en el artículo 202 del CP, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad".

(135) "*Nos encontramos con conceptos no definidos dentro del Código Penal, por lo que tendremos que acudir a normas extrapenales para defi-*

4.2. Bien inmueble. ¿Sirve la definición del artículo 334 del Código Civil?

A) Cosas *vs.*, bienes

El sentido jurídico de cosa es distinto de la acepción que tanto en sentido filosófico como vulgar se da a dicha palabra. Para el Derecho es cosa toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga una propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente (136).

Nuestra ley frecuentemente habla de *bien* como sinónimo de *cosa* en sentido jurídico. (Por ejemplo Código civil, arts. 333 y ss., 659, 1.024…) (137). Así una finca o un mueble son bienes, y a éstos se contraponen las cosas en sentido vulgar (las estrellas, el aire) que no son bienes (que no son cosas en sentido jurídico) porque no son susceptibles de apropiación (art. 333 CC) (138).

Dispone el artículo 333 del Código civil: "*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles"* (139).

---

nirlos correctamente (lo que constituye un típico ejemplo de "norma penal en blanco") …" Gómez Ibarguren, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. P. 7.

(136) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General.* Ed. Edisofer SL. Libros Jurídicos, 18.ª edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia por Silvia Díaz Alabart. Madrid, 2009. P. 483.

(137) Disponen así los artículos 333 CC: "Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles"; 659 CC: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte"; y 1024 CC: "El heredero perderá el beneficio de inventario: 1.º– Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2.º– Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización".

(138) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General… Op. cit.,* p. 487.

(139) Como dice la resolución de la DGRN de 9 de febrero de 1946: "A tenor del artículo 333 del código civil, todas las cosas apropiables se reputan bienes muebles o inmuebles, con lo cual en nuestro Derecho esta clasificación, como *summa divisio rerum* agota los elementos patrimoniales".

B) Artículo 334 del Código civil

El Capítulo primero "De los bienes inmuebles", del Título primero, "De la clasificación de los bienes", del Libro segundo "De los bienes, de la propiedad, y de sus modificaciones" del Código civil, dedica su artículo 334 a determinar qué bienes son inmuebles. Así establece:

334.– "Son bienes inmuebles:

1. Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2. Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

6.Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8.Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento y las aguas vivas o estancadas.

9. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

C) Clasificación civilista de los inmuebles

La doctrina civilista clasifica los bienes inmuebles en tres categorías:

1.º– *Por naturaleza o incorporación:* el suelo y lo a él incorporado (art. 334, apartados 1º, 2º, 3º y 8º).

2.º– *Por destino:* los bienes, muebles en sí, puestos al servicio de un inmueble por su propietario o, en ciertos casos, asignados a un sitio fijo, aun sin tal relación de servicio (art. 334, apartados 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º).

3.º– *Por analogía:* por ser inmueble el objeto sobre que recaen (334. 10.º) (140).

D) Bien inmueble a efectos penales

En el ámbito penal, no faltan autores que dejan a la exclusiva competencia del Derecho civil la determinación del significado de bien inmueble (141).

La generalidad de la doctrina, siguiendo la teoría autónoma del Derecho penal, restringe el concepto de bien inmueble, caracterizándolo por su nota de inmovilidad o de su incapacidad para poder ser transportado de un lugar a otro. Así bienes inmuebles a efectos penales sólo son aquellas cosas que por su propia naturaleza no son susceptibles de un traslado de lugar a otro (142).

---

(140) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General… Op. cit.,* pp. 496-499.

(141) "Como bienes inmuebles deben entenderse todos aquellos que son considerados como tales por el CC art. 334" en Guérez Tricarico, P.: "Capítulo 30: Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6.ª: Usurpación" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* Molina Fernández, F. (Coord.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 991. "El objeto material recae sobre todos los bienes inmuebles, según su concepción civilista prevista en el artículo 334 CC… inmuebles que no constituyan morada del titular y que sean ajenos al culpable" en Robledo Villar, A.: *Delitos contra el Patrimonio y el Orden socioeconómico. Comentario a los artículos 234 a 289 del nuevo Código Penal*. Ed. Bosch, Casa Editorial, SA, 1.ª edición, Barcelona, 1997. Pp. 129 y 131.

(142) Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F. J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 197. En definitiva, son cosas inmuebles las que

De acuerdo con ello dice HUERTA TOCILDO, no son bienes inmuebles sino muebles, en Derecho penal, los enumerados en los apartados 1º (edificios o construcciones que sean separables del suelo sin deterioro ni merma del objeto), 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, y 9.º (en lo tocante a diques y construcciones flotantes) [del art. 334 CC], constituyendo se aprehensión otras tantas modalidades de robo o hurto. El concepto penal de inmueble queda, pues, limitado, a las tierras, edificios y construcciones no movibles y caminos (334.1.º), a las minas, canteras y escoriales mientras su materia permanezca unida al yacimiento (art. 334.8.º) y a los diques o construcciones no flotantes (334.9.º), así como a los derechos reales, siempre que su objeto sea un inmueble en sentido penal (143).

---

tienen una situación fija y no pueden ser desplazadas sin deterioro, y cosas muebles, aquellas que, careciendo de situación fija, pueden ser trasladadas de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza. En puridad, estas definiciones no son generalmente aceptadas por las leyes civiles, las cuales introducen algunas variaciones, modificando la naturaleza mueble o inmueble de algunas cosas en razón al principio de accesoriedad y atribuyendo una u otra de estas cualidades a bienes que, naturalmente, no se adaptan a ninguna de ellas. Es por ello, por lo que se han admitido, con carácter general, varios criterios para la clasificación de estos bienes: cosas inmuebles por naturaleza, exclusivamente el suelo y el subsuelo; cosas inmuebles por incorporación, todas aquellas que se hallan unidas al suelo de una manera permanente; cosas inmuebles por destino son aquellas cosas en sí mismas muebles que, adheridas a un inmueble, forman un todo ideal con él, por servir de un modo permanente a sus fines a la explotación o utilización del inmueble; cosas inmuebles por analogía, son las incorporales que se asimilan a los inmuebles por recaer sobre bienes de esta naturaleza. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Pp. 266-267.

(143) HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario… Op. cit.,* p. 50; ROCA AGAPITO, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (DIR.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (COORD.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 197. En este sentido la Jurisprudencia con carácter general para los delitos patrimoniales, y ya desde el anterior Código penal, establece: " … la unanimidad de la doctrina científica ha venido reconociendo que el concepto penal de "cosa mueble" es un concepto genuino de esta rama del Derecho, que no coincide con el del Derecho civil, siendo más amplio en unas ocasiones, en cuanto que reputa como muebles cosas que en el Derecho civil no tiene este carácter, sino el de

E) Bienes inmuebles rústicos

Conde-Pumpido Ferreiro sostiene que han de excluirse los bienes inmuebles rústicos, como se deduce de la enumeración "viviendas y edificios", al ser objetos materiales de la modalidad violenta de ocupación del artículo 245.1 del Código penal (144). En contra de este criterio se pronuncia la jurisprudencia *menor* (145).

---

inmuebles, y más restrictivo en otras, en cuanto que existen bienes muebles, civilísticamente hablando, que por no ser susceptibles de apropiación no pueden constituir el objeto material de estos delitos de apoderamiento lucrativo. De ahí que la casi unanimidad de la doctrina científica penal entiende que, de las tres clases de bienes inmuebles que suele distinguir la civil: inmuebles por naturaleza, por incorporación y por destino, a efectos penales tan sólo deben reputarse como tales los pertenecientes al primer grupo, en cuanto que los pertenecientes a los otros dos tan sólo lo son en virtud de una ficción jurídica, pero por naturaleza o en la realidad, que es a la que atiende siempre el Derecho penal, son bienes muebles, naturaleza que no pierden a efectos penales, con independencia del destino que se les haya podido dar, como ya ha declarado este Tribunal en sentencia de 5 de abril de 1905,..." (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2.ª, S 23-5-1978, núm. 497/1978, Pte: García Miguel, Manuel, EDJ 1978/1034). Y en concreto, para el delito de ocupación pacífica, dispone la jurisprudencia *menor:* "... de ahí que el objeto de protección penal en el tipo del artículo 245.2 del Código Penal recaiga sobre el inmueble o el derecho real inmobiliario tal y como señala entre otros autores don Francisco Muñoz Conde; de modo que según la terminología jurídico civil, los derechos reales sobre los inmuebles son también cosas inmuebles (artículo 334.10 del Código Civil), pero sobre ellos, al ser derechos de tipo ideal, solo puede recaer la acción de usurpar. En todo caso, del concepto de inmueble del artículo 245 del Código Penal sólo cabe excluir todos aquellos objetos enumerados en el artículo 334 del Código Civil que pueden ser transportados y cuya apropiación constituye un hurto o un robo (frutos, estatuas, etc.), por lo que la protección alcanzaría a todos los inmuebles, ya sea edificaciones o simples parcelas y terrenos que carezcan de ellas, y aún sin estar cercados o cerrados en ejercicio de la acción que a todo propietario confiere el Código Civil en su artículo 388 ..." Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 21.ª, A 12-1-2012, núm. 58/2012, rec. 609/2011, Pte: Almeida Espallargas, Carlos, (EDJ 2012/59725).

(144) Conde-Pumpido Ferreiro, C.: "Tema 35.– Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. El hurto. El robo. La extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos a motor. Usurpación" en *Contestaciones de Derecho Penal al programa de judicatura.* Ed. Colex, 4.ª edición. Madrid, 2004. Pp. 212-213.

(145) Así la Audiencia Provincial de Burgos, sec. 1.ª, A 9-5-2011, núm. 282/2011, rec. 141/2011, Pte: Marín Ibáñez, Francisco Manuel, (EDJ

F) Interpretación autónoma

Consideramos necesaria una interpretación autónoma, respecto del Derecho civil, en el concepto de bien inmueble, en el cual las notas de "inmovilidad o incapacidad de traslado, y no susceptibilidad de aprehensión o sustracción" son esenciales, y por tanto la base para determinar, a efectos penales, cuando estamos ante un bien inmueble. Otra cosa podría llevar a errores en la correcta calificación jurídica de los hechos. Piénsese, por ejemplo en las aguas vivas o estancadas, para las que existe un concreto tipo penal (art. 247 CP), y que si estuviesen recogidas en recipientes serían bienes muebles objeto de hurto o robo (146).

2011/97257): "… Esta Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Burgos (en auto de 18 de octubre de 2004, Rollo de Apelación núm. 278/04) y la mayoría de la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales extiende la protección frente a la usurpación a predios rústicos, así Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 12 de marzo de 2007, ó la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Granada en sentencia de 18 de junio de 2010, señalando ésta última que "admite por tanto el recurso que el acusado ocupa la finca sin título alguno y contra la voluntad del propietario, pero estima que su condición de finca rústica la excluye del ámbito típico. No será admitido. Ninguna restricción a que el objeto delictivo sea un inmueble de naturaleza rústica se deriva del texto típico, que precisamente distingue entre vivienda, edificio o inmueble, lo que sin duda, y así lo entiende numerosa jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (entre otras, la citada en la instancia sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 de enero de 2008, incluye dentro de los confines de la conducta típica cualquier bien inmueble, sea cual sea su calificación urbanística o su aprovechamiento", o la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Logroño en sentencia de 31 de marzo de 2010 al decirnos que "tal y como se razona en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 270/07, de 12 de marzo, el concepto de "usurpación " abarca, por un lado, la "ocupación" de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana. Por ocupación se entiende el ejercicio de los actos materiales propios del contenido del dominio: la entrada en el lugar, su cerramiento o cercamiento, la realización de obras en él o el aprovechamiento de sus posibilidades económicas"…" En idéntico sentido la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17.ª, S 12-3-2007, núm. 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando, (EDJ 2007/51670): "… El concepto abarca, por un lado, la «ocupación» de una cosa inmueble, independientemente de su naturaleza rústica o urbana…"

(146) Serrano Gómez, A. y Serrano Maílo A.: "Usurpación" en *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Dykinson, 16.ª edición. Madrid, 2011. P. 411.

4.3. Viviendas y edificios. ¿Puede ser el objeto material una vivienda que no sea inmueble?

A) Especies del género inmueble

El objeto material está casuísticamente descrito y la sola referencia a bienes inmuebles hubiera bastado (147). Viviendas y edificios deben ser considerados como especies del género inmueble a efectos de este delito.

No hay que restringir el objeto material a viviendas o edificios (148).

B) Edificio

Huelga incluir el sustantivo "edificio" entre los objetos materiales pues el mismo es un inmueble, tanto en sentido civil (art. 334.1.º CC), como penal (al predicarse respecto del mismo las notas de "inmovilidad o incapacidad de traslado, y no susceptibilidad de aprehensión o sustracción").

"De acuerdo con lo que se establece en el artículo 3 CC en cuanto a la interpretación de las normas, esta deberá hacerse según el sentido propio de las palabras. De esta manera, podemos recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que da

(147) Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial.* Ed. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2010. P. 446.

(148) Así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8.ª, S 26-9-2001, rec. 475/2001 (EDJ 2001/59486), ha considerado que el artículo 245.2 es aplicable a las plazas de aparcamiento: "… procede en el caso de autos una nueva valoración de la prueba practicada y en base a ella calificar los hechos como constitutivos de un delito de usurpación de bien inmueble previsto y penado en el art. 245. 2 del C.P. de 1995 el cual castiga al que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituya morada o se mantenga en ellos contra la voluntad de su titular; y ello por concurrir en la conducta de los imputados los elementos integrantes de dicha figura delictiva como son: a) la ocupación sin autorización debida de un inmueble ajeno incluyéndose en el concepto de inmueble las plazas de aparcamiento a tenor de lo dispuesto en el art. 334 del Código Civil y b) el dolo el cual requiere el conocimiento por parte del autor de la falta de título y autorización para ocupar el inmueble, y que se dirige exclusivamente a la ocupación o permanencia sin intención de apropiación definitiva...".

la siguiente definición de "edificio": "Del latín *aedificium*. Construcción fija, hecha con materiales resistente, para habitación humana o para otros usos"…" (149).

C) Vivienda

Mayores dificultades plantea la inclusión del término "vivienda", pues ni ésta ni la morada han de ser necesariamente inmuebles (caravanas, tiendas de campaña, roulottes…).

En la búsqueda de la *"mens legislatoris"* podemos intuir que la referencia a edificios, como contraposición a viviendas, parece radicar en la intención de incluir en el objeto material, supuestos como almacenes, naves industriales, fábricas…

D) Bienes muebles que no constituyan morada

No faltan autores que sostienen la posibilidad de que un bien mueble pueda ser objeto material de este delito: "se habla de vivienda que no sea constitutiva de morada. Éste sería el único de los supuestos en los que podríamos considerar que un bien mueble podría ser el objeto sobre el que recayese la conducta de usurpación del Código Penal de 1995. Así, por ejemplo, una caravana podría ser ocupada por una persona no propietaria de la misma, siendo una conducta susceptible de ser constitutiva de delito"(150).

"… el apartado segundo [del art 245 CP] se refiere expresamente a inmuebles, viviendas o edificios que no constituyan morada. La diferencia, pues, estriba en que en el apartado segundo se recogen dos tipologías de bienes más, como son los edificios y las viviendas. El concepto de edificio ya viene comprendido dentro del concepto de inmueble (art. 334 CC), por lo que el legislador no hace más que reiterar el mismo. Ahora bien, la vivienda no tiene por qué ser un inmueble (piénsese, por ejemplo, en una caravana), lo que plantearía el problema de su extensión a ellos (los bienes muebles que puedan constituir vivienda) o por el contrario entender que el tipo se refiere únicamente a las viviendas que además sean inmuebles. Nosotros nos mostramos partidarios de no limitar la incriminación, pues, de un lado, el tenor literal así lo admite y, de otro, si el legis-

(149) Gómez Ibarguren, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. P. 8.

(150) *Ibídem.*

lador solo hubiera querido referirse a bienes inmuebles, parece una repetición innecesaria que además se recojan los términos edificios y viviendas" (151).

NOGUEIRA GANDÁSEGUI también es partidario de incluir en el objeto material las viviendas que no sean bienes inmuebles, al establecer una identidad entre el objeto material del delito de allanamiento de morada, y el de ocupación pacífica del artículo 245.2. La única diferencia entre ambos tipos penales, en cuanto al objeto material, radica según este autor en que sea o no constitutivo de morada (152).

E) Sólo bienes inmuebles

Como ya expusimos anteriormente, la jurisprudencia *menor* exige como elemento positivo del objeto material del delito la condición de inmueble. Extremo que es congruente con la consideración del bien jurídico protegido como el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y el orden público. La determinación del bien jurídico es esencial incluso para la consideración del objeto material (153).

En conclusión la conducta de ocupar o mantenerse en una vivienda, que sea bien mueble, no ataca ni pone en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 245.2 CP por lo que tal conducta no sería materialmente antijurídica ni delictiva conforme a este tipo penal al no lesionar ni poner en peligro el patrimonio inmobiliario. Si bien, nada impide que la conducta pudiera subsumirse en otro tipo penal como el de coacciones (172).

---

(151) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, J. M.: «Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas"» en *Revista Sepin*, mayo 2012 (SP/DOCT/16710).

(152) NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales.* Ed. Madrian Libros, Cambados, 1999. Pp. 124-127.

(153) "…es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas…" (Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1.ª, S 21-4-2003, núm. 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María, EDJ 2003/32239).

4.4. ¿Sólo los inmuebles que no estén en estado aparente de abandono? Interpretación restrictiva del objeto material y función social de la propiedad

A) Vías de exclusión del Derecho Penal

Existe un sector doctrinal y jurisprudencial que pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2, so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la posesión. Consideran que no debe producirse la intervención penal en tres supuestos:

— Las conductas que no supongan un riesgo (ni lesión, ni peligro) para el bien jurídico protegido.
— Las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales.
— Las ocupaciones de fincas abandonadas y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta.

De los tres supuestos referidos el primero ha sido ampliamente expuesto al tratar el bien jurídico protegido. Compartimos plenamente la idea de que la ausencia de riesgo para el bien jurídico determine la ausencia de intervención penal. Si bien; como ya se ha mencionado con anterioridad *"es preciso determinar cuál sea el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 245.2 del Código Penal, pues aquellas conductas que no lo ataquen o lo pongan en peligro no serían materialmente antijurídicas, y por tanto no serían delictivas"* (154). Ello supone que al considerar la ocupación pacífica de bienes inmuebles como un tipo pluriofensivo (patrimonio inmobiliario, seguridad jurídica y orden público) será posible considerar antijurídicas conductas distintas que si se estima que estamos simplemente ante un delito uniofensivo (por ejemplo, posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad) (155).

(154) Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1.ª, S 21-4-2003, núm. 72/2003, rec. 340/2002, Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María, (EDJ 2003/32239).

(155) En la práctica se subsumen las conductas de okupar y ocupar en

La segunda de las posibilidades alegadas por la doctrina y jurisprudencia para restringir la aplicación del delito estudiado (ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales) deberá analizarse con ocasión del tratamiento de la conducta típica (ocupar y mantenerse).

Será, pues, objeto de análisis en este punto, al guardar relación con el objeto material, la exigencia de la necesidad (o no) de abandono de la finca, y la función social de la propiedad.

B) ¿Es necesaria la situación de abandono del inmueble?

" ... la jurisprudencia mayoritaria (también SAP de Barcelona, Secc. 10.ª de 20 de junio de 2005) sigue el criterio del Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de noviembre de 2003 que señala que el delito del art. 245.2 CP ha sido introducido en nuestra legislación por el CP de 1995 «a fin de sancionar las conductas de los llamados "ocupas", y que exige el delito una ocupación "sin autorización debida" o el mantenimiento en la ocupación ilegítima de los bienes inmuebles "contra la voluntad de su titular", hemos de convenir que no es solamente el hecho de la ocupación del inmueble sino las condiciones en que se halla el mismo lo que debe valorarse».

Con ello, la jurisprudencia penal excluye de protección la «ocupación» de bienes inmuebles en estado de aparente abandono, los desocupados durante largo período de tiempo, es decir, los inmuebles que no están en condiciones de ser habitados, y los que no puedan considerarse como morada; reenviando al que pretende la liberación, a la jurisdicción civil.

Quedarían, pues, fuera de esta protección, la ocupación de masías, edificios no habitados, locales comerciales, etc. De hecho, se

---

el artículo 245.2 del Código Penal. Consideramos que el artículo 245.2 del Código Penal debería quedar relegado para aquellas conductas que únicamente lesionen o pongan en peligro el patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico (las de los ocupas); e introducir en el Código Penal un nuevo tipo penal (para sancionar las conductas de los okupas) donde tutelándose el orden público (junto al patrimonio inmobiliario y la seguridad del tráfico) se haga expresa referencia a los ataques al mismo en el tipo objetivo tal y como ha hecho el legislador tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en relación a los que invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público (art. 557 ter CP).

han ocupado antiguas entidades bancarias en lugares céntricos, antiguos «Centros Cívicos» o «Casales», así como cines y teatros abandonados. Todos ellos se verían afectados por esta interpretación restrictiva del precepto y de sus consecuencias" (156).

Al existir mecanismos extra penales suficientes para garantizar eficazmente la protección de la posesión (bien jurídico penal protegido en la ocupación pacífica de bienes inmuebles), serían atípicas las ocupaciones de inmuebles abandonados o en estado ruinoso, al carecer de entidad suficiente para justificar la intervención penal y determinar así la imposición de una consecuencia jurídica tan gravosa como la pena. Es precisamente esta interpretación restrictiva, vinculada al fin de protección de la norma y los principios limitadores del *ius puniendi*, la que explican la importancia que generalmente en la práctica adquiere el estado de conservación en que se encuentra el inmueble ocupado (157).

---

(156) Martí Martí, J.: «La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos "ocupas"» en *Diario La Ley,* Nº 7999, Sección tribuna, 11 de enero de 2013, Editorial La Ley.

(157) Calabuig Costa, M.ª L.: "Título XIII, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Capítulo quinto, De la Usurpación" en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, artículos 138 a 639.* Cruz de Pablo, J.A. (Coord.). Ed. Grupo Difusión. Madrid, 2008. P. 813. Así la jurisprudencia *menor* establece (AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2.ª, S 19-1-2009, núm. 35/2009, rec. 228/2008, Pte: Soriano Vela, Francisca, EDJ 2009/29998):"… Es preciso delimitar el ámbito de sanción penal en cuestión a partir de consideraciones Teológicas [léase teleológicas] vinculadas al fin de protección de la norma contenida al artículo 245.2 CP, puesto que no basta la mera realización formal de conductas subsumibles en una figura delictiva para que se pueda proceder a su sanción. Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos penales obliga al juzgador, necesariamente, a tomar en consideración materialmente el interés que se trata de proteger en el ámbito penal, lo que obliga como ya se ha expuesto a no desconocer que nuestro ordenamiento jurídico ya posee mecanismos menos gravosos de solución de éstos conflictos. Por lo que penar las conductas de ocupación de inmuebles no constitutivos de morada debe limitarse a aquéllas conductas que entrañen un mayor riesgo o peligro para el bien jurídico. Varias Audiencia Provinciales vienen sentando una doctrina jurisprudencial que afirma que la intervención penal es desproporcionada si se trata de fincas abandonadas o en mal estado (SAP Segovia 29-10-98; Girona 1999; Valencia 4-2-2000; Zaragoza 18-2-99; Barcelona 16-1-2003, 14-5-2003, Madrid 14-9-2006 y 10-9-2003, 21-11-2005)…La Sala estima que sólo cabe considerar entre las situaciones amparadas en dicho precepto penal aquéllas formas específicas

C) *Ius usus innocui* y función social de la propiedad

Se invoca la aplicación del principio de intervención mínima, para evitar que cualquier ocupación pacífica de un inmueble sea cons-

---

de perturbación de la posesión del inmueble, de vivienda o edificio ajeno, consistentes en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que suponen un riesgo a la posesión que sea clara y socialmente manifiesta, y se exige por consiguiente un ánimo de carácter patrimonial o económico de atentar contra ese derecho y las facultades que el derecho de propiedad conlleva, provocando un perjuicio concreto en ese derecho, ocupación que se realice de manera expresa contra la voluntad del titular. ...” En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17.ª, S 4-2-2005, núm. 109/2005, rec. 374/2004, Pte: Chacón Alonso, M.ª Teresa, (EDJ 2005/176781), dispone: “... Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de enero de 2003, señalaba “que la posesión protegida en el orden penal es la que se goza y disfruta de forma efectiva, no solo porque la que no se disfruta ya tiene protección en el ordenamiento civil mediante el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias y reivindicatorias, sino porque el derecho penal no debe proteger la posesión que no se ejerza obteniendo una utilidad individual”. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Gerona en Auto de 30 de septiembre de 2002 recordaba el carácter excepcional y el criterio de proporcionalidad que debe informar toda intervención penal, concluyendo que” solo cabe considerar entre las situaciones amparadas por el artículo 245.2 del Código Penal aquellas formas específicas de perturbación de la posesión de un inmueble, vivienda o edificio ajeno consistente en la ocupación o mantenimiento dentro de ellos que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta. Añadiendo, que “esta intervención penal aparece desproporcionada tratándose de fincas abandonadas en mal estado, fincas en que la posesión no tiene el arraigo social que tienen por ejemplo, las casas de temporadas o las casas del constructor, temporalmente deshabitadas a la espera de un comprador”. Incidiendo en el anterior criterio la sentencia de la A. P. de Barcelona de 4 de noviembre de 2002, señalaba que “la punición de las conductas de ocupaciones de inmuebles no constitutivas de morada debe limitarse a las conductas en que la mayor entidad del riesgo o del peligro para el bien jurídico penal merezca la imposición de una sanción penal”. En esta línea material se va abriendo paso una considerable doctrina jurisprudencial que afirma por ejemplo, que la intervención penal es desproporcionada si se trata de fincas abandonadas o en mal estado. (Sentencia de la A.P. de Segovia 29 de octubre de 1998 EDJ 1998/32082 (ARP 1998/ 5059 Gerona 5 de febrero de 1999 (ARP 1999/61); Valencia 4 de febrero de 2000 (ARP 2000/2213), deben de impedir el ejercicio de derechos dominicales para configurar la tipicidad (S. A.P de Zaragoza 18 de febrero de 1999 EDJ 1999/5398 (ARP 1999/ 375)...”.

titutiva de delito. Se parte de la idea de que sólo será delictiva la ocupación que prive al titular de un derecho sobre el inmueble de servirse de él, poseerlo, o disfrutarlo. Se invoca el *ius usus innocui* (158), del Derecho romano, según el cual no está prohibido que uno pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro, que corrige, aplicando equidad, la rigidez del derecho de exclusión de terceros que tiene el dueño de una cosa. Ello permite considerar atípicas las ocupaciones de fincas abandonadas, y las de aquellas en las que no exista una posesión "socialmente manifiesta" (159).

---

(158) En relación *ius usus innocui* la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17ª, S 18-9-2006, nº 717/2006, rec. 281/2006, Pte: Fernández Entralgo, Jesús, (EDJ 2006/356074), dice: "Institución de honda raigambre histórica. Se conoce, en la bibliografía especializada, como «ius usus innocui». De la admisión consuetudinaria del espigueo inocuo existe ya testimonio en el bíblico Libro de Ruth. En el Digesto (39.3.1.11), se recoge un fragmento de Ulpiano, a propósito de la actio aquæ pluviæ arcendæ: «Omnibus ius esse prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur». No está prohibido que cada cual pueda beneficiarse de aquello que no perjudica a otro. La idea se concretó en la máxima «quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur». El principio expresado en ella corrige, aplicando la equidad, la rigidez del derecho de exclusión de terceros que tiene el dueño de una cosa. Uno de los grandes teólogos juristas del siglo XVI se hace eco de él, aunque siempre como determinante de un espacio de posibilidad de aprovechamiento que, sin llegar a constituir un verdadero derecho, no se considera prohibido por la Ley, aunque el propietario o poseedor puedan imponer su cesación. La tolerancia del «ius usus innocui » (al menos en tanto el titular dominical no exprese su voluntad en contrario) inspira normas del Derecho especial aragonés; se puede rastrear en algún texto extranjero; y es a menudo invocado por la llamada jurisprudencia menor española, de que son muestra las Sentencias 4/1995, de 12 de enero, y 99/1999, de 16 de marzo, de la Audiencia Provincial de Huesca; 526/1998, de 24 de septiembre, y 641/2004, de la de Zaragoza; de 27 de julio del 2000 y de 18 de julio del 2002, de la de La Coruña; 609/2000, de 30 de octubre, de la de Málaga; y 205/2005, de 14 de abril, de la de Cantabria. Si, como proclama el artículo 33 (1 y 2) de la Constitución, el derecho de propiedad, reconocido por él, está limitado por la función social que le es inherente, difícilmente podría calificarse de ilícito el aprovechamiento no autorizado (pero tampoco expresamente prohibido) de alguna utilidad de que sea posible una cosa ajena, siempre que no impida ni restrinja el ejercicio de sus facultades por el dueño o por el titular de un derecho real constituido sobre ella".

(159) González Rus, J. J.: "Capítulo 22: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. III La Usurpación" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial.* Morillas cueva, L. (Coord.). Ed. Dykinson SL.

A través de la ocupación pacífica de inmuebles vacíos o abandonados, el "movimiento okupa" pretende llamar la atención sobre la escasa aplicación, en la práctica, de la función social de la propiedad establecida por la Constitución en el artículo 33 (160), cuando ésta

Madrid, 2011. Pp., 476-477. Así establece la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17.ª, S 12-3-2007, núm. 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando, (EDJ 2007/51670), y en idéntico sentido la Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 7.ª, S 20-9-2005, núm. 395/2005, rec. 5257/2005, Pte: Romeo Laguna, Juan (EDJ 2005/244096): "…Lo anterior conduce a excepcionar del tipo del injusto aquellos casos en los que, por no actualizarse efectivamente la posesión sobre el bien ocupado, dejado en situación de abandono (fáctico, que no jurídico), o por la inocuidad de los actos posesorios en relación con la efectividad de los poderes posesorios (la antañona figura del «ius usus innocui », tan útil ahora que, en las grandes conurbaciones modernas, el viejo espigueo tras los segadores ha sido sustituido por esta suerte de «espigueo inmobiliario», en busca de espacios baldíos o edificios arruinados), ya sea por la breve duración de la utilización de la finca ya porque no entorpece realmente el ejercicio de facultades posesorias por el titular dominical. Esta aplicación restrictiva del tipo del artículo 245, y especialmente de su apartado 2, es compartida por buena parte de la práctica judicial que conforma lo que se ha dado en llamar «jurisprudencia menor», especialmente importante cuando, como en este caso, faltan pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de 14 de mayo del 2003, de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Barcelona, se lee que el principio de intervención mínima del Derecho Penal "... no permite perseguir aquellas conductas que por su manifiesta irrelevancia o intrascendencia no merecen específicamente la protección intensa que supone la posibilidad de una sanción penal, que debe quedar reservada para los casos más llamativos y que desde luego no es el de estos tres acusados…"

(160) Artículo 33 CE: *"1.– Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2.– La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes 3.- Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes".*

se constituye sobre bienes inmuebles, erigiéndose así en un obstáculo para la plena efectividad del derecho constitucional (art 47 CE) (161) a una vivienda digna y adecuada (162).

Podemos concluir, resumiendo lo expuesto, que para este sector doctrinal y jurisprudencial, a través de esa interpretación restrictiva del objeto material y de la función social de la propiedad, o por lo menos de la posesión socialmente reconocida, no serían punibles las ocupaciones transitorias, sin ánimo de ejercer derechos posesorios, o que recaigan sobre inmuebles no susceptibles de establecer aquella relación reconocible, como ocurre respecto a los edificios abandonados y en estado de absoluta inhabitabilidad. La delimitación del bien jurídico protegido (la posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifestada), excluye los inmuebles y viviendas que estén en un estado ruinoso, sin reunir las mínimas condiciones de habitabilidad, que no son susceptibles de ser efectivamente poseídos por sus propietarios.

D) ¿Están tan abandonados los inmuebles como alega la defensa?

A lo anteriormente expuesto, podríamos comenzar por argumentar que no siempre están los inmuebles ocupados en tan absoluto

(161) Artículo 47 CE: "*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".*

(162) Guérez Tricarico, P.: "Capítulo 30: Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Sección 6.ª: Usurpación" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* Molina Fernández, F. (Coord.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 991. En este tenor encontramos sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8.ª, S 7-6-2001, rec. 230/2001, Pte: Vigil Levi, Jacobo (EDJ 2001/31482), según la cual: "la finca estaba en una situación que socialmente podía ser considerada de abandono, y que si bien era poseída jurídicamente por su propietaria, tal posesión no se ejercía de forma directa, inmediata, clara, exteriorizada y adecuada a la función social de la vivienda por persona alguna. La perturbación posesoria ocasionada por las acusadas no reviste la relevancia exigida por el tipo objeto de imputación, por lo que debió generar en su caso sanciones y medidas de reparación propias del orden civil".

estado de abandono o ruina como pretende argüirse por la defensa. Así leemos en palabras de los propios colectivos okupas: "El estado del inmueble es un factor importante ya que, existiendo miles de viviendas vacías, no hay porqué elegir una ruina que pueda ser peligrosa, necesite un trabajo y dinero abrumadores, e incluso pueda conducir a un desalojo cautelar para garantizar la integridad física de los habitantes. De hecho, existen edificios de nueva construcción, completamente acabados o casi, abandonados por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, dispuestos a ser okupados como podrían serlo otros más viejos…" (163).

E) No exigibilidad de habitabilidad

A diferencia de lo que sucede en otros tipos penales en los que expresamente se habla de abandono (art. 196 en omisión del deber de socorro, arts. 229 y ss., abandono de familia, o en los arts. 407 y ss., abandono de destino por parte de autoridades y funcionarios públicos) en la redacción del tipo penal de la ocupación pacífica de bienes inmuebles se guarda silencio sobre este extremo.

Baucells i Llados diferencia las dos modalidades de ocupación de bienes inmuebles en función del objeto material, considerando que el artículo 245.2 CP es un tipo privilegiado respecto del artículo 245.1 CP, y que la única diferencia entre ambos estriba en que los bienes inmuebles del tipo privilegiado son los que no han estado ocupados nunca o los que están definitivamente abandonados, porque en estos casos no se afectaría a ninguna función económica o social del patrimonio (164). A diferencia de lo anteriormente expuesto, para

(163) Oficina de Okupación de Madrid. *Manual de Okupación*. http://www.okupatutambien.net

(164) "El hecho que en el párrafo primero del artículo 245 CP apareciera la expresión "con violencia o intimidación en las personas" y que esta no apareciera en el segundo, ha llevado a la doctrina y a la primera jurisprudencia a entender que mientras en el párrafo primero se tipificaba la ocupación violenta o usurpación propia, en el párrafo segundo se tipificaba la ocupación pacífica o usurpación impropia. En nuestra opinión y en contra de esos primeros comentarios doctrinales, las conductas de ocupación y mantenimiento en bienes inmuebles, viviendas y edificios ajenos del artículo 245.2 CP requieren ser desarrolladas con la misma violencia o intimidación que las previstas en el párrafo primero". Baucells i Llados, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pp. 132-133. "El legislador en el artículo 245.2 CP sanciona con me-

este autor, no sólo el abandono no determina la no intervención penal, sino que es *conditio sine qua non* para la misma. Consideramos que no es necesario llegar a tal extremo, siendo suficiente con una interpretación literal (ni extensiva –porque el legislador dijo *minus quam voluit*–, ni restrictiva –porque dijo *plus quam voluit*–), que el inmueble no constituya morada.

"… La aplicación de las tipicidades previstas en el presente artículo presupone que el objeto de la ocupación no es una casa habitada, en el sentido dado a esta denominación y, por ello, pueden ser objeto de esta modalidad las viviendas de utilización o de uso temporal, esto es, aquellas que mayoritariamente, en términos temporales, estén vacías y vacías no es sinónimo de abandonadas o fuera del interés del propietario. Esto es, que el requisito de la cualidad de habitable del inmueble no resulta exigido en el precepto comentado, no hallándose excluidos, por tanto, de la protección otorgada por el

---

nor pena (de tres a seis meses de multa) la ocupación violenta de bienes inmuebles que no han estado nunca ocupados o que están abandonados de forma definitiva por no afectar a ninguna función económica o social del patrimonio. Obsérvese que al ser bienes inmuebles que no han estado nunca ocupados o han quedado deshabitados de forma definitiva, se trata de bienes que no tienen por función servir de vivienda a personas físicas, ni de domicilio social a personas jurídicas, etc… la lesión al patrimonio que no desarrolla ninguna función económica o social merece menor desvalor que le ataque a un bien inmueble que por ejemplo sirve de vivienda". Baucells i Llados, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*… *Op. cit.,* pp. 164-165. "Estableciéndose entre ambos párrafos una relación de tipo básico y tipo privilegiado, cada uno de ellos encontraría su justificación en el objeto material sobre el que recaigan las conductas. Mientras en el tipo básico del artículo 245.1 CP se tipifica como delictiva la conducta del que ocupare o se mantuviere con violencia o intimidación en las personas en un bien inmueble ajeno, en el artículo 245.2 CP se tipifica como delictiva la misma acción pero que tuviera por objeto bienes inmuebles ajenos "que no constituyan morada". De este modo el segundo párrafo privilegiaría la menor lesión a la función social o económica del patrimonio que supone la ocupación de bienes inmuebles que no hayan sido nunca ocupados o que estuvieran definitivamente abandonados". Baucells i Llados, J.: *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*… *Op. cit.,* pp. 173-174. Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F. J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 200.

meritado precepto los inmuebles, viviendas o edificios que no estén en condiciones de ser habitados, porque de ser así no se habría incluido junto con el término «vivienda» los más genéricos de «inmuebles» o «edificios»…" (165).

(165) García Pérez, J. J.: "Comentario Artículo 245. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal" en *Revista Sepin*, Marzo 2011. (SP/DOCT/14572). Así lo entiende la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1.ª, S 18-10-2012, núm. 421/2012, rec. 176/2012, Pte: Casado Pérez, José María (EDJ 2012/240994): "El artículo 245.2 CP castiga con la pena de multa de tres a seis meses a quien "ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular." La vivienda ocupada por la recurrente se encuentra dentro de los protegidos por el precepto, por lo que el recurso no puede prosperar. La STS num. 1318/2004, de 15 de noviembre, señala que el referido tipo de delito se introdujo en el CP de 1995 para sancionar las conductas de los llamados "ocupas", sin que existiera con anterioridad porque sólo se sancionaba la ocupación de cosas inmuebles mediante "violencia o intimidación" … El tipo delictivo del artículo 245. 2 del C. Penal, señala la sentencia, "no hay duda de que es la tipificación de una nueva forma de delincuencia, pretendiendo hacer más clara la usurpación de un inmueble radicado en las grandes aglomeraciones urbanas. Y tal tipo penal, cuando se dan los elementos objetivos y subjetivos previstos en la Ley penal, ha de ser aplicado. Siendo evidente que si la propiedad es el derecho a disponer de la cosa sin más imitaciones que las establecidas por las leyes, es patente que los hechos declarados probados inciden directamente en la posesión, sea cual sea la situación urbanística del edificio en cuestión y por ende de la vivienda afectada por la acción de la acusada, sin que la acción merecedora del reproche penal se justifique por el hecho de estar vacío el inmueble durante mucho tiempo o que vaya a ser demolido o remodelado, aunque se hayan producido ocupaciones sucesivas que lo impidan. En fin, el bien jurídico protegido por el art. 245.2 protege la ocupación de un edificio que no constituya morada dando tutela penal incluso a los edificios ruinosos que no por esa característica, dejan de tener propietario legítimo...". En idéntico sentido la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 3.ª, S 6-6-2000, rec. 3065/2000, Pte: Unanue Arratibel, Juana María, (EDJ 2000/19345): "Los datos anteriores deberán de examinarse a la luz del precepto, del art. 245-2 del C.P., en el cual se contiene una enumeración en relación al objeto de protección penal al que se contrae el precepto en el sentido siguiente: "inmueble, vivienda o edifico ajeno que no constituyan morada y por tanto, no puede concluirse que están excluidas de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no están en condiciones de ser habitados, al ser claro en este sentido el precepto citado, pues coloca en el mismo plano inmuebles, viviendas y edificios. Corolario obligado de lo anterior será que si el legislador hubiera querido excluir con el parámetro de

Consideramos una postura equivocada pretender limitar la aplicación del artículo 245.2 del Código Penal mediante una aplicación restrictiva del objeto material (exclusión de inmuebles abandonados, o en estado ruinoso), pues lo determinante es si existe lesión o no al bien jurídico (y dependiendo de cuál sea éste [a nuestro entender el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y el orden público], podrán subsumirse más o menos conductas, como ya hemos expuesto con anterioridad) (166).

F) Principio de intervención mínima

Olvidan el verdadero significado del "principio de intervención mínima" (167) quienes lo invocan para restringir la aplicación del tipo

---

la habitabilidad dichos inmuebles, los inmuebles que no estuvieran en condiciones de ser habitados no hubiera incluido junto al específico y preciso término "vivienda", los conceptos más genéricos de "inmuebles o edificios", por lo que no será, por ende, la habitabilidad el criterio sobre el cual habrá de basarse para establecer el sentido y alcance concreto del art. 245-2 del C.P. En aplicación de todo lo anteriormente expuesto al caso concreto deberá de concluirse que en la actuación del acusado se dan los elementos exigidos por el precepto penal, así como el elemento intencional de que se accede a un inmueble por una vía distinta a la usual y sin el consentimiento del titular, sin que sea relevante como ya se ha señalado, el estado en el que el citado inmueble al que se accede se halle a tenor de la enumeración exhaustiva que se realiza ni tampoco el elemento de la permanencia en el interior, por todo lo expuesto deberá de desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la resolución recurrida…".

(166) Así la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 7.ª, S 30-6-1998, núm. 484/1998, rec. 247/1998, Pte: Pérez de Rueda, M.ª Pilar, (EDJ 1998/29579), dice: "no será de recibo la argumentación, también expuesta de la sentencia de instancia, en el sentido de que para apreciar el tipo, el inmueble ocupado debería reunir condiciones de habitabilidad, como condición ineludible para penalizar la conducta. Pues no es la habitabilidad el criterio sobre el que está basado el artículo 245.2, sino que el bien jurídico protegido es la posesión del propietario socialmente manifiesta". Y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 1.ª, S 15-12-2011, nº 143/2011, rec. 465/2011, Pte: Serrano Molerá, Emilio Francisco, (EDJ 2011/313177), "pero no es el criterio de la habitabilidad el que ha de considerarse para hacer entrar en juego la norma penal, sino el del bien jurídico que se trata de proteger con ésta".

(167) El principio de intervención mínima expresa gráficamente un ulterior límite político-criminal del *"ius puniendi"*. Un límite coherente con la lógica del Estado social que busca mayor bienestar con el menor costo

penal y excluir aquellas conductas que tienen por objeto material un inmueble abandonado (en sentido vulgar, que no jurídico) o en estado ruinoso.

---

social, de acuerdo con un postulado utilitarista. El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligros que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino programar un control razonable de la criminalidad seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho Penal es la *"ultima ratio",* no la solución al problema del crimen, sólo se debe acudir a él para defender los bienes jurídicos fundamentales, de los ataques más graves, y sólo cuando no ofrezcan garantías de éxito las restantes estrategias de naturaleza no penal. El principio de intervención mínima tiene una doble manifestación: el principio de "subsidiariedad" (el derecho penal como *"ultima ratio"*) y el de "fragmentariedad" (intervención selectiva). La intervención subsidiaria del Derecho Penal (o mejor, el Derecho Penal como *"ultima ratio"*) es un postulado limitador del *"ius puniendi"*, de fundamento político-criminal, que sugiere a los poderes públicos un uso parco y cauto de los gravosos resortes penales, precisamente porque el Estado de Derecho dispone de otros medios eficaces y de menor coste social. El Derecho Penal no es el único sector del ordenamiento que tutela bienes jurídicos; tampoco el único dotado de resortes coactivos, aunque sí el que cuenta con los instrumentos más drásticos. El Estado moderno dispone de un verdadero arsenal de medios (no solo penales) para cumplir eficazmente su función protectora del orden social. Siendo necesaria una estrategia racional para el control del crimen que pondere la eficacia del instrumento utilizado y el coste social del mismo, no será legítimo acudir a medios de especial severidad, como los penales, si cabe utilizar, con éxito, medios de naturaleza no penal, menos devastadores. El principio de subsidiaridad expresa, por tanto, una exigencia elemental: la necesidad de jerarquizar, optimizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal adecuada y eficazmente. La naturaleza fragmentaria del Derecho Penal es una característica que suele predicarse de la Parte especial de éste; si bien, se trata de un límite material más del *"ius puniendi"*, de naturaleza político-criminal, derivado del principio de intervención mínima. La fragmentariedad del Derecho penal implica que no se protejan por él todos los bienes jurídicos, sino sólo los fundamentales, y frente a los ataques más intolerables que pueda amenazarles. Una protección absoluta y generalizada sería propia de un Estado policial. La fragmentariedad tiene tres manifestaciones frecuentes en la Parte especial de los Códigos Penales: unas veces se tipifica exclusivamente ciertas modalidades de ataque (sólo la conducta dolosa, no la imprudente); otras, se opera con criterios selectivos de la antijuridicidad, más estrictos que los de los restantes sectores del ordenamiento jurídico; y

El principio de intervención mínima es un principio legislativo, dirigido por tanto al legislador, no al operador jurídico (168). En el ámbito del Derecho penal, el operador jurídico (jueces y magistrados) deben regirse por el principio de legalidad y de aplicación restrictiva del Derecho penal (169). Aplicación restrictiva que supone,

---

otras por último, se prescinde de criminalizar comportamientos meramente inmorales. García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces SA, 5.ª edición. Madrid, 2012. Pp. 557-571. La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el principio constitucional de proporcionalidad. Según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: 1. Necesidad de la afectación; 2. Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3. Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene. En Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito –con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad–. Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado. Mir Puig, S.: "Límites del normativismo en Derecho penal" en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 8, año 2007.

(168) Destinatario de este postulado es sólo el legislador, no el Juez. García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho Penal. Volumen II. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal… Op. cit.,* p. 557.

(169) "Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo

no la no aplicación de un tipo penal, sino el rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos (una de las cinco manifestaciones del principio de legalidad) (170). Implica, por tanto, la imposibilidad de desarrollar actividad legislativa por el Juez. Así los artículos 25.1 y 9.3 CE, y 1 y 10 del Código Penal (171) contienen de manera implícita, como consecuencia del principio de seguridad jurídica, el mandato de taxatividad y la prohibición de la creación judicial del Derecho (analogía) (172). Encontramos en el artículo 4 del Código

---

de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente". BECCARIA C.: *Dei delitti e delle pene (1744); y VOLTAIRE: Comentaire sur le libre "Des délits et des peines" (1776).* Traducción de Juan Antonio de las Casas. Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Delval. Ed. Alianza editorial, S.A., 1ª edición, 7ª reimpresión. Madrid, 2011. P. 34.

(170) Como manifestaciones del principio de legalidad enunciamos: 1.– Limitación de las fuentes del derecho penal (reserva de ley en materia penal), 2.– Rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos, 3.– Irretroactividad de la ley penal, 4.– Principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional: nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas en la ley, y 5.- Principio de legalidad en la ejecución: no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley.

(171) Artículo 25.1 CE: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".* Artículo 9.3 CE: *"La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".* Artículo 1.1 CP: *"No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración".* Artículo 10 CP: *"Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley".*

(172) La analogía consiste en aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (analogía *legis*) o del ordenamiento jurídico en su conjunto (analogía *iuris*). La analogía es un procedimiento ideado para colmar las lagunas de la ley. No es, por tanto, una interpretación, sino una integración de la ley. La aplicación analógica supone verdadera creación de Derecho, precisamente para regular casos no previstos por la ley. De ahí que la fundamentación o agravación de una responsabilidad criminal invocando la analogía *(analogía*

Penal una referencia expresa a la prohibición de la analogía (173). (La analogía favorable está permitida por el artículo 21.7 CP que recoge la atenuante analógica) (174).

---

in malam partem), aparezcan prohibidas por el principio de legalidad. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas. Madrid, 1978. Pp. 112-114.

(173) Artículo 4 CP: 1.– *"Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".* 2.– *"En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal".*

(174) Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 28-3-2006, núm. 363/2006, rec. 2067/2004, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón (EDJ 2006/337351) señala: "Respecto a la cuestión planteada de que el derecho penal constituye la *"ultima ratio"* aplicable a los hechos más graves para la convivencia social debemos recordar que en este sentido el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención. El primero se dirige especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente o en su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside. El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos,

No puede olvidarse que el art 245.2 CP es un precepto de vigencia posterior a la CE; sin que haya sido declarado inconstitucional, por lo que debe ser aplicado y observado por los jueces y tribunales

---

sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio"..." Los anteriores principios generales son aplicados al caso concreto (ocupación pacífica de bienes inmuebles) por la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 17.ª, S 12-3-2007, nº 270/2007, rec. 98/2007 Pte: Orteu Cebrián, Fernando, (EDJ 2007/51670), al decir: "... Del mismo Tribunal es la interesante Sentencia de 16 de enero del 2003 (ARP 2003\ 61). He aquí sus términos: «... En primer lugar debe recordarse, como lo ha hecho en ocasiones alguna resolución integrada dentro de la denominada "jurisprudencia menor", que efectivamente no es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas y ello sin perjuicio de adaptar a la realidad social del momento de su aplicación aquellas normas que hayan podido ser elaboradas hace tiempo y no contemplen por tanto dicha realidad social. Esta labor de adaptación a la realidad social resulta sin embargo innecesaria -y aun inoportuna- en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, la norma adquiere vigencia en el propio año de ocurrir los hechos a los cuales eventualmente ha de ser aplicada, pues la realidad social que el legislador contempló al estimar oportuno tipificar una determinada conducta es la misma que la del momento de su aplicación. No puede tampoco desconocerse que la usurpación no violenta,

mientras esté vigente (salvo que se plante ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE, lo cual aún no ha ocurrido), puesto que tanto los poderes públi-

---

ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia por lo que cabe presumir, –lo que no debería excluir un previo juicio de constitucionalidad antes de la aplicación de la norma– que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental. Es decir, no se puede vaciar de contenido el expresado tipo penal por vía interpretativa en el acto jurisdiccional de aplicación de la Ley penal. Como declara la Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2002 (ARP 2003\ 19) de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Barcelona EDJ 2002/76226,...: "los principios de subsidiariedad y última ratio, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador". Tales principios son mencionados expresamente en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995.No obstante, a nuestro juicio, ello no puede impedir que los Tribunales se hallen obligados, cuando procedan a aplicar el nuevo tipo penal, como cualquier otro tipo, a hacerlo interpretándolo con arreglo a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria vigentes en el ámbito del Derecho Penal y en especial teniendo en consideración los principios de "última ratio", intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad...". Así también la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 6.ª, S 12-3-2009, núm. 84/2009, rec. 13/2009, Pte: Ballestín Miguel, Alfonso (EDJ 2009/142926): " ... en lo referido al principio de intervención mínima de las normas penales, que también se invoca, ha de tenerse en cuenta que el legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto (procedimientos interdictales) permiten recuperar con rapidez la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, como es el caso, se ha producido la usurpación penalmente reprobable. De lo contrario, si no se sancionaran penalmente éstas conductas, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estaríamos asumiendo, en la práctica, una función que no nos corresponde –la legislativa–, lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben

cos como los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución española) (175).

G) El ius usus innocui y la función social de la propiedad no pueden ser soporte para la exclusión de la protección penal dada por el legislador en el art. 245.2 CP

Las referencias al *ius usus innocui* (anteriormente aludidas como vía de restricción de la aplicación del precepto penal), sólo son admisibles en la medida que no suponga la conducta del sujeto activo un riesgo para el bien jurídico protegido (por su intrascendencia o irrelevancia, como entrar para guarecerse de una fuerte tormenta…). Supuestos todos ellos que más que tener cabida en una institución no prevista expresamente en el CP (cuando el orden jurisdiccional penal se basa en el principio de legalidad), podrían tener acogida en la ausencia de dolo en el sujeto activo o en el estado de necesidad. Es evidente que los escasos supuestos en que pueda concurrir, serán de ocupación, y nunca en los de "okupación", donde como ya se expuso al analizar el bien jurídico protegido, no es sólo el patrimonio inmobiliario lo que pretenden subvertir los sujetos activos de tal conducta penalmente relevante.

---

ser los límites de la intervención del derecho penal. En este caso, se ha incluido en la norma penal la usurpación de cualquier inmueble que no sea utilizado como morada por su propietario y, en consecuencia, al prevenir el ordenamiento jurídico la correspondiente sanción de carácter punitivo para quien quebrante dicha norma, los Tribunales estamos en la obligación de aplicarla cuando tal quebranto se produzca, evitando cualquier posible consideración personal acerca del eventual desacuerdo con la punibilidad que la Ley establezca y limitándonos únicamente a establecer, por razones de seguridad jurídica, criterios consistentes y coherentes sobre la tipicidad de cada conducta concreta…"

(175) Artículo 163 CE: *"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".* Artículo 9.1 CE: *"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".*

Una correcta interpretación de la función social de la propiedad, ha de partir de la idea de que la propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad, es un Derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Y otra cosa es que esa satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la Comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo (176). Serán las leyes, concretando la función social, las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio, o establecerán los límites de su extensión, o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones, que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común (177).

Conforme el art. 33 CE la propiedad privada debe ajustarse a una función social, no obstante, esta plasmación constitucional no entraña que la propiedad deba proyectarse hacia el beneficio colectivo en los indeterminados y plurales términos que consideren las infinitas concepciones particulares que analicen la cuestión. La propia CE establece que, si bien la función social de la propiedad delimitará los límites o intensidad del dominio, la demarcación de su alcance se hará con sujeción a las restricciones que legalmente se fijen; y, aun cuando el TC ha reconocido que la reserva de Ley que contiene el art. 33.2 CE no excluye la remisión del legislador al poder normativo complementario de la Administración, es lo cierto que ha manifestado al tiempo que -fuera de esta posibilidad reglamentaria- debe

(176) Albaladejo García, M.: *Derecho Civil III. Derecho de bienes.* Ed. Edisofer SL. Libros Jurídicos, 11.ª edición, revisada y puesta al día por Encarna Cordero Lobato. Madrid, 2010. P. 235.

(177) Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Derechos de cosas y Derecho Inmobiliario Registral.* Ed. Tecnos, 6.ª edición. Madrid, 1997. P. 163; Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen III. Tomo I. Derechos reales en general.* Ed. Tecnos, 8.ª edición. Madrid, 2012. P. 144.

entenderse prohibida cualquier operación de deslegalización de esta materia o todo intento de regulación *extra legem* del contenido del derecho de propiedad privada (STC 33/87, de 26 de marzo) (178).

(178) Así la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 1.ª, S 9-10-2000, núm. 76/2000, rec. 183/2000, Pte: Villamor Montoro, Pedro Roque (EDJ 2000/49025), dice: "En principio, no podemos compartir la tesis del juzgador de primera instancia en la medida que en este caso en que la propietaria perjudicada es la Junta de Andalucía, viene a identificar las limitaciones que la función social impone a la propiedad privada (art. 33) con la obligación que tienen los poderes públicos de fomentar políticas de viviendas sociales (art. 47). Conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 26.3.1987 que sienta los precisos límites en que se ha de entender esas limitaciones que la función social impone a la propiedad privada el art. 33 citado, pues por un lado, se dice que aquélla delimitará el contenido de la propiedad de acuerdo con las leyes, y por otro, que nadie será privado de sus bienes "sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes". De aquí ya podemos extraer una primera conclusión, que no es otra que el régimen jurídico de la propiedad privada es único, al margen de la condición pública o privada de su titular, y que esa función social no supone desconocer esa propiedad privada, sino solo vendrá a acotar la extensión de las facultades que aquélla comprende, debiendo de existir un contenido esencial que siempre ha de ser protegido frente a cualquier ataque tal y como proclama el art. 53.1 de la Constitución. Ello nos conduce seguidamente a la existencia de un contenido esencial del derecho a la propiedad privada que ha de permanecer inmutable, comprendiendo en palabras de la citada sentencia las "facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito", todo ello en atención a las circunstancias de cada momento histórico, añadiendo seguidamente que ese núcleo de este derecho será "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". En este sentido, no cabe sino concluir que hechos como los aquí enjuiciados no pueden sino considerarse como atentatorios contra ese contenido esencial del derecho de propiedad, pues esa función social, hace referencia a intereses de la colectividad, no de un concreto ciudadano por muy necesitado que esté, y precisamente aquéllos a lo que conducirían serían, en su caso, a la expropiación, caso de ser un particular, con los trámites correspondientes, y en el caso que nos ocupa, pasaría par la inclusión de ese inmueble en un programa de política de viviendas sociales, con los requisitos que le son propios, y que, en cuanto

En resumen, y contrariamente a lo que sostiene un sector doctrinal y jurisprudencial que entiende que "los Jueces y Tribunales no podrán considerar como delitos todos aquellos casos en los que se reúnan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo del artículo 245.2 CP (ocupación por parte del no titular sin autorización y con la finalidad de ejercer las mismas funciones del dueño o poseedor), sino que tendrán que atender a principios superiores del ordenamiento penal a la hora de aplicarlos" (179), consideramos que en virtud del principio de legalidad deberán aplicar el referido artículo, sin perjuicio de las facultades que el artículo 4.3 CP les faculta (ex-

---

a los particulares afectados, pasaría por el cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, el de su solicitud, y el establecimiento de criterios de preferencias que aseguraran la mayor objetividad posible, que, desde luego, no se conseguiría con conductas del tipo de las que aquí tratamos, y que suponen sino un desconocimiento completo y absoluto del derecho de propiedad privada, esto es, también de su contenido esencial, y buena prueba de ello es su inclusión por parte del legislador como delito en el Código Penal de 1995. Se trata de conductas que en modo alguno pueden verse justificadas so pretexto de la necesidad de vivienda que sufren los acusados, pues se reconoce también el derecho a la propiedad privada, cuya función social delimita su contenido, pero de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos, sino por las causas legalmente establecidas. Aquí esa invasión de la propiedad privada se ha hecho sin cobertura legal, aun cuando no pueda considerarse que se trataba por aquéllos de apropiarse con carácter definitivo del local en cuestión. En todo caso como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 1.ª, de 17.1.2000 "es que el principio de legalidad exige la aplicación ineludible del precepto en aquellos casos en los que se produzca la ocupación de un inmueble con la evidente intención de ejercer derechos posesorios sobre el mismo. Cierto es que el comportamiento en cuestión requiere cierta permanencia pero no resulta necesario el propósito de acceder definitivamente al dominio o titularidad del derecho", si que se haya privado al titular de ejercitar facultades dominicales, aquí la posesión excluyente, tal y como se ha manifestado a lo largo de las distintas actuaciones administrativas tramitadas con anterioridad a la formulación de denuncia..." Y, como dice el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6.ª, A 14-2-2011, núm. 133/2011, rec. 559/2010, Pte: Segura Cros, Bibiana, (EDJ 2011/39429): *"...La función social de la propiedad no puede ser soporte para argüir la exclusión de los denunciantes de la protección penal de la propiedad definida por el legislador en el art. 245.2 CP..."*

(179) Cfr., Gómez Ibarguren, P.: *El tratamiento del fenómeno okupa en el Derecho Español*. Bosch on line. Pp. 18-19.

poner al Gobierno lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto, o la concesión de indulto), y ejecutar desde luego la sentencia.

4.5. Ajenidad del inmueble, vivienda, y edificio

A) Ajenidad a efectos penales

Según PAGLIARO un bien será ajeno a efectos penales en función del derecho que se vea afectado por la conducta del agente, ya que sobre el mismo bien puede haber una pluralidad de derechos reales; así, un bien puede pertenecer a una persona y su uso y disfrute a otra, lo que haría que cada uno de los titulares de estos derechos tuviese, con respecto a la esfera de actuación del otro, una relación jurídica de ajenidad; en consecuencia, será ajena, a efectos penales, "cualquier cosa sobre la cual exista un derecho de otro, que en la situación concreta aparezca con un mayor relieve social respecto a un derecho expectante del autor del delito" (180).

Cuando la ley penal menciona la ajenidad de la cosa, no intenta referirse de modo necesario a la propiedad en el sentido civil, sino que a lo que se refiere es a que la titularidad del derecho real usurpado pertenezca a otro y que este derecho real sea de mayor relevancia jurídica respecto del que eventualmente pueda ostentar el autor; por lo tanto, a la hora de determinar el concepto de ajenidad, habrá que ponderar los posibles derechos reales en conflicto para determinar la relación jurídica de que se trate y verificar, de esta forma, si existe realmente ajenidad (181). Por lo tanto, a nuestro

(180) PAGLIARO, A.: "L´altruitá della cosa nei delitti contro il patrimonio" en *Rivista italiana di Diritto o Procedura penale*, 1965. P. 710 y ss. (Citado por NOGUEIRA GANDÁSEGUI, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales.* Ed. Madrian Libros, Cambados, 1999. Pp. 89-90).

(181) Así, por ejemplo, a nuestro parecer, el usufructuario que desaloja a un ocupante clandestino por la fuerza podrá, eventualmente, ser sancionado como autor de un delito de coacciones, pero difícilmente como usurpador, ya que el uso y disfrute de la cosa no le es ajeno.

juicio, habrá que acudir a las normas del derecho civil para determinar en cada caso, si el derecho que ostenta el agente sobre el inmueble le permite considerar la cosa como no ajena (182).

B) Bienes inmuebles: objetos idóneos de usurpación

Los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación pues siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado (arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas) (183).

---

(182) Nogueira Gandásegui, S.: *Los delitos de usurpación de inmuebles en el código penal de 1995. Aspectos sustantivos y procesales… Op. cit.,* p. 90. El Profesor Santa Cecilia, en relación al delito de daños (y plenamente aplicable a la usurpación), considera que la ajenidad de la cosa constituye un elemento normativo que precisa de una valoración por el órgano jurisdiccional al no estar determinado empíricamente; debiendo determinarse la pertenencia de la cosa (en nuestro supuesto inmueble, vivienda o edificio) y eventuales problemas que se puedan plantear al respecto, conforme a la normativa civil. Santa Cecilia García, F.: *Delito de daños. Evolución y Dogmática (art. 263 Código Penal)* Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid, 2003. Pp. 279-280. La determinación de cuándo el inmueble es ajeno se hará de acuerdo con las normas civiles. González Rus, J. J.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). II.– Delitos contra la propiedad*. Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1992.

(183) Artículo 16 LPAP. Carácter patrimonial de los bienes adquiridos: *"Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público".* Artículo 17 LPAP. Inmuebles vacantes: *"1.– Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.* 2.– *La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley.* 3.– *La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin per-*

C) Ajenidad como cuestión prejudicial

Para que una ocupación sea punible es preciso que la ajenidad del inmueble, vivienda o edificio quede determinada de manera clara y rotunda durante el proceso, como cuestión prejudicial(184), porque la mera duda excluye la responsabilidad criminal, al menos por usurpación, sin perjuicio de la que pueda exigirse por coacciones o realización arbitraria del propio derecho (185).

---

juicio de los derechos de tercero. 4.– *Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil".*

(184) Las cuestiones prejudiciales se encuentran reguladas en el Capítulo II, del Título I, del Libro I de la LECrim, artículos 3 a 7. Artículo 3 LECrim: *"Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación".* Artículo 4 LECrim: *"Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal".* Artículo 5 LECrim: *"No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, las cuestiones civiles prejudiciales, referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo Criminal".* Artículo 6 LECrim: *"Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo Criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión".* Artículo 7 LECrim: *"El Tribunal de lo Criminal se atemperará, respectivamente, a las reglas del Derecho civil o administrativo, en las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver".*

(185) Roca Agapito, L.: "Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas" en *Derecho Penal Español. Parte Especial (II).* Álvarez García, F. J. (Dir.). Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coord.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. P. 206.

El artículo 245.2 CP requiere como presupuesto inexcusable que el objeto de la acción típica sea un bien inmueble ajeno al sujeto activo ("un inmueble, vivienda o edificio ajeno que no constituya morada"), lo que exige la determinación del titular o titulares de dicho objeto a los efectos de decidir sobre la tipicidad de los hechos desde la perspectiva de aquella figura delictiva. La resolución de la cuestión prejudicial civil relativa a la titularidad de las fincas puede efectuarse en el propio proceso penal, de conformidad con lo previsto en el art. 6 LECrim., cuando dicha titularidad pueda ser deducida de un título auténtico o de actos indubitados de posesión, y en este sentido debe resaltarse que diversas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se han ocupado de la cuestión relativa a la posición que debe adoptar el tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal, es decir, cuando concurre el supuesto previsto en el art. 3 LECrim., que extiende la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal, para el solo efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. En general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por considerar que el art. 4 LECrim. (relativo a las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente) habría sido derogado por el art. 10.1 LOPJ., según el cual los órganos de cada orden jurisdiccional pueden, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no les estén atribuidos privativamente (186).

En consecuencia, el Tribunal Supremo (187) se ha pronunciado reiteradamente a favor de la resolución por los tribunales penales de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad

(186) Artículo 10 LOPJ: *"1.- A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2.- No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca".*

(187) Véase sentencias de 14-11-2000, 24-7-2001 y 29-10-2001.

de suspender el procedimiento penal en curso para que previamente decida un juez de otro orden jurisdiccional sobre la cuestión de naturaleza civil o administrativa (efecto devolutivo), toda vez que el art. 3.1 LOPJ dispone que la Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos y, como consecuencia de este principio de unidad de jurisdicción, que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos órdenes jurisdiccionales.

El art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, con la excepción, prevista en el párrafo segundo de dicho precepto, de la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, la cual determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. Este criterio general contrario a las cuestiones prejudiciales devolutivas viene también avalado por el reconocimiento en el art. 24.2 de la CE de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de deferirlas a un nuevo y dilatorio proceso –con todas sus posibles instancias– ante otro orden jurisdiccional (188).

(188) Así la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2.ª, A 28-5-2009, núm. 171/2009, rec. 144/2009, Pte: Gómez Santana, Eloísa (EDJ 2009/152015) establece: "Comparte la Sala el razonamiento que contiene la resolución impugnada que por aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1 de la LOPJ y 3 y 6 de la LECrim. considera que permite al juez de lo penal competente para el enjuiciamiento de la causa, determinar a los solos efectos penales la titularidad de la parte de la finca Molino de Aguas Blancas sita en Viver, sin perjuicio de lo que resulte en la vía civil. En apoyo de su argumentación cita la juez de instancia las sentencias del T.S. 1570/2002 de 27 de septiembre de 2002, y la de 29 de octubre de 2001 cuando dice: "la regla contenida en el párrafo 1 del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil,

4.6. ¿Se aplica a bienes inmuebles que pertenecen al Estado como bienes de dominio público o patrimonial?

Los bienes inmuebles serán objetos idóneos de usurpación pues siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen como bie-

---

administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la denominada Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado artículo 4 de la LECrim. impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal. También se afirma que ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECrim.). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquellas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la LECrim. supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional.". A los argumentos y jurisprudencia citados por el juez instructor cabe añadir que: "el Tribunal Constitucional ha sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (SSTC 24/84, 62/84, 71/94), "como vía

nes patrimoniales a la Administración General del Estado (arts. 16 y 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante LPAP) (189). Se plantea la cuestión (al margen de la ajenidad, que siempre se da) si los bienes patrimoniales y los demaniales, por sus características y régimen exorbitante, pueden ser objeto material del delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles.

Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales, y de dominio privado o patrimoniales (art 4 de la LPAP).

Para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas (art. 41.1 LPAP):

---

para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada, y a los solos efectos del propio proceso" (STC 71/94). En esta misma línea cabe traer a colación la sentencia de la Sala 2.ª del T. Supremo de 21 de junio de 2006 (núm. 670/2006, rec. 921/2005), en cuanto recuerda el criterio elaborado por esta misma Sala y que se contiene en la reciente sentencia 363/2006, de 28 de marzo, que se remite a las sentencias 3/7/2001 y 27/9/2002.". doctrina recogida en la resolución impugnada y que puede resumirse: "Que el art. 10 de la LOPJ. 1.º, que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado diferir a otro orden jurisdiccional, y que tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condiciona de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. Que la regla contenida en el citado precepto no se encuentra limitada por excepción alguna cuando se refiere a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior, y de rango superior, ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 6.º de la LECrim. Que la propia Jurisprudencia del T. Supremo reveló el efectivo respecto del principio contenido en el art. 10,1.º de la LOPJ., en detrimento de lo establecido por el art. 6.º de LECrim (T.S. sentencias de 22-3-2001, 28-3-2001, 6 de noviembre de 2000, 14 de noviembre de 2000".

(189) *Vid., ut supra*; nota 183.

a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio.

b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.

c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos.

d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia.

El conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional (41.2 LPAP).

Si con ocasión de la instrucción de estos procedimientos se descubren indicios de delito, y previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico en las entidades públicas, se pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de continuar con la tramitación de aquéllos (art 44 LPAP).

Goza la Administración (sea estatal, autonómica, o local) de un privilegio procesal, que veda la posibilidad de interponer "interdictos" contra la actuación de sus órganos. Frente a las actuaciones que, en ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el art. 41 de esta ley y de acuerdo con el procedimiento establecido, realicen las Administraciones públicas no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el art. 250.1.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite (43.1 LPAP). En igual sentido se pronunciaba la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 101), derogada por Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta última dispone que no se admitirán a trámite acciones posesorias (interdictos) contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido (art. 105).

La autotutela administrativa presenta dos manifestaciones fundamentales: la autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva. La

autotutela declarativa o ejecutividad de los actos de la administración implica que la Administración goza de la potestad de emitir declaraciones y dictar actos que modifiquen la situación jurídica de los administrados sin necesidad de acudir al auxilio de los Tribunales de Justicia, teniendo tales actos fuerza ejecutiva inmediata. La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad dota a la Administración de la potestad de ejecutar materialmente los actos que dicta, no obstante la oposición de sus destinatarios, empleando la coacción si existiera resistencia por parte de éstos (con excepciones, como son el respeto a los derechos fundamentales).

Así los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter civil sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa (43.2 LPAP).

No obstante, el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión del ejercicio por la Administración de estas potestades corresponderá a los órganos de este orden jurisdiccional (41.2 LPAP), y quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (43.3 párrafo 2 LPAP) (190).

La Administración debe ejercer la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes (demaniales o patrimoniales). Protección que tiene su expresión máxima en la potestad de recuperar por sí mis-

(190) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, suprime la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil y laboral. Así en su Preámbulo se dispone: "De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas".

ma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo, *interdictum propium*, y que, como tal potestad y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio.

Procede la recuperación posesoria cuando se ha producido una usurpación del demanio (o bien patrimonial) por un particular, o una actividad de inquietación de la pacífica posesión administrativa del mismo. Procederá, por el contrario, el desahucio, cuando el que ocupa el demanio no ha sido siempre un usurpador, sino una persona que en su momento ha ostentado un título suficiente para el uso del citado demanio, pero que ha llegado a ser indebido o insuficiente.

Muchos de los bienes o derechos sobre los que actúa la Administración en el ejercicio de potestades de recuperación posesoria y de desahucio están relacionados con viviendas, o exigen introducirse en domicilios o lugares cuyo acceso requiere el consentimiento del titular. Lógicamente, en tales ocasiones, con anterioridad a la ejecución forzosa de las prerrogativas de recuperación posesoria y desahucio en vía administrativa, ante la ausencia de flagrante delito o consentimiento del titular, será preceptiva la obtención de la correspondiente autorización para la entrada en el domicilio facilitada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (191).

La LPAP, apartándose de otros modelos de técnica legislativa, ha renunciado a establecer una legislación penal especial en la materia, estimando suficiente, en consecuencia, la protección articulada en el Código Penal.

En el Código Penal no existe una protección unitaria ni uniforme de los bienes y derechos que sean titularidad de una Administración Pública, pudiéndose distinguir los tres supuestos siguientes:

---

(191) Artículo 8.6.-"*Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia…".*

— Protección absolutamente indiferenciada de los bienes y derechos de otras titularidades, como sucede en robo y hurto de uso de vehículos a motor (art. 244 CP), u ocupación pacífica de bienes inmuebles (art. 245.2 CP).

— Protección relativamente diferenciada, específica por la calidad o utilidad pública de los bienes, pero indiferenciada por su titularidad. Es el caso más habitual y suele configurarse a través de subtipos cualificados o agravados de delitos comunes(192).

— Protección absolutamente diferenciada, como bienes o derechos integrados en el Patrimonio de una Administración Pública (delitos de malversación de caudales o efectos públicos, art. 432 y ss. CP).

Los bienes públicos no están, pues, excluidos de la consideración de objeto material, en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles (arts. 245.2 CP); sin perjuicio de estar sometidos a un régimen de defensa y protección de carácter exorbitante. Dicho carácter exorbitante tiene como finalidad la protección física y jurídica de los bienes, en orden a garantizar su integridad y su destino a fines de interés general. De ahí que la LPAP, comience su Título II (que lleva por rúbrica, "Protección y defensa del Patrimonio"), proclamando que "las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio" (art. 28 LPAP), así como a "velar por su custodia y defensa" (art. 29 LPAP), para lo cual han de "ejercer las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello" (art. 28 LPAP). Cooperación en defensa de los patrimonios públicos que incumbe al personal al servicio de las Administraciones públicas, y muy especialmente a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (art 61 LPAP), a los notarios y registradores (Art. 63 LPAP), así como a los ciudadanos (62 LPAP) (193).

---

(192) Así por ejemplo en el hurto, art. 235 CP, "*cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico; cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento; cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos".*

(193) Rodríguez López, P.: *Derecho Administrativo Patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.*

Existe jurisprudencia *menor* en el orden jurisdiccional penal relativa a la usurpación pacífica de bienes inmuebles demaniales (en concreto, el dominio público marítimo-terrestre). De ello se colige que los bienes demaniales pueden ser objeto material del delito de ocupación pacífica (194).

Tomo I. Ed Bosch, 1.ª edición. Barcelona, 2005. Pp. 447-531, y AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: "Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La intervención. El deslinde. La recuperación de la posesión de los bienes y derechos del Patrimonio. El desahucio administrativo" en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.* CHINCHILLA MARÍN, C. (COORD.). Ed. Thomson Civitas. 1ª edición. Madrid, 2004. Pp. 323-384, y GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: "Lección 1. Régimen general del dominio público" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V.* CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009. Págs., 13-30, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.: "Lección 2. Los bienes patrimoniales" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo V.* CANO CAMPOS, T. (COORD.). Ed. Iustel. Madrid, 2009. Pp. 37-64.

(194) En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Baleares, sec. 1.ª, S 7-2-2006, núm. 27/2006, rec. 137/2005, Pte: Álvarez Merino, Julio; (EDJ 2006/467276): "…el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany … limitándose a requerir a la propiedad del predio para que garantice la continuidad en el uso público del trazado de dicho sendero que da acceso al mar…. la Administración de Costas considera que el vallado de la citada finca, en su zona colindante con la playa, se ha hecho sobre el dominio público delimitado como tal en el deslinde provisional del demanio marítimo-terrestre, habiéndose cerrado por parte del imputado el único acceso peatonal público a la playa de Cala Salada, que transcurría por la zona de servidumbre de tránsito, habiéndose demolido además en la zona de descenso del acantilado, y en área de servidumbre de protección, una especie de escaleras realizadas en el terreno natural que facilitaban la bajada a la citada playa. Este vallado transcurre entre los hitos 442 y 446 que delimitan la propiedad pública. Ambas incidencias aparecen reflejadas en el plano que obra al folio 10 de los autos. Ambos documentos deben ser puestos en conexión con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, que de los dos hechos anteriores deriva el resultado de que la playa de Cala Salada queda impedida para su acceso terrestre, por lo que su uso se reserva para quienes accedan a la misma por vía marítima, además de para el acusado, a quien imputa la comisión del delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal EDL 1995/16398. TERCERO.– Este artículo 245 del Código Penal EDL 1995/16398 contiene dos párrafos. El apartado primero requiere la ocupación de un inmueble o la usurpación (uso, ejercicio) de derecho real inmobiliario con violencia o intimidación. El apartado segundo viene a confi-

La sentencia del Juzgado de lo Penal, ratificada por la Audiencia Provincial de Baleares, absuelve al acusado no porque el objeto material (bien de dominio público marítimo-terrestre) esté excluido de la protección penal, sino porque la conducta no se puede subsumir en el tipo penal del art. 245.2 CP ya que:

a) El acusado no ha procedido a ocupar con carácter exclusivo la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico (sim-

---

gurarse como una figura complementaria pero distinta, en la medida en que no exige violencia o intimidación, y se refiere a vivienda, inmueble o edificio ajeno que no constituya morada, lo que lo diferencia del allanamiento de morada. En cualquiera de ambos casos se exige la concurrencia de una actuación del agente con la finalidad de aprovechamiento o enriquecimiento de lo ajeno, intención consustancial a todos los delitos de usurpación, así como la existencia de un perjuicio irrogado a un tercero. Más en concreto, la figura delictiva objeto de acusación en esta litis requiere, a tenor de conocida jurisprudencia, de la concomitancia de los siguientes elementos: a) Ocupación o mantenimiento en inmueble, vivienda o edificio ajenos. Ocupar es, hablando de territorios o lugares, tomar posesión o apoderarse de ellos, invadirlos o instalarse en ellos. b) Que tales inmuebles no constituyan morada. c) Ausencia de consentimiento o autorización en la ocupación y contrariedad a la voluntad de su titular en el caso del mantenimiento; y d) Conocimiento y consciencia de la ajenidad y de la falta de autorización o de consentimiento. Al hilo de esta doctrina se constata la profunda diferencia existente entre los elementos del tipo penal invocado por el apelante y la conducta imputada al acusado, pues la acción de interrumpir el paso de los usuarios de la playa por el camino de servidumbre de tránsito no se corresponde con el concepto legal de usurpación descrito en el mencionado precepto. Efectivamente, el acusado no ha procedido a ocupar con carácter exclusivo la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico, sino que ha intentado ilegítimamente evitar el acceso a la misma de los bañistas a través de la servidumbre de tránsito, porque aquéllos se introducen después en la finca contigua de su propiedad, perturbando su derecho dominical. En cualquier caso, tampoco se trataría de una ocupación exclusiva y excluyente de la playa por parte del acusado, quien no ha hecho intento alguno de evitar que ésta sea utilizada por quienes acceden a la misma por vía marítima. Finalmente, el acusado no es un usuario ilegítimo de la playa, pues tiene derecho a utilizarla en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos dada su condición de bien demanial, sin que quepa deducir que su conducta de limitar el uso público de la cala esté movida por el ánimo de lucro propio de cualquier delito contra el patrimonio, sino por el ya expresado de prevenir daños en su finca contigua. Y en cuanto a la interrupción del sendero que atraviesa la DIRECCION000", una vez acreditado

plemente ha intentado ilegítimamente evitar el acceso a la misma de los bañistas, pues éstos se introducen en la finca contigua de su propiedad, perturbando su derecho dominical).

b) No se trata de una ocupación exclusiva y excluyente de la playa por parte del acusado, quien no ha hecho intento alguno de evitar que ésta sea utilizada por quienes acceden a la misma por vía marítima.

c) El acusado no es un usuario ilegítimo de la playa, pues tiene derecho a utilizarla en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos dada su condición de bien demanial.

d) La conducta de limitar el uso público de la cala no está movida por el ánimo de lucro propio de cualquier delito contra el patrimonio, sino por el de prevenir daños en su finca contigua.

De ello se infiere, *a sensu contrario,* que si el acusado hubiera procedido a ocupar, de forma exclusiva y excluyente, la playa de Cala Salada para procurarse un beneficio económico, evitando que ésta fuera utilizada tanto por quienes acceden a la misma por vía marítima, como por el camino de servidumbre de tránsito, la conducta sería constitutiva de delito siempre que su ánimo hubiera sido el de lucro y no el de proteger su finca contigua de los bañistas que la perturban.

---

que se trata de un camino de servidumbre de propiedad privada que da acceso a varias de las fincas del lugar (folio 219 y siguientes), entre ellas la del propio acusado, es llano que su cerramiento mediante barreras y candado para impedir el paso de intrusos ajenos a tales predios constituye un acto inocuo, situado extramuros del Código Penal EDL 1995/16398. Por consecuencia de todo lo expuesto, la conducta de interrumpir mediante un vallado metálico la servidumbre legal de tránsito no constituye delito de usurpación, sino que se trataría de un ilícito administrativo que ha sido corregido por la Administración costera mediante el expediente sancionador y de recuperación de oficio antes mencionado, en el cual ha sido acordada la práctica de las actuaciones gubernativas necesarias para, en defensa del dominio público marítimo-terrestre, proceder a la demolición de dicho obstáculo (folio 377). Motivos todos ellos por los cuales procede desestimar el recurso interpuesto, ratificando en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal".

El Tribunal Supremo con ocasión de la ocupación de la finca militar "Las Turquillas", bien demanial perteneciente el Centro Militar de Cría Caballar ha manifestado al respecto que el hecho de que la Administración Pública disponga de facultades de autotutela no excluye la tipicidad ni resulta relevante para despenalizar conductas que revisten los caracteres necesarios para su subsunción en uno de los tipos expresamente recogidos en el Código Penal (art. 245.2) (195).

Más habitual son los casos de usurpación pacífica de bienes patrimoniales (como las ocupaciones de viviendas de titularidad del IVIMA, –Instituto de la Vivienda de Madrid–) donde encontramos numerosas sentencias (196).

---

(195) *Vid.,* Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 12-11-2014, núm. 800/2014, rec. 2374/2013, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2014/222778)

(196) A título ejemplificativo citamos; AP Madrid, sec. 17.ª, S 3-2-2006, núm. 127/2006, rec. 445/2005, Pte: Ventura Faci, Ramiro, (EDJ 2006/17999): " ... El "mantenimiento" en la vivienda "sin la voluntad de su titular" es una segunda acción típica descrita en el artículo 245.2 del Código Penal EDL 1995/16398, entendiendo que también dicha conclusión se ajusta a una valoración correcta de la prueba ya que, sin perjuicio de que inicialmente el IVIMA no se dirigiera a los acusados para que abandonaran dicha vivienda, debemos entender que los acusados eran conscientes de que el IVIMA no les autorizaba a permanecer en dicha vivienda y así se debe considerar, por lo menos, desde el momento en que Dª Lucía declaró en la Guardia Civil, ante el Magistrado del Juzgado de Instrucción y, en cualquier caso, en el momento en que se le dio traslado del escrito de acusación presentado por el IVIMA personada en las presentes actuaciones en el ejercicio de la acusación particular, escrito de acusación particular en la que expresamente el IVIMA reclama que los acusados desalojen y les ponga a su disposición la vivienda. A pesar de dicha expresa manifestación de voluntad del IVIMA, los acusados, incluso en la fecha del juicio –pues así lo reconoce la acusada D.ª Lucía–, continúan ocupando la referida vivienda propiedad del IVIMA. Por lo expuesto entendemos que la Magistrada del Juzgado de lo Penal no ha cometido ningún error en la valoración de las pruebas y que, al contrario, la apreciamos racional y suficientemente razonada, por lo que debemos confirmarla y asumirla en esta segunda instancia por entender que se ajusta plenamente a los requisitos que para la valoración de la prueba directa e indirecta exige el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo..." En el mismo sentido se pronuncia la AP Madrid, sec. 7.ª, S 12-4-2007, núm. 390/2007, rec. 15/2007, Pte: Aparicio Carril, M.ª Luisa, (EDJ 2007/122728): "... Por otra parte, en nada afecta a la tipicidad de la conducta de los acusados el hecho de que el requerimiento que les efectuó el IVIMA para que abandonaran la

4.7. Objetos excluidos: la morada habitual

A) Elemento negativo del objeto material

El elemento negativo de definición del objeto material, que no constituya morada (197), supone que ha de tratarse de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado. En caso contrario, de constituir una morada; esto es, un ámbito de intimidad de una persona física, el delito que se perfeccionaría sería el contemplado en el artículo 202 del CP, allanamiento de morada, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad, a diferencia de la presente figura delictiva, donde se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y el orden público.

---

vivienda se produjera con posterioridad a la presentación de la denuncia e incluso a que los denunciados declararan en el Juzgado como imputados, ya que el delito previsto en el art. 245.2 del C. Penal EDL 1995/16398 tipifica como delictiva tanto la conducta de quien ocupa sin autorización debida un inmueble como la del que se mantiene en él contra la voluntad de su titular; ello quiere decir que los acusados al acceder a la vivienda sin autorización de su titular ya cometieron la conducta típica puesto que en ningún caso podían entender que estaban actuando lícitamente al entrar a vivir en una vivienda que no era suya; pero aun cuando no se entendiera así, lo que sí es evidente es que habrían cometido el delito por el que han sido condenados al permanecer en la referida vivienda sin atender al requerimiento de desalojo que les efectúo el IVIMA puesto que a partir de dicho requerimiento se mantuvieron en la vivienda contra la voluntad de su titular...Por todo ello, estimando que los hechos declarados probados en la sentencia que es objeto del recurso de apelación que ahora se ventila aparecen debidamente acreditados por las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de las mismas, y estando ajustada la calificación que de los mencionados hechos declarados probados se hace, así como los demás fundamentos del fallo, procede rechazar el recurso interpuesto confirmando la resolución apelada en todas sus partes y declarando de oficio las costas de esta alzada".

(197) La nota diferenciadora del delito de ocupación con delito de allanamiento de morada estriba en la ausencia del carácter de morada del inmueble, vivienda o edificio que se ocupa. Suarez González, C.: "Libro II.– Título XIII Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, Capítulo V.– De la Usurpación" en *Comentarios al Código Penal.* Rodríguez Mourullo, G.: (Dir.) y Jorge Barreiro, A. (Coord.). Ed. Civitas. Madrid, 1997. P. 705.

El objeto material no habrá de constituir, según expresamente se preocupa de matizar la norma, morada en el momento de la ocupación, aunque el ocupante posteriormente sí la destine a ello(198).

B) Interpretación a sensu contrario del concepto de morada, casa habitada y sus dependencias

El objeto material lo integra, por tanto, la ocupación pacífica de un inmueble, vivienda o edificio, siempre que no sea morada, pues entonces se aplicaría, si se dieran todos sus elementos, el delito de allanamiento de morada. Ello implica que ha de realizarse una interpretación *a sensu contrario* del concepto de morada (de los artículos 202 y ss. del CP) y de casa habitada (199) (art. 241 CP), para es-

(198) Serrano Gómez, A., Serrano Maílo A., Serrano Tárraga, M. D., Vázquez González, C.: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial* Ed. Dykinson. Madrid, 2012. P. 266; Maza Martín, J. M.: "Capítulo V.– De la Usurpación" en *Comentarios al Código Penal. Tomo III Artículos 205 al 318.* Conde-Pumpido Tourón, C. (Dir.). Barja de Quiroga, J. (Coord.). Ed. Bosch. Barcelona, 2007. P. 1963. Así la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 5.ª, A 17-5-2010, núm. 241/2010, rec. 482/2008, Pte: Requena Juliani, Jaime (EDJ 2010/277721) establece: "La referencia a "no constituyan morada" que contiene el precepto no está referida al uso que los usurpadores puedan dar al inmueble; sino al hecho de no tratase de la "morada" de una persona autorizada para disponer del inmueble. Es decir, se trata de un elemento relevante para delimitar la usurpación del art. 245.2 CP (necesariamente referida a inmuebles que no constituyan morada del propietario o de alguna otra persona autorizada a disfrutar del mismo) del mucho más grave delito de allanamiento de morada".

(199) "El concepto de casa habitada coincide con el de morada, aunque el artículo 241.2, no exige la actualidad en el uso de la misma en el momento en que se realice el robo… La jurisprudencia ha hecho una interpretación extensiva en base a que el precepto habla también de casa habitada, aunque "accidentalmente" se encuentren fuera los moradores, y ha considerado que en estos casos [chalets y residencias veraniegas] siempre es aplicable la agravante". Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial.* Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición. Valencia, 2010. Pp. 399-400. Así pues, a efectos de delimitar el objeto material del art. 245.2 será conveniente excluir todo inmueble o vivienda que pueda constituir morada. Para ello conviene tener en cuenta el concepto legal de casa habitada y dependencias recogido en el art. 241.2 y 3 del Código penal. La jurisprudencia y la doctrina mantienen un concepto funcional de la morada: ésta puede ser mueble o inmueble, fija o movible, de mayor o menor consistencia (tiendas de campaña, coches-remolques, barcos, vagones de tren, etc.). Este concepto de

tablecer qué es "un inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada".

Por morada, a efectos penales, se entiende el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades de la vida privada, propia o familiar. Espacio cerrado en que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal (vacacional, pisos en la sierra o en la playa), accidental u ocasional (por ejemplo, habitación de un hotel).

El concepto de domicilio, en sentido constitucional –que es el protegido penalmente– y concretado en el derecho a la intimidad, es más extenso que el que nos proporciona el Código Civil al no exigirse la residencia habitual (art. 40 CC) (200), ampliándose a todo espacio cerrado en que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal, accidental u ocasional (por ejemplo, la habitación de un hotel). Si la morada a la que se entra está deshabitada, no hay allanamiento, aunque sí puede haber, en su caso, un delito de ocupación de inmuebles. Sin embargo, sí hay allanamiento en el caso de que se encuentre temporalmente deshabitada por cualquier motivo (por ejemplo, pisos vacacionales, en la sierra, en la playa).

---

morada también se extiende a los espacios destinados al desarrollo de las actividades propias de la vida privada o profesional, pero no a los lugares comunes del inmueble de propiedad indeterminada (STS 23 de octubre de 1987 y de 3 de octubre de 1990). La jurisprudencia coincide en general con esta interpretación acuñada por la doctrina: "Por morada ha de entenderse no sólo la que está real y permanentemente utilizada, sino también la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas e inciertas" (STS 4 marzo de 1992); "se incluye también dentro de este concepto las dependencias que estén vinculadas a la vivienda habitual" (STS 3 de octubre 1990). Serrano Piedecas, J. R.: "La usurpación (Título XIII, Cap. V CP)" en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 13, año 2004. P. 417.

(200) Artículo 40 CC: *"Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil .El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español".*

Así según jurisprudencia del TS, Sala Segunda, se han considerado morada: una cueva, una choza, las tiendas de campaña, los coches remolque, las caravanas, los camarotes de una embarcación de recreo, departamento de coche-cama, la furgoneta-caravana, la roulotte, la habitación de un hotel o de una pensión, las habitaciones arrendadas por terceros en domicilios particulares y pensiones (201).

La llamada "segunda vivienda" o "vivienda de temporada" ha de considerarse casa habitada, siendo irrelevante que los sujetos activos se cerciorasen previamente de la ausencia de los habitantes, porque por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores, aunque tan solo lo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente, ya que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente (202).

---

(201) Rodríguez Fernández, R. y Vázquez Rodríguez, J. M.: «Identificación de tipos penales afectantes a inmuebles. El problema actual de los "okupas"» en *Revista Sepin*, mayo 2012 (SP/DOCT/16710), y Jorge Barreiro, A.: "Capítulo 27: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Sección 2.ª: Allanamiento" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* Molina Fernández, F. (Coord.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 875. "Reiterada e inveterada jurisprudencia configura la naturaleza del domicilio particular como espacio físico, que ampara el artículo 18.2 CE, en donde se ejerce la privacidad de cada uno y se proyecta el " yo anímico " de la persona en múltiples direcciones. De acuerdo con los artículo 8.1 convenio de Roma de 4-11-50 y 17 Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 19-12-66, sirve para cobijar aquel concepto cualquier local por humilde y precaria que sea la construcción en donde viva la persona, o la familia (AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2.ª, A 22-12-2009, rec. 144/2009, Pte: Soriano Vela, Francisca, EDJ 2009/375307).

(202) Ortiz Úrculo, J. C.: "Título XIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico" en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. (AA.VV.). Ed. Colex. 11.ª edición, Madrid, 2007. P. 800. Así el Tribunal Supremo, Sala 2.ª, S 28-6-2001, núm. 1272/2001, rec. 172/2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2001/13872) establece: "El Código penal de 1995 contiene una definición legal de lo que debe entenderse por casa habitada como "todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar". Para mejor comprensión del concepto de casa habitada ha de tener-

Así pues, a efectos de delimitar el objeto material del art. 245.2 será conveniente excluir todo inmueble o vivienda que pueda constituir morada. Se incluye también dentro de este concepto [morada] las dependencias que estén vinculadas a la vivienda habitual (203). El Código Penal equipara los conceptos de morada y casa habitada con el de *sus dependencias* (204). Por dependencias han de entenderse *"sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados*

---

se en cuenta que el Código señala, como presupuesto de la agravación, su realización en casa habitada o en edificios o locales abiertos al público y sus dependencias. Sugiere el recurrente que la agravación sólo concurre cuando la vivienda en la que se realiza la acción estuviera habitada de continuo, excluyendo de su comprensión las denominadas viviendas de temporada. Esa interpretación se compagina mal con el fundamento de la agravación que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar (STS 7.4.95) y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. Ese fundamento es de aplicación a las casas de temporada que pueden ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores. Así lo hemos declarado reiteradamente, por todas STS 629/98 de 8 de mayo, al recordar que la "ratio essendi" de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada, pues a la misma pueden acudir en cualquier momento sus moradores aunque se hubiera comprobado su ausencia anterior inmediata, como también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque al patrimonio como lo constituye al ataque al marco de intimidad merecedor de una protección añadida".

(203) Serrano Piedecas, J. R.: "La usurpación (Título XIII, Cap. V CP)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 13, año 2004. P. 417.

(204) Así disponen los artículos 20.4, 241.1 y 242.2 del Código Penal: Artículo 20.4.1º "En caso de defensa de la morada o sus *dependencias*, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas". Artículo 241.1.– "El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus *dependencias,* se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años. Si los hechos se hubieran cometido en un establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años". Artículo 242.2.– "Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus *dependencias,* se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años".

y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física" (205).

Como notas que pueden resaltarse en cuanto caracterizadoras de las dependencias propias de la casa habitada, enumeraremos: 1.ª) ha de tratarse de lugares cercados, o sea con una delimitación física de cualquier orden reveladora de su privacidad y de su clara diferenciación del exterior; 2.ª contiguos al edificio propio de la vivienda, sin espacio intermedio que suponga una solución de continuidad entre ambos; 3.ª que se hallen comunicados entre sí, pudiendo los habitantes del inmueble pasar de un espacio al otro sin necesidad de salida afuera del mismo; 4.ª la casa propia y el local o aditamento dependencial han de constituir una unidad física, lo que se dice "un todo", lo que no implica una construcción simultánea o un acoplamiento o conjunción originarios.

Han de quedar fuera de la conceptuación de dependencia las huertas o terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, arcaica referencia del derogado artículo 508, que expresamente excluía.

Sí podrán tenerse como tales el portal de una vivienda (206), o la parte de casa destinada a almacén (207). Las dependencias de

---

(205) Artículo 241.3 Código Penal. Existe una mejor delimitación en el precepto actual que la ofrecida por el artículo 508 del anterior Código Penal, eliminando esa innecesaria enumeración, impregnada de rusticidad, alusiva a corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras, etc., siempre de posible comprensión en la definición de dependencias que la norma formula. Los patios y garajes, por su frecuencia y caracterizada complementariedad, merecen la expresa mención con que se les distingue. Soto Nieto, F.: "Penal. Jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal. Selección, análisis y comentario a cargo de Francisco Soto Nieto" en *Revista del Poder Judicial.* CGPJ. Núm. 51. Tercer trimestre, 1998. P. 716.

(206) "Por supuesto que el portal no es dependencia de casa habitada en cuanto no constituye un lugar cercado o cerrado contiguo al edificio y en comunicación interior con el mismo. Es más que eso: es el propio edificio en que se habita, es la casa en que se mora. La perpetración de un delito dentro de su ámbito muestra la mayor peligrosidad del agresor, que quebranta la paz de la casa, merecedora de particular tutela, antes y ahora, por el ordenamiento jurídico. El motivo no puede prosperar". STS, Sala 2.ª de 23 octubre 1987. Pte: Ruiz Vadillo, Enrique (EDJ 1987/7648).

(207) "Conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, según

la casa son alcanzadas por la noción de la misma; sobre todo no resulta discutible en los casos como en los que el garaje no es de libre acceso, sino limitado a las personas autorizadas para ello (208), las terrazas o balcones por formar una unidad física con la vivienda

doctrina declarada, entre otras resoluciones, las que llevan fecha 11 de mayo de 1984, 11 de marzo y 19 de mayo de 1986, 11 de mayo de 1988 y 1 de febrero de 1989, la circunstancia agravatoria del delito de robo, del artículo 506.2 del Código Penal, cuando el delito se verifique en casa habitada, se halla plenamente justificada en cuanto que su comisión en dicho lugar ataca bienes jurídicos perfectamente diferenciados, en el que, juntamente con el ataque contra la propiedad, se crea un riesgo para las personas, atacándolas en su círculo de mayor intimidad como es la propia morada, siendo irrelevante, a efectos penales o de apreciación de la agravante, el que se halle real y permanentemente habitada o sirva tan sólo a dichos fines en épocas indeterminadas e inciertas, ya que en ambos casos se atenta contra los bienes jurídicos referidos y objeto de protección, incluido el de la integridad física, ante la imprevisible o posible llegada de los moradores a la vivienda que tan sólo ocupan ocasionalmente, siendo igualmente irrelevante que parte del edificio o casa se destine a almacén ; por lo que procede desestimar el motivo tercero del recurso en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 506.2 del Código Penal". STS, Sala 2.ª, S 28-12-1991, Pte: Huerta y Álvarez de Lara, Antonio (EDJ 1991/12364).

(208) Soto Nieto, F.: "Penal. Jurisprudencia de la Sala Segunda de lo Penal. Selección, análisis y comentario a cargo de Francisco Soto Nieto" en *Revista del Poder Judicial.* CGPJ. Núm. 51. Tercer trimestre, 1998. P. 716-717. "En lo que concierne al concepto de casa habitada, es indudable que también las dependencias de la misma son alcanzadas por la noción de la misma. Sobre todo esto no resulta discutible en los casos como el presente en los que el garaje no era de libre acceso, sino limitado a las personas autorizadas para ello" STS, Sala 2.ª, S 28-4-1998, núm. 565/1998, rec. 1604/1997, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 1998/3175).

(209); y el parking situado en el local de una entidad (210). También son dependencias los almacenes o trasteros (211), el patio-

(209) "En cuanto a dependencias de casa habitada, deben considerarse como tales las terrazas o balcones, por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él, sino en realidad por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas, son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, habiendo, incluso, la jurisprudencia de esta Sala considerado como tales dependencias los garajes, cuando no son de libre acceso, sino de limitada entrada (Sentencia de 28 de abril de 1998)" STS, Sala 2.ª, S 24-4-2000, núm. 729/2000, rec. 503/1999, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2000/6159).

(210) Serrano Piedecas, J. R.: "La usurpación (Título XIII, Cap. V CP)", en *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Núm. 13, año 2004. P. 417. "Ciertamente los términos en que está redactado el texto del art. 241.1.º del Código Penal EDL 1995/16398 han exigido ser complementados por la doctrina de esta Sala que limita la apreciación del tipo agravado de realización del hecho al período de tiempo en que el establecimiento abierto al público lo esté efectivamente. Pero no puede acogerse el criterio del recurrente de que un parking en local de una entidad es idéntico a la vía pública, cuando se paga en esta última por aparcar. La vía pública, obvio es afirmarlo, no es un local, que es definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, como sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto, ni se puede decir que el pago de la tasa municipal de aparcamiento, es decir por el uso por el breve espacio de tiempo de unos minutos o unas horas, del lugar con finalidad de aparcar un vehículo, puede atribuir a la vía pública el carácter de local, mientras que sí lo es un lugar al que puede acceder el público para aparcar, que está cercado y separado de la vía pública y donde se pagó, no solo por la ocupación del lugar, sino también por la vigilancia que de los vehículos se ejerce durante el tiempo en que está abierto para tal fin al público, máxime cuando, como es aquí el caso, el lugar de aparcamiento es anejo a un establecimiento de venta abierto al público. En tales condiciones los riesgos mayores que al tiempo establecido de apertura al público son anejos, concurren también el local dedicado a aparcamiento y, habiendo ocurrido los hechos en horas de apertura, es evidente la corrección de aplicar la figura agravada de robo con fuerza en las cosas del art. 241.1.º del Código Penal" STS, Sala 2.ª, S 20-3-2001, núm. 440/2001, Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 2001/7277).

(211) "Más, como se dice en la sentencia de 12 de febrero de 1999 EDJ 1999/332 , reiterada jurisprudencia de esta Sala ha considerado el *trastero* como dependencia de casa habitada, diferenciando la distinta protección del domicilio desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho a su inviolabilidad, y desde el ordenamiento penal, que se extiende a

jardín de la vivienda (212), los cobertizos contiguos a la vivienda

sus dependencias. En este sentido ya la sentencia de 4 de marzo de 1997 EDJ 1997/1426 , reconociendo que el trastero no constituye un "domicilio" especialmente protegido constitucional (artículo 18 de la Constitución Española EDL 1978/3879) y legalmente (artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1), afirma que sí es accesorio en el sentido jurídico-civil o dependencia de casa habitada especialmente primada en la protección penal; en el primer caso, por conceptos de funcionalidad e incluso de unidad jurídica inmobiliaria, y en el segundo, porque por su cercanía existe el mismo fundamento (peligrosidad) que en la protección de la propia casa habitada. En el presente caso estamos ante un espacio que forma una unidad física con las viviendas sitas en el edificio descrito en los Hechos Probados, que esté en comunicación interior con ellas, y que incluso es susceptible de ser habitado en algún momento, con lo que cumple los requisitos previstos en el artículo 241.3 del Código Penal". STS, Sala 2.ª, S 11-9-2000, núm. 1380/2000, rec. 674/1999, Pte: Abad Fernández, Enrique (EDJ 2000/27678).

(212) "Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, previsto y penado en los artículos 237, 238.1.º y 240 y 241.1.º, 2.º y 3.º del Código Penal EDL 1995/16398. La calificación jurídica de los hechos objeto de enjuiciamiento resulta de las propias manifestaciones del acusados Luis Carlos prestadas en el acto de juicio oral y de lo expresado por los propietarios de los perros objeto del apoderamiento. Así Luis Carlos reconoció que para acceder al jardín de la casa donde se hallaba la perrera saltó la valla que rodeaba la casa y de las manifestaciones de los propietarios ha resultado acreditado que tras introducirse Luis Carlos en el jardín tuvo que fracturar la puerta de la perrera para hacerse con los canes, ocasionando en aquélla desperfectos cuya reparación ascendió, según la factura incorporada al folio núm. 68 de la causa, a 100.143 pesetas. Pero además nos hallamos ante un supuesto de robo con fuerza en casa habitada, pese a la oposición de la defensa, pues tal como viene señalando la Jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, entre ellas las STS de fecha 28/6/01 EDJ 2001/13872 , la agravación prevista en el art. 241.1.º, 2.º del Código Penal EDL 1995/16398 debe aplicarse a las viviendas destinadas a habitación de sus moradores, aunque tan sólo lo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente. Dicha resolución indica que cualquier persona puede tener más de una morada, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de presentarse en cualquier momento el morador ausente; con este dato se cumple la "ratio legis" de la norma agravatoria fundada en la mayor peligrosidad que dichas acciones entrañan. En el caso de autos los propietarios de la vivienda acudían a diario a la misma, al menos en dos ocasiones, para dar de comer y cuidar a los perros estando pendientes de mudarse

(213), los sótanos incluso los que están integrados en los bloques de viviendas formando un todo unitario (214), un corral anexo a la casa, comunicados ambos por una puerta (215), una caseta adosa-

---

a dicha vivienda en fechas próximas, habiendo manifestado en el acto de juicio oral que en una o dos ocasiones habían pernoctado, pues la vivienda era perfectamente habitable. Nos hallamos ante un supuesto del apartado tercero del art. 241 del C.P. EDL 1995/16398 , atendido que el acceso se verificó al patio-jardín de la vivienda integrado con aquella en una misma unidad física al estar delimitado el perímetro común por una valla que separaba el espacio interior al exterior (la vía pública). Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6.ª, S 15-11-2004, núm. 1048/2004, rec. 152/2000, Pte: Arroyo Romagosa, Montserrat (EDJ 2004/200721).

(213) "... claramente en dicho artículo del Código Penal y más concretamente en su párrafo 3º se consideran dependencias de la casa habitada..." Sus patios, garajes y demás departamentos o sitios contiguos al edificio y en comunicación interior con él con el que formen una unidad física". En el caso que nos ocupa, se trata de un cobertizo instalado en el interior de la finca cercada, y contiguo a la vivienda que forma un todo con ella por lo que le es de aplicación el precepto agravado". AP de Zaragoza, sec. 3.ª, S 28-2-2006, núm. 153/2006, rec. 342/2005, Pte: López López del Hierro, Miguel Ángel (EDJ 2006/58406).

(214) "... y en cuanto a dependencias de casa habitada, deben considerarse como tales las terrazas o balcones, por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él, sino en realidad por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, debiendo incluso de considerarse como tales dependencias los garajes, cuando no son de libre acceso, sino de limitada entrada. En el presente caso el sótano en el que se intentaba sustraer el ciclomotor está integrado en el bloque de viviendas, formando un todo unitario, como lo acreditan las descripciones que realizan los denunciantes y la inspección ocular practicada por los agentes de la Guardia Civil, de manera que el conjunto de viviendas con estos sótanos entra dentro de la descripción de casa habitada realizada por el artículo 241.3 del Código Penal" AP de Barcelona, sec. 9.ª, S 17-1-2005, núm. 162/2005, rec. 238/2004, Pte: García Muñoz, Pedro Luis (EDJ 2005/50395).

(215) "Desde luego, resulta notorio que tanto en el lenguaje común como en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas, un corral no es una casa habitada. No es menos evidente, empero, que el artículo 241.1.º del Código Penal no solo se refiere a éstas sino también a cualquiera de sus dependencias y que en el número tercero de ese mismo precepto se explica que se considerarán dependencias de casa habitada sus patios,

da a la vivienda en la que se guardaban bicicletas y otros enseres (216).

El elemento negativo de definición del objeto material, *"que no constituya morada"*, lleva a descartar los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias (arts. 202 a 204 y 241 *a sensu contrario*).

---

garajes y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física. Y este es el caso del corral que se describe en el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia recurrida y al que, incluso, se refiere de modo muy elocuente la propia parte que apela al decir: "... se construía la casa y anexa a ella un corral... entre ambos (corral y vivienda) existe una puerta". Es decir, se trataba de un lugar cerrado, contiguo a la casa y en comunicación interior con ésta (a través de la referida puerta) formando ambos una unidad física; circunstancias por las cuales también este motivo de impugnación debe ser desestimado. Cosa distinta es que, en atención a las circunstancias que concurren en el suceso enjuiciado y, entre ellas, al hecho de que el acusado no llegara a penetrar en la casa, aparezca sobradamente justificado que el juzgador de instancia haya impuesto la pena en su límite inferior dentro, como es obvio, de la legalmente prevista. AP de Cuenca, sec. 1.ª, S 1-10-2003, núm. 110/2003, rec. 94/2003, Pte: Puente Segura, Leopoldo (EDJ 2003/206078).

(216) Llobet Anglí, M.: "Capítulo 30: Delitos patrimoniales. Sección 2ª: Robo con fuerza en las cosas" en *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011.* Molina Fernández, F. (Coord.). Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2011. P. 967. "Tras forzar la cerradura de la puerta de aluminio de una caseta situada en la parte trasera de dicha vivienda se apoderó de varias bicicletas ... Sin embargo, tal como se relatan en la sentencia recurrida los hechos acaecidos nos encontramos en realidad con una sola sustracción con fuerza en las cosas llevada a cabo en una vivienda y en una de sus dependencias, por lo que no cabe hablar de delito continuado de robo, sino con una sola acción delictiva de ésta naturaleza que afectó a una vivienda y a una de sus dependencias. Por lo que la calificación correcta de los hechos probados es la de constituir un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, de los artículos 237, 238.2.º y 241 del Código Penal". AP de Pontevedra, sec. 5.ª, S 29-11-2000, núm. 128/2000, rec. 137/2000, Pte: Lojo Aller, Juan Manuel (EDJ 2000/59466).

CONCLUSIONES

1.ª El Código Penal de 1995 ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia. Entre estas nuevas formas de delincuencia se incluye la ocupación pacífica de bienes inmuebles, como respuesta penal a la proliferación del "movimiento okupa"; entendiéndolo así el Tribunal Supremo.

2.ª Bajo la rúbrica *"De la usurpación"* se recogen en el Capítulo V, del Título XIII *"De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico"*, del Libro II del Código Penal de 1995, *"Delitos y sus penas"*, cuatro figuras delictivas distintas:

— la del artículo 245.1, referida a la ocupación de un inmueble o a la usurpación de un derecho real inmobiliario con violencia o intimidación;

— la del art. 246, de alteración de términos o lindes de pueblos y heredades;

— la del art. 247, de distracción del curso de las aguas;

— y en la que nos centramos, la del art. 245.2, de ocupación pacífica de un inmueble que no constituye morada.

3.ª El delito de ocupación, tanto en su modalidad violenta (art. 245.1 CP), como no violenta (art. 245.2 CP), carece de la correspondiente figura de falta.

4.ª Históricamente la tradición de los Códigos españoles ha sido la de castigar únicamente la ocupación violenta; y ello, salvo el Código Penal de 1848 [y 1850] (porque todavía no contaba con una protección registral eficaz, que vendría posteriormente de la mano de la Ley Hipotecaria de 1861), y el Código Penal de 1928, por la política criminal autoritaria que le inspiraba.

5.ª En el Código Penal de 1870, 1932, 1944 y sus reformas, la conducta se tipificaba como falta contra la propiedad. Otra interpretación llevaría al absurdo jurídico (y debe rechazarse toda interpretación que conduzca a él, -argumento *ad absurdo*-); pues no tendría

sentido que se tipificase la entrada sin violencia o intimidación en heredad murada y cercada sin permiso del dueño, y se considerase atípica la conducta más grave de ocupar sin autorización debida o mantenerse contra la voluntad de su titular (que implica necesariamente una previa entrada).

6.ª El Diccionario de la de la Lengua Española no ha recogido hasta su vigesimotercera edición (octubre de 2014) el término "okupa", ni sus derivados (okupar, okupación, movimiento okupa…) pese a la habitualidad del empleo de tales términos.

7.ª El movimiento "okupa" surge como fenómeno social durante los años 60 en el Reino Unido con la denominación de "Squatter". En España comienza su andadura como movimiento social a principios de los ochenta.

8.ª El "movimiento okupa" entronca con ideologías basadas en el movimiento asambleario y la autogestión. Están relacionados con el mundo de la antiglobalización y la extrema izquierda.

9.ª El movimiento okupa es un movimiento urbano; entendiendo por tal, *"el que realiza acciones colectivas conscientemente determinadas a transformar los intereses y valores sociales de una ciudad históricamente determinada".* Desde esta perspectiva el "movimiento okupa" no puede ser considerado como un simple movimiento juvenil o como prácticas ilegales aisladas para satisfacer la necesidad de vivienda, sino como un movimiento que abre un conflicto político de primer orden con el sistema político y económico existente.

10.ª En este movimiento urbano, los Centros Sociales Okupados y Autogestionados adquieren una mayor relevancia pública que los inmuebles okupados sólo como vivienda.

11.ª Desde el punto de vista ideológico y del tipo de acciones contraculturales emprendidas, las okupaciones tienen una vocación global que las diferencia junto a su carácter público, contencioso y provocador, de las ocupaciones meramente destinadas a satisfacer la necesidad de alojamiento.

12.ª El hecho de que familias o personas sin recursos hayan ocupado inmuebles es un hecho muy antiguo y el Código Civil de 1889 y la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil ya lo preveían, no sólo protegiendo al propietario, sino también al ocupante, que podía llegar a adquirir la propiedad del bien inmueble por el transcurso del tiempo, incluso si no tenía buena fe ni justo título.

13.ª El sinhogarismo (homelessness) existe desde el principio de los tiempos. Se puede definir a personas sin hogar como "aquellas que no pueden acceder o conservar un alojamiento adecuado, permanente y que proporcione un marco estable de convivencia, ya sea por razones económicas u otras barreras sociales, o bien porque presentan dificultades personales para llevar una vida autónoma".

14.ª El sinhogarismo, en su forma más grave, es el de quienes viven literalmente a la intemperie, y sin techo. A esta situación extrema le sigue en orden de gravedad, el caso de quienes se encuentran temporalmente alojados en albergues, ya sea de forma puntual o permanente. Por último, es el de quienes viven en chabolas, están alojados temporalmente por amigos o familiares, o habitan en edificios ocupados.

15.ª En los casos de "sinhogarismo" puede decirse que la conducta de la ocupación de un bien inmueble responde a una necesidad material (búsqueda de vivienda), es un fin en sí mismo, y está desnaturalizada de toda motivación ideológica y política. No se trata de ningún medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido, a diferencia de los "okupas".

16.ª Los partidarios de la no intervención penal ante el "movimiento okupa", cuestionan la necesidad político-criminal del artículo 245.2 CP, considerando que la tipificación de la ocupación pacífica de bienes inmuebles es contraria al carácter fragmentario, de "ultima ratio", y de intervención mínima del Derecho Penal. Estos partidarios sostienen que existe una suficiente protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil; ya sea:

— equiparando al okupa con el precarista,
— a través del Registro de la Propiedad (art 41 LH),

— a través de los juicios verbales y sumarios previstos en la Ley de enjuiciamiento civil, (antiguos interdictos), para aquellas relaciones jurídico-reales no inscritas o no inscribibles (posesión no basada en la titularidad de un derecho real).

17.ª No es pacífica en la Jurisprudencia ni en la doctrina la determinación del bien jurídico protegido en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles. Las posiciones mayoritarias sostienen que éste es:

— La posesión continua, permanente y estable en el tiempo, derivada del derecho de propiedad (propiedad),
— La posesión real, de goce y disfrute efectivo, socialmente manifiesta (posesión),
— El patrimonio inmobiliario (tranquilo disfrute de las cosas inmuebles, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos).

18.ª Sostenemos la tesis de que el bien jurídico protegido es no sólo el patrimonio inmobiliario, sino también el orden público y la seguridad del tráfico jurídico. De otra manera hubiera sido innecesaria la regulación de esta conducta en el Código Penal de 1995 al existir en el orden jurisdiccional civil una protección suficiente del patrimonio inmobiliario a través del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley y Reglamento Hipotecario, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley de Propiedad Horizontal.

19.ª El legislador dio una respuesta penal al "movimiento okupa" tipificando la ocupación pacífica de bienes inmuebles en el artículo 245.2 CP, porque quiso proteger el orden público (entendido como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, o manifestaciones de la paz pública en las relaciones sociales), frente a aquellos colectivos en que su conducta no respondía a una necesidad material (búsqueda de vivienda), ni a un fin en sí mismo, sino a un medio de lucha contra el orden jurídico, social y económico establecido. Asimismo, el legislador quiso proteger la seguridad del tráfico, entendido como el interés que la sociedad tiene en salvaguardar esa confianza que la apariencia de la posesión manifiesta, y por tanto que la apariencia que la posesión ofrece se

corresponda con la titularidad real (que quien posee una cosa en concepto de titular de un derecho sobre ella, sea el verdadero titular) y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica.

20.ª No se exige ninguna condición especial para ser sujeto activo, por lo que, en principio, cualquiera puede realizar la conducta descrita en el tipo penal; salvo:

— Las personas jurídicas, pues, aunque desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, rige en nuestro sistema penal el principio *"societas delinquere et puniere potest"*, el sistema de *"numerus clausus"* de responsabilidad penal de las mismas (art 31 bis CP) no recoge entre los supuestos previstos en el Código Penal la ocupación pacífica de bienes inmuebles.

— El propietario del inmueble, vivienda o edificio ocupado, al exigirse en el tipo penal la ajenidad de los mismos.

21.ª La turbación de la posesión legítima por parte del propietario no sería atípica sino que podría dar lugar al delito de coacciones (art. 172 CP), o al de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP).

22.ª La concreción del sujeto pasivo del delito es consecuencia ineludible de la determinación previa del bien jurídico protegido.

23.ª Siendo el bien jurídico protegido el patrimonio inmobiliario, sujeto pasivo es no sólo el poseedor cuya posesión deriva del dominio, sino cualquier poseedor de hecho del inmueble, y el dueño aunque no tenga la posesión como hecho. Al ser también bien jurídico protegido el orden público y la seguridad del tráfico, ha de considerarse como sujeto pasivo del delito a la comunidad, en tanto que interesada en el mantenimiento de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, y en tanto que interesada en salvaguardar la confianza que la función legitimadora de la posesión manifiesta, y así dotar al tráfico jurídico de una mayor seguridad jurídica.

24.ª Quien ocupa un inmueble ya ocupado comete un delito de usurpación, no contra el actual ocupante (el cual no puede ser con-

siderado sujeto pasivo aunque el Derecho civil le conceda una protección posesoria), sino contra el anterior titular del derecho sobre el inmueble: el propietario, o en su caso, el legítimo poseedor.

25.ª El objeto material del delito, queda definido por dos elementos

— uno positivo: la calidad de inmueble y la ajenidad,
— y otro negativo: que no constituya morada.

26.ª La generalidad de la doctrina, siguiendo la teoría autónoma del Derecho penal, restringe el concepto de bien inmueble, caracterizándolo por su nota de inmovilidad o de su incapacidad para poder ser transportado de un lugar a otro; siendo indiferente su naturaleza rústica o urbana.

27.ª El objeto material está casuísticamente descrito ("inmueble, vivienda o edificio") y la sola referencia a bienes inmuebles hubiera bastado. Viviendas y edificios deben ser considerados como especies del género inmueble a efectos de este delito. La referencia a edificios, como contraposición a viviendas, radica en la intención de incluir en el objeto material, supuestos como almacenes, naves industriales, fábricas… Ocupar o mantenerse en una vivienda, que sea bien mueble, no ataca ni pone en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 245.2 CP por lo que tal conducta no sería materialmente antijurídica ni delictiva conforme a este tipo penal al no lesionar ni poner en peligro el patrimonio inmobiliario.

28.ª Existe un sector doctrinal y jurisprudencial que pretende restringir el ámbito de aplicación del artículo 245.2 (so pretexto de existir una protección del patrimonio inmobiliario en el orden jurisdiccional civil, a través de las acciones registrales y juicios verbales de tutela sumaria de la posesión), mediante una interpretación restrictiva del objeto material, una errónea interpretación del principio de intervención mínima del Derecho penal, y de la función social de la propiedad, considerando que no debe producirse la intervención penal en los supuestos de ocupaciones de fincas abandonadas (en sentido vulgar que no jurídico) y en las que no exista una posesión socialmente manifiesta.

29.ª Nuestra tesis es que no están excluidos de la protección penal los inmuebles, viviendas o edificios que no se encuentran en condiciones de ser habitados. Al colocar el legislador en el mismo plano a inmuebles, viviendas y edificios, se infiere que si el legislador hubiera querido excluir con el parámetro de la habitabilidad a los inmuebles que no estuvieran en condiciones de ser habitados no hubiera incluido junto al específico y preciso término "vivienda", los conceptos más genéricos de "inmuebles o edificios", por lo que no es, por ende, la habitabilidad el criterio sobre el cual ha de basarse para establecer el sentido y alcance concreto del art. 245.2 del C.P.

30.ª No es función de los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la oportunidad o los motivos de política criminal por los que el legislador ha decidido tipificar determinadas conductas y ello sin perjuicio de adaptar a la realidad social del momento de su aplicación aquellas normas que hayan podido ser elaboradas hace tiempo y no contemplen por tanto dicha realidad social.

31.ª La usurpación no violenta, ni intimidatoria, ha sido introducida en el texto de un Código Penal de nuevo cuño perfectamente adaptado a las exigencias jurídico penales de un Estado social y democrático de Derecho, hasta el punto de que sus redactores han venido a denominarlo Código Penal de la Democracia, por lo que cabe presumir que responde a los valores constitucionalmente proclamados por el artículo 1 de nuestra norma fundamental.

32.ª Los principios de intervención mínima, subsidiariedad y última ratio, tan invocados en la práctica forense, no concurren en el momento de interpretar las normas penales como mecanismos de derogación de normas. Los citados principios, por el contrario, y en cuanto informadores del Derecho Penal, deben estar presentes en la mente del legislador.

33.ª El legislador ha querido sancionar penalmente la ocupación inmobiliaria sin violencia ni intimidación, respecto de inmuebles que no constituyan la morada del propietario, por lo que es evidente la exigencia de que éstas conductas deban ser castigadas, conforme al principio de legalidad, y ello sin perjuicio de la protección civil del derecho de propiedad, cuyos instrumentos previstos al efecto per-

miten recuperar la posesión invadida ilegítimamente, pero en modo alguno son de obligatoria utilización por el propietario del inmueble ocupado cuando, se ha producido la usurpación penalmente reprobable.

34.ª Si no se sancionaran penalmente las conductas de ocupación de bienes inmuebles, por existir otros procedimientos civiles posesorios previstos legalmente, los órganos judiciales estarían asumiendo, en la práctica, una función que no les corresponde (la legislativa); lo cual no podría justificarse, en modo alguno, al ser al legislador a quien incumbe decidir en cada supuesto, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal.

35.ª La propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la Comunidad. La propiedad, es un Derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica. Serán las leyes, concretando la función social, las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio, o establecerán los límites de su extensión, o intensidad, o las cargas, deberes y obligaciones, que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común.

36.ª Cuando la ley penal menciona la ajenidad de la cosa, no intenta referirse de modo necesario a la propiedad en sentido civil, sino que a lo que se refiere es a que la titularidad del derecho real usurpado pertenezca a otro y que este derecho real sea de mayor relevancia jurídica respecto del que eventualmente pueda ostentar el autor; por lo tanto, a la hora de determinar el concepto de ajenidad, habrá que ponderar los posibles derechos reales en conflicto para determinar la relación jurídica de que se trata y verificar, de esta forma, si existe realmente ajenidad.

37.ª Los bienes inmuebles siempre serán objetos idóneos de usurpación pues siempre pertenecen a alguien, incluso los mostrencos (bienes inmuebles vacantes y sin dueño conocido), que pertenecen como bienes patrimoniales a la Administración General del Estado.

38.ª Para que una ocupación sea punible es preciso que la ajenidad del inmueble, vivienda o edificio quede determinada de manera clara y rotunda durante el proceso, como cuestión prejudicial, porque la mera duda excluye la responsabilidad criminal, al menos por usurpación. La resolución de la cuestión prejudicial civil relativa a la titularidad de los inmuebles puede efectuarse en el propio proceso penal, de conformidad con lo previsto en el art. 10.1 LOPJ.

39.ª Los bienes inmuebles patrimoniales y los demaniales no están excluidos de la consideración de objeto material en el delito de ocupación pacífica de bienes inmuebles (arts. 245.2 CP); sin perjuicio de estar sometidos a un régimen administrativo de defensa y protección de carácter exorbitante.

40.ª El elemento negativo de definición del objeto material, que no constituya morada, supone que ha de tratarse de un inmueble, vivienda o edificio deshabitado. En caso contrario, de constituir una morada; esto es, un ámbito de intimidad de una persona física, el delito que se perfeccionaría sería el contemplado en el artículo 202 del CP, allanamiento de morada, donde el bien jurídico protegido es precisamente la intimidad, a diferencia de la presente figura delictiva, donde se protege el patrimonio inmobiliario, la seguridad del tráfico y el orden público.

41.ª Ha de realizarse una interpretación *a sensu contrario* del concepto de morada (de los artículos 202 y ss. del CP) y de casa habitada (art. 241 CP), para establecer qué es "un inmueble, vivienda o edificio que no constituya morada"; lo cual lleva a descartar los inmuebles habitados, las segundas viviendas, los domicilios de personas jurídicas y establecimientos mercantiles, o locales abiertos al público, despachos profesionales y oficinas, y sus dependencias.

LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE VIVIENDAS Y OTRAS SOLUCIONES HABITACIONALES PARA COLECTIVOS VULNERABLES DE LA LEY 4/2016 DE CATALUÑA

(The temporary expropriation of dwellings and other housing measures for vulnerable people in the Act 4/2016 of Catalonia)

Cristina Argelich Comelles
Profesora Doctora de Derecho Civil.
Universidad de Cádiz

Palabras clave: Expropiación, arrendamiento, vulnerabilidad, ejecución hipotecaria, lanzamiento, uso habitacional, propiedad, vivienda, realojamiento.

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el estudio de la nueva Ley 4/2016 de Cataluña. En ella se regulan dos medidas de expropiación temporal del uso de viviendas que afectan a colectivos vulnerables, un hecho novedoso porque el legislador catalán había referido el objeto de la expropiación al usufructo de las viviendas vacías y no lo vinculaba a la vulnerabilidad del beneficiario. Además, estas expropiaciones difieren de las previstas en la normativa autonómica de acceso a la vivienda. En este sentido, se analizarán el objeto de la expropiación, la ejecución y su ajuste constitucional, así como la experiencia comparada en la gestión de viviendas deshabitadas. Finalmente, se atenderá a otra medida prevista en la norma para evitar los lanzamientos denominada obligación de realojamiento en determinados supuestos de personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial.

Abstract: This paper reviews the Act 4/2016 of Catalonia. The Act regulates two measures of temporary expropriation of housing use related to vulnerable people. Before the Act, Catalan legislators had referred the

object of expropriation to the usufruct of empty dwellings without concerning this measure to vulnerability. In addition, this approach to expropriation diverges from those provided in other regions. The paper examines the purpose behind the Catalan model of expropriation, its execution and its constitutionality, and compares it to the use of Empty Dwelling Management Orders and other measures developed in England and Wales, France and Belgium. Finally, the paper considers the duty to rehouse as another instrument to avoid eviction of vulnerable people.

Key words: expropriation, tenancy, vulnerability, foreclosure, eviction, housing use, property, dwelling, rehousing.

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

2. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL: EL USO Y SU DISPONIBILIDAD LIMITADA EN CATALUÑA
   - 2.1. Supuesto de hecho habilitador de la expropiación temporal de viviendas vacías por causa de interés social y de la expropiación del uso
   - 2.2. Las alternativas habitacionales del Derecho Comparado y sus ventajas frente al mecanismo expropiatorio

3. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS EXPROPIATORIAS

4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE VIVIENDAS DE LA LEY 4/2016

5. LA OBLIGACIÓN DE REALOJAMIENTO DE PERSONAS O UNIDADES FAMILIARES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN RESIDENCIAL: DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

6. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El legislador catalán ha aprobado recientemente la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial (1), donde se disponen dos mecanismos expropiatorios en los arts. 15 y 17. El primero de ellos, denominado expropiación temporal de viviendas vacías por causa de interés social, está configurado para aumentar el parque social de viviendas asequibles en arrendamiento, mientras que la expropiación del uso se articula como una solución ante la falta de vivienda de las personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial. Estos ámbitos de actuación constituirán el objeto principal de análisis de este trabajo, debido a la incidencia de la vivienda en las medidas de protección de las personas en riesgo de exclusión social. En este sentido, se examinará su objeto, en particular los inconvenientes que plantea su determinación así como las necesarias incorporaciones del Derecho comparado en materia de gestión de viviendas deshabitadas, la ejecución unitaria de ambas medidas y su ajuste constitucional. De manera adicional, se estudiará la obligación de realojamiento en determinados supuestos de personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial, prevista en el art. 16, como una solución habitacional alternativa a la expropiación temporal de viviendas. No se atenderán las medidas dispuestas en la Disposición Adicional Cuarta, referida al aumento del parque de vivienda pública, y en la Disposición Final Cuarta, relativa a la ocupación de viviendas sin título habilitante, porque ambas tienen por objeto la gestión de las viviendas protegidas y no inciden en la vivienda libre como elemento común del resto de instrumentos.

Estos mecanismos dispuestos en Cataluña se añaden a la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria y a la cesión obligatoria de viviendas de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (2), junto con los estatales rela-

(1) Boletín Oficial del Estado núm. 15, de 18 de enero de 2017.

(2) Boletín Oficial del Estado núm. 216, de 9 de septiembre de 2015. Inicialmente, esta norma se sometió al Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión

tivos a la suspensión de los lanzamientos (3) sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables y al arrendamiento (4) derivado de la dación en pago de la vivienda en aplicación del Código de Buenas Prácticas de las entidades financieras. Las personas vulnerables, a cuyo beneficio se articulan estos mecanismos de intervención, gozan de un amplio margen de protección en Cataluña en virtud de la legislación estatal y autonómica, sin que se produzca ninguna incompatibilidad porque se trata de medidas estatales rogadas planteadas como instrumentos acumulativos, optativos y no excluyentes. Sin embargo, debería examinarse la compatibilidad entre las normas catalanas ya dispuestas y la reciente Ley 4/2016,

---

Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética (Boletín Oficial del Estado núm. 283, de 26 de octubre de 2015), para resolver las discrepancias competenciales. Ante la falta de acuerdo, esta norma fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que procedió a la suspensión (Boletín Oficial del Estado núm. 134, de 3 de junio de 2016) que se sigue manteniendo de conformidad con el ATC 20 de septiembre de 2016 (Boletín Oficial del Estado núm. 238, de 1 de octubre de 2016).

(3) Esta medida se encuentra prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Boletín Oficial del Estado nº 116, de 15 de mayo de 2013). La ley mencionada ha sido modificada por el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (Boletín Oficial del Estado núm. 51, de 28 de febrero de 2015), por el art. 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (Boletín Oficial del Estado núm. 180, de 29 de julio de 2015), y por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Boletín Oficial del Estado núm. 66, de 18 de marzo de 2017). Estas normas traen causa del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 16 de octubre de 2012), una norma derogada tácitamente.

(4) Este instrumento se dispone en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (Boletín Oficial del Estado núm. 60, de 10 de marzo de 2012).

en lo que se refiere al objeto de la expropiación, como se advertirá posteriormente.

Más allá de atender a las medidas concretas que se impulsan para solucionar el problema de acceso a la vivienda que se produce actualmente, resulta necesario contextualizarlo adecuadamente. Desde el año 2008, se han realizado en España 656.211 ejecuciones hipotecarias y 477.407 lanzamientos, según datos del Consejo General del Poder Judicial (5). El último Censo de Población y Viviendas (6) del año 2011 reveló que existen 3.443.365 viviendas vacías, lo que representa un 19,04 % del total de viviendas, aunque desde este censo no disponemos de datos oficiales al respecto. Desde el primer Censo (7) de Edificios y Viviendas de 1950, el número de viviendas se ha triplicado y la cantidad de viviendas deshabitadas se ha octuplicado, en particular se ha incrementado un 10,8 % en la última década (8). Por su parte, las estadísticas (9) sobre vivienda de la Oficina Estadística de la Unión Europea cuantifican en un 70,1 % los europeos que residen en una vivienda en propiedad, mientras que en España este dato aumenta hasta el 78 %. El acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento es todavía escaso en España porque representa el 21,2%, situándose la media de los Estados

(5) Consejo General del Poder Judicial, *La justicia dato a dato: año 2016. Estadística Judicial,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017, p. 60. Debe señalarse que estos datos no distinguen en función del régimen de tenencia de la vivienda, ni en el régimen de propiedad según si se encuentra sujeta a un préstamo hipotecario o no.

(6) Instituto Nacional de Estadística, *Censo de Población y Viviendas 2011,* de 18 de abril de 2013, consultable en: http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm.

(7) Instituto Nacional de Estadística, *Censo de Edificios y Viviendas,* Tomo I, Madrid, Hijos de E. Minuesa, 1950, pp. 19-21. En el primer censo de viviendas, el total de viviendas eran 6.370.280, mientras que las viviendas vacías correspondían a 150.920. El último censo de 2011 expresa que el total de viviendas es de 25.208.623 y el de viviendas vacías de 3.443.365.

(8) Instituto Nacional de Estadística, *Censo de Población y Viviendas 1991,* de 1 de marzo de 1991, consultable en: http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fe243&file=inebase&L=0. El incremento del número total de viviendas en la última década ha sido del 20,3%.

(9) Eurostat, *Estadísticas sobre vivienda,* 2017, consultable en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es.

miembros de la Unión Europea en el 29,9 %. Estos datos se distribuyen en el ámbito interno en una proporción de un 11,2 % en arrendamiento ordinario y de un 10 % en arrendamiento protegido, cuando la media europea supone un 19,1 % y un 10,8 % respectivamente. En este contexto de sobreoferta de vivienda, sobreendeudamiento y crisis económica poseen un carácter marcadamente social y necesario las medidas de mejora del acceso a la vivienda. Sin embargo, como afirmación previa al estudio de las soluciones habitacionales de la Ley 4/2016, de Cataluña, el uso del mecanismo expropiatorio no parece el más adecuado, a pesar de la insistencia de los legisladores autonómicos en su previsión.

2. EL OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL: EL USO Y SU DISPONIBILIDAD LIMITADA EN CATALUÑA

Las dos modalidades de expropiación temporal que se disponen en la Ley 4/2016 tienen por objeto el *derecho de uso*, un objeto que coincide con el previsto (10) en Andalucía, Navarra, Canarias y el País Vasco. Por el contrario (11), en Cataluña, Extremadura y

(10) Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía (Boletín Oficial del Estado núm. 263, de 2 de octubre de 2013). Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (Boletín Oficial del Estado núm. 179, de 27 de julio de 2013). Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda (Boletín Oficial del Estado núm. 123, de 11 de julio de 2014). Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, del País Vasco (Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 13 de julio de 2015).

(11) Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de Cataluña (Boletín Oficial del Estado núm. 50, de 27 de febrero de 2008). Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, de Cataluña (Boletín Oficial del Estado núm. 130, de 1 de junio de 2015). Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura (Boletín Oficial del Estado núm. 69, de 22 de marzo de 2017). Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana (Boletín Oficial del Estado núm. 56, de 7 de marzo de 2017).

la Comunidad Valenciana se refieren al *usufructo.* El hecho de que se expropie el uso de la vivienda significa que no alcanza a la nuda propiedad, y por ello no se trata de una expropiación plena o total porque solo afecta a una facultad del dominio, de conformidad con el art. 2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa (12), en adelante REF.

Debemos referirnos, en primer término, al hecho de que no existe ninguna normativa nacional que defina qué debe entenderse por *vivienda*, ni tampoco cuándo se considera que está *deshabitada*, un elemento fundamental porque estas normas inciden en la deshabitación existente o en la inmediata. El art. 5 de la Ley 4/2013, de Andalucía, el apartado primero del art. 1 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, y el art. 26 de la Ley 2/2014, de Canarias, disponen que por *vivienda* debe entenderse "toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación" o que pueda solicitarlas y que esté prevista para el uso habitacional. Este concepto difiere del establecido en el art. 3 a) de la Ley 18/2007, de Cataluña, que exige el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad (13). Por su parte, el art. 2.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (14) –en adelante LAU 1994– precisa que el arrendamiento de vivienda

(12) Boletín Oficial del Estado núm. 160, de 20 de junio de 1957.

(13) La define como "toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación". Este concepto también se contiene en el art. 5 a) de la Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012. Menéndez Moreno, A., "Nada es lo que parece. A propósito del impuesto sobre las viviendas vacías, de la Ley de 21 de julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña", *Quincena fiscal*, 17, 2015, p. 13, considera sobre esta definición que tiene "expresiones propias de una literatura hondamente social y, como es frecuente en ella, literariamente pobre («cumplimiento y cumple» o «necesarios y necesidades», se utilizan reiterada, tautológica y cacofónicamente)".

(14) Boletín Oficial del Estado núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario (15). La finca urbana tiene que referirse a una edificación habitable, es decir, debe tratarse de una estructura arquitectónica permanentemente unida al suelo, según exige el art. 334.1 CC. En consecuencia, podemos definir la vivienda deshabitada como aquella que, además de reunir los requisitos para que la edificación sea calificada de vivienda, esté deshabitada sin causa justificada –en el caso de la Ley 18/2007, de Cataluña, y de la Ley 3/2015, del País Vasco– o sin incurrir en una exclusión normativa en el resto de la normativa, durante un determinado plazo.

Una vez concretada la definición de vivienda deshabitada, es necesario advertir que en cuanto al contenido de la expropiación en el Derecho Civil estatal, el derecho de *usufructo* habilita a poder disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, excepto que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa, según prevé el art. 647 CC. Sin embargo, el derecho de

(15) Parra Lucán, M. A., *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos del Arrendatario a su Desprotección*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 37, complementa esta definición de vivienda, que se encuentra en la legislación de expropiación temporal del uso de viviendas, con la LAU 1994: "[e]xiste un concepto legal de arrendamiento de vivienda, conforme al cual es «aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (artículo 2.1 LAU) o, también, aunque no viva en ella el arrendatario, de «su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes» (artículo 7.1 LAU)". Parra Lucán, M. A., Ragel Sánchez, L. F., De la Peña Velasco, G., "El contrato de arrendamiento urbano", en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo III. Contratos traslativos del uso o disfrute*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 53, detallan sobre el *destino primordial* que "[e]s posible, por tanto, que en la finca se desarrollen actividades distintas de la vivienda y que el contrato quede igualmente incluido en el ámbito de aplicación del régimen legal del arrendamiento de vivienda siempre que este destino sea el primordial". Atiéndanse la SAP Madrid, Civil Sec. 14. 1.ª, de 9 de marzo de 2004, JUR 249301, que explica que pese a ejercer una actividad artesanal de carpintería no perdía la condición de arrendamiento de vivienda, y la STS, 1.ª, de 16 de octubre de 2009, RJ 2009\5581, que precisa que la designación de domicilio social de una vivienda arrendada para su uso habitacional no impide la calificación de arrendamiento de vivienda.

uso solo permite que el usuario ejerza el derecho real a poseer y utilizar el bien que constituye su objeto, en atención a sus necesidades y a las de su familia, de conformidad con el art. 524 CC. En consecuencia, la principal implicación práctica respecto del objeto de la expropiación es que el derecho de uso, con carácter general, es intransmisible (16), en virtud del art. 525 CC, porque se trata de un derecho personalísimo, a diferencia del derecho de usufructo, que puede transmitirse.

A esta consideración, se le añade que las finalidades de la expropiación, establecidas en el art. 1.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (17) –en adelante LEF– se concretan en el arrendamiento y la ocupación temporal, además de la venta, la permuta, el censo, o la mera cesación del ejercicio del derecho expropiado. En consecuencia, el arrendamiento (18) es la única fi-

(16) Albaladejo, M., *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Madrid, Edisofer, 2010, p. 559, explicó en relación con el derecho de uso y de habitación que "[a] diferencia del usufructo, el uso y la habitación son intransmisibles, tanto ellos mismos como su ejercicio [...] [l]o que sí que es posible es entregar a otro la cosa sobre la que recaen –no para que la utilice onerosa o gratuitamente– al objeto de que por ejemplo, sea custodiada. Entendemos que la intransmisibilidad no es de Derecho cogente. Puede, pues, establecerse la transmisibilidad en el título constitutivo, o bien la posibilidad de, sin transmitir el derecho, ceder su disfrute". Por su parte, Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, Volumen primero. Posesión y propiedad, Madrid, Dykinson, 2011, edición revisada por Luna Serrano, A., p. 79, expresó sobre la *intransmisibilidad* que "arranca de que la cesión de estos derechos frustra su finalidad misma ya que impide la satisfacción directa de las necesidades del usuario o habitacionista. El elemento personal caracterizante del uso y de la habitación trasciende su función puramente subjetiva del nacimiento y extensión temporal de su vigencia, para impregnar la totalidad de sus efectos, por ello no se le debe conceder al titular la posibilidad de gozar del bien gravado a través de un subrogado". Lasarte Álvarez, C., *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecarios*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 145-149. Blasco Gascó, F. P., *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 312. Córdoba, M., "Soluciones al problema de la vivienda: El Derecho de Uso de Inmuebles", *Análisis Financiero*, 101, 2006, pp. 24-31.

(17) Boletín Oficial del Estado núm. 351, de 17 de diciembre de 1954.

(18) El arrendamiento forzoso como carga expropiatoria se regula específicamente en: el art. 93 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (Boletín

nalidad que puede articularse mediante la expropiación forzosa, no así la ocupación temporal porque está vetada para las viviendas en virtud de la prohibición expresa contenida en el art. 109 LEF. A pesar de que ambos derechos admitan la posibilidad de percibir frutos en su disposición –aunque con contenido diferente, según expresan el art. 471 CC para el usufructo en un sentido amplio, y el art. 524 CC para el uso limitándolo a la satisfacción de las necesidades del usuario y su familia–, lo cierto es que el único derecho que otorga la posibilidad de arrendar la vivienda y disponer enteramente de los frutos es el usufructo. El propio art. 348 CC define la propiedad como el derecho de gozar y disponer, con lo cual el uso y el usufructo tienen una raíz común (19). Esto implica la correspondiente percepción de los frutos por parte de la Administración, que es parte arrendadora, aunque en el uso se encuentren limitados. El derecho de uso solo sería susceptible de una cesión a favor del beneficiario de la expropiación, pero el beneficiario y futuro arrendatario tendría que satisfacer la totalidad del justiprecio en la normativa catalana, y una parte en concepto de contribución a su pago en el resto de la legislación. Desde el punto de vista de su alcance (20), el pago del justiprecio condiciona la licitud y eficacia de la expropiación. Este

Oficial del Estado núm. 30, de 3 de febrero de 1973), relativo a la ejecución de Planes Generales de Transformación de Grandes Zonas; *ídem*, arts. 154-160, en el sistema de fincas rústicas de mejora forzosa; o con fines de almacenamiento de cosechas, véanse el art. 18 del Decreto-Ley de 23 de agosto de 1937, de Ordenación Triguera (Boletín Oficial del Estado núm. 129, de 25 de agosto de 1937), y finalmente el art. 10 del Decreto-ley de 10 de agosto de 1954 por el que se dictan normas sobre el cultivo de la vid (Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 31 de agosto de 1954).

(19) Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III (Tomo II), Derechos reales en particular, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 365-366, sobre el origen común de los derechos de uso y habitación y detallan que "han sido siempre considerados como una especie de secuela o de apéndice básico del derecho de usufructo [...] aparece una nueva configuración del derecho de uso que lo aproxima al usufructo y lo convierte en una especie de pequeño usufructo".

(20) Guichor Reina, E., "La expropiación forzosa", en Barrero Rodríguez, C. (coord.), *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 198-199. Escuín Palop, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 309.

pago debe ser *justo*, en el sentido de proporcional (21), aunque no es necesario que sea previo en el caso de una expropiación urgente como la expropiación temporal del uso de viviendas. Dicha contribución impide *per se* calificar la cesión posterior del inmueble de gratuita por completo, porque a pesar de la inexistencia de precio, se ha producido el abono de una contraprestación previa al arrendamiento.

Para que esta aparente imposibilidad jurídica de arrendar una vivienda –es decir, cederla a cambio de un precio– sobre la que la Administración solamente ha expropiado el derecho de uso no se convierta en una imposibilidad material de constituir el arrendamiento, podemos concluir que aunque el uso y el usufructo no son derechos asimilables ni equivalentes, ambos deben permitir ceder la vivienda de manera forzosa (22) para cumplir con el fin de la expropiación. Las normas que han previsto la expropiación temporal del uso de viviendas pretenden crear una medida cercana al arrendamiento

(21) Esta expresión de *proporcional equilibrio* fue consolidada como el criterio unitario para determinar la procedencia de una concreta indemnización en la STC 149/1991 de 4 de julio, RTC 1991\149. Fernández, T. R., "Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio", *Revista de Administración Pública*, 166, 2005, pp. 7-27. Cosculluela Montaner, L., *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2015, pp. 583-584. Palomar Olmeda, A., "Algunas cuestiones sobre la expropiación forzosa en la actualidad: el procedimiento expropiatorio y la determinación del justiprecio", *Revista de Urbanismo y Edificación*, 10, 2004, pp. 530-537.

(22) Moreu Carbonell, E., "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social", en Alonso Pérez, M. T. (dir.), *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 400-401, explica respecto de la diferencia entre uso y usufructo en cuanto a la expropiación y concluye que las normas quieren crear una suerte de arrendamiento forzoso. Por su parte, Aznar Sánchex-Parodi, I., "La dación en pago y otras medidas de protección del deudor hipotecario; en particular, la expropiación temporal del uso de la vivienda habitual", *Revista Jurídica del Notariado*, 88-89, 2014, pp. 204-205, mantiene una concepción restrictiva del derecho de *uso* y considera que "[e]l derecho de uso, tal y como se concibe en las diferentes iniciativas de las Comunidades Autónomas y a la vista del art. 5 no podría ni arrendarse ni traspasarse a terceros por ningún título".

forzoso, que se produce cuando una norma con rango de ley habilita a la Administración a imponer como acto debido a un sujeto la formación de un contrato *ex novo*, a favor de una persona beneficiaria, pudiendo imponer parte de sus efectos. Sin embargo, por la intervención de la Administración como parte arrendadora del contrato y por la utilización del mecanismo expropiatorio como paso previo al arrendamiento no resulta exacta la calificación de arrendamiento forzoso. De esta manera, poco sentido tendría que la Administración expropiase el derecho de uso de una vivienda deshabitada para que, posteriormente, no se pudiese ceder. Además, la intransmisibilidad del derecho de uso puede quedar en entredicho cuando, en atención a la satisfacción de determinados intereses públicos, se altera esta característica (23). De esta manera, se evita que el uso de conceptos taxativos impida el correcto alcance de la medida, como sucedió en el arrendamiento forzoso de viviendas desocupadas (24) en el que se podía mantener ocupada una vivienda sin habitarla y evitar la aplicación de este instrumento.

Debe considerarse, por tanto, que el objeto de la expropiación se refiere al *uso habitacional de la vivienda.* En consecuencia, se tiene que prescindir de la restricción conceptual para armonizar la normativa y poder constituir un arrendamiento, bien sea de forma ordinaria o considerando que la cesión en virtud del derecho de uso expropiado es onerosa por haber satisfecho el justiprecio, aunque sea en forma de contribución a su pago.

(23) Un ejemplo se encuentra en el art. 64.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 29 de diciembre de 2004), que dispone que un juez, excepcionalmente, podrá autorizar que la persona protegida concierte con la sociedad pública correspondiente la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar por el uso de otra vivienda.

(24) Esta medida se previó en la DT 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946 (Boletín Oficial del Estado núm. 90, de 31 de marzo de 1947), en la DA 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 mediante la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, que fue texto articulado por el Decreto de 13 de abril de 1956 (Boletín Oficial del Estado núm. 112, de 21 de abril de 1956), y en la DA 2 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 29 de diciembre de 1964).

Por el contrario, el art. 562-4 del Código Civil de Cataluña(25) aunque configura el derecho de uso como intransmisible, permite disponer de este si media el consentimiento del propietario. En este sentido, resulta necesario señalar que en Cataluña, debido a la configuración del derecho de uso, habría sido suficiente su expropiación sin alcanzar al derecho de usufructo que prevén la Ley 18/2007 y el Decreto-ley 1/2015, pese a que la percepción de los frutos se encuentre también limitada, como se realiza en la Ley 4/2016, de Cataluña. Sin embargo, en la actualidad dos normas prevén la expropiación temporal de viviendas, en dos modalidades referidas al uso y una al usufructo, por lo que habría sido conveniente una mayor armonización del objeto de la expropiación en Cataluña.

2.1. Supuesto de hecho habilitador de la expropiación temporal de viviendas vacías por causa de interés social y de la expropiación del uso

La Ley 4/2016 establece dos tipos de expropiaciones temporales del uso de viviendas que, en cuanto a la determinación del supuesto de hecho habilitador, difieren en el plazo de la expropiación y en su desarrollo pormenorizado. La finalidad de la expropiación temporal de viviendas vacías por causa de interés social, prevista en el art. 15 de la Ley 4/2016, se concreta en que la Administración pueda dotarse de un parque social de viviendas asequibles en arrendamiento para atender a las necesidades de vivienda de los sujetos pasivos de la medida, referidos a las personas que se encuentran en situación de exclusión residencial o que están en riesgo de estarlo. Estos sujetos especialmente vulnerables son objeto de atención del legislador catalán por primera vez en el ámbito de la expropiación temporal del uso de viviendas, quien no había vinculado la expropiación a las circunstancias personales del beneficiario. Únicamente había atendido a los requisitos objetivos relativos a la deshabitación de la vivienda

(25) Boletín Oficial del Estado núm. 148, de 22 de junio de 2006. Sobre la distinción entre el derecho de uso y el derecho de habitación en el Código Civil de Cataluña respecto del Código Civil español, véase Simón Moreno, H., "Propuestas de regulación para habitar parcialmente una vivienda", en Nasarre Aznar, S. (dir.), Simón Moreno, H. (coord.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, Edisofer, 2011, pp. 227-237.

durante más de dos años sin causa justificada en la Ley 18/2007, y a esta consideración como consecuencia del incumplimiento de las condiciones de habitabilidad en el Decreto-ley 1/2015. Su objetivo con la Ley 18/2007 y el Decreto-ley 1/2015 no era satisfacer la necesidad habitacional del beneficiario sino evitar la existencia de viviendas vacías, una finalidad que en la Ley 4/2016, habida cuenta del contexto de acceso a la vivienda, ha variado adaptándose a la prevista en el resto de la normativa autonómica.

La concreción de las circunstancias que pueden ocasionar emergencia o exclusión social resulta dificultosa, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado aunque necesario para poder ser finalmente beneficiario del arriendo fruto de la expropiación temporal del uso de la vivienda. La referencia a estas circunstancias también aparece en el resto de la normativa autonómica sin definirlas. Se puede integrar este concepto con el de *especial vulnerabilidad* (26) y así definir las circunstancias de emergencia o exclusión social como aquellas que puedan afectar a familias con menores de edad, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación. Ninguna legislación determina si la emergencia social debe preexistir al lanzamiento o si tiene que estar originada por esta situación. Para ser beneficiario, todas las normas expropiatorias excepto la Ley 18/2007, el Decreto-ley 1/2015, y el art. 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña –no así en el art. 17 de la citada norma–, establecen como requisito que se produzca una situación de emergencia o exclusión social, a lo que el art. 74 de la Ley 3/2015, del País Vasco,

(26) Viene previsto en la DA 1 de la Ley 4/2013, de Andalucía, en el art. 7 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, en la DA 4 apartado 14 de la Ley 2/2014, de Canarias, y en el art. 74.10 de la Ley 3/2015, del País Vasco, con el mismo contenido. Núñez Iglesias, A., "La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria", en Núñez Iglesias, A. (dir.), Escartín Ipiéns, J. A. (coord.), Martos Calabrús, M. A. (coord.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, Comares, 2014, p. 201, define a la *vulnerabilidad* que se contiene en la Ley 1/2013, de carácter estatal, como "una especie de fragilidad material o moral a la que está expuesto el individuo, que le impide a priori ejercer convenientemente sus derechos, o que le coloca en una situación de inferioridad o de desequilibrio, haciéndole merecedor de protección".

añade una situación de carencia habitacional, es decir, que dicha situación de emergencia o exclusión social provoque un déficit en la cobertura habitacional del beneficiario. Cabe inferir, por tanto, que la emergencia social se producirá si la especial vulnerabilidad es preexistente al lanzamiento derivado de la ejecución hipotecaria y cuando la especial vulnerabilidad venga generada por esta situación. No se ocasionará la emergencia social cuando, aunque se produzca el lanzamiento, afecte a personas que no se encuentren en estas circunstancias, y en el caso del art. 74 de la Ley 3/2015 si, además, no tienen carencia habitacional.

La expropiación prevista en el art. 15 de la Ley 4/2016, configurada como temporal y por tanto como una solución de contingencia, se dispone por un plazo de cuatro a diez años a partir de la ocupación efectiva de la vivienda, una vez haya sido adecuada para el uso habitacional. Este plazo coincide con el contenido en el art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, relativo a la expropiación temporal del usufructo de las viviendas deshabitadas por incumplir las condiciones de habitabilidad. En el resto de la normativa autonómica, la expropiación también tiene carácter *temporal* (27). La temporalidad implica que existe un plazo máximo de expropiación en cada norma que oscila entre tres y diez años (28). En este sen-

(27) Moreu Carbonell, E., "Sanción y expropiación", *op. cit.*, p. 401, explica respecto del carácter temporal que "es lógico que una expropiación no plena de la propiedad, limitada a una simple facultad como el uso, tenga carácter provisional y no permanente, porque de otra forma se privaría de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada". En la legislación administrativa existen modalidades de expropiación temporal en materia de legislación sectorial de aguas o de protección civil. Véase, acerca de la expropiación temporal en la legislación de aguas, la STS, 3.ª, de 21 de mayo de 1986, RJ 1986\2991.

(28) Se establece un plazo de tres años improrrogables en Andalucía, Canarias, en el art. 74 de la Ley 3/2015, del País Vasco, en Extremadura y en el art. 17 de la Ley 4/2016, de Cataluña. Véanse la DA 1 de la Ley 4/2013, de Andalucía, la DA 4 de la Ley 2/2014, de Canarias, el art. 74 de la Ley 3/2015, del País Vasco, y el art. 2 de la Ley 2/2017, de Extremadura. Este plazo de tres años se dispone prorrogable a tres años más en la Comunidad Valenciana, a tenor del art. 13 de la Ley 2/2017. Se prevé un plazo máximo de cinco años improrrogables en el art. 7 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra, plazo que también se dispuso en el art. 42.6 de la Ley 18/2007, de Cataluña, ya derogado. Este plazo igualmente se establece en el art. 59

tido, el art. 13.2 LAU 1994 dispone que el arrendamiento otorgado por un usufructuario o quien tenga un derecho de goce sobre la vivienda arrendada se extingue a la finalización del derecho del arrendador, motivo por el que una vez ha concluido el plazo de la expropiación, por vencimiento del derecho que permite el arrendamiento, se extingue también este. Sería oportuno que la finalidad tuitiva que cumple el art. 9 LAU, respecto del plazo mínimo, y el art. 10, sobre la prórroga del arrendamiento, fuese respetado por el plazo de la expropiación temporal del uso de viviendas. En consecuencia, el plazo de la expropiación debería coincidir con el previsto en materia de arrendamientos urbanos, de tres años de plazo mínimo y un año más de prórroga, para evitar agravios comparativos según la legislación que origina y ampara el arrendamiento, como sucede en Bruselas y en Flandes (29) donde coincide el plazo de nueve años de las medidas a las que se atenderá más adelante con el de los arrendamientos urbanos. Finalmente, cabe observar que en ninguna de estas normas se prevén unos elementos reglados para que la Administración decida discrecionalmente el plazo de la expropiación, puesto que el uso de cualquier potestad discrecional debe informarse de unos elementos reglados para que su ejercicio no sea arbitrario. Convendría un desarrollo reglamentario de este extremo para evitar apreciaciones subjetivas, como la recuperación de la inversión para garantizar las condiciones de habitabilidad, en el caso del art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, en lugar de atender a la necesidad habitacional del beneficiario.

---

de la Ley 3/2015, del País Vasco –que articula el arrendamiento forzoso de viviendas deshabitadas mediante la expropiación temporal del uso de viviendas–, pero puede prorrogarse hasta cinco años más. Finalmente, se determina un plazo mínimo de cuatro años y máximo de diez años en el art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015, un plazo que el art. 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña, toma como referencia en la primera modalidad expropiatoria.

(29) El art. 18.2 del *Code bruxellois du Logement* (*Moniteur Belge* de 9 de septiembre de 2003) y el art. 18.2 del *Vlaamse Wooncode* (*Moniteur Belge* de 19 de febrero de 2007) establecen que la duración del arrendamiento proveniente la gestión de la vivienda vacía se realizará por un periodo de nueve años, un plazo que coincide con el plazo mínimo de nueve años previsto en el art. 3 de la *Loi modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer* (*Moniteur Belge* de 22 de febrero de 1991).

Una vez analizada la temporalidad de la aplicación de la expropiación, los requisitos exigidos para ejecutarla, previstos en el art. 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña, se refieren a dos supuestos, que se desarrollarán a continuación: la *ubicación de la vivienda* en las áreas (30) indicadas por el art. 12.5 de la Ley 18/2007 o en los municipios que el Gobierno declare por decreto, atendiendo a la demanda de las necesidades de vivienda y el parque de viviendas vacías existente en el ámbito territorial correspondiente; y la *inscripción de las viviendas en el Registro de viviendas vacías y viviendas ocupadas sin título habilitante,* o que sean susceptibles de estar inscritas, o que pertenezcan a personas jurídicas que las hayan adquirido de un titular de viviendas inscritas en el Registro en primera o ulteriores transmisiones.

El art. 42.6 de la Ley 18/2007, de Cataluña, ya derogado y que preveía la expropiación temporal del usufructo de viviendas vacías, exigía para que las viviendas pudiesen ser objeto de la expropiación que estuviesen situadas en un municipio en el que existiese una *demanda residencial fuerte y acreditada*. Este requisito también se prevé en el art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña. Ninguna de estas normas definen este concepto ni especifican si la finca en la que esté situada la vivienda tiene que ser urbana o rústica, motivo por el cual cabe admitir las dos siempre que el municipio tenga acreditada dicha demanda residencial. El art. 12.5 de la Ley 18/2007 exige para su acreditación (31) que se trate de un área del territorio que pueda contener ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, calificados así en el Plan territorial sectorial de vivienda o en los planes locales de vivienda. La política territorial viene determinada en la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial (32), y en ella se prevé la existencia del Plan territorial general

(30) Este ámbito deberá determinarse previa audiencia de las entidades locales afectadas y con la participación del Consejo de Gobiernos Locales o de las organizaciones asociativas de los entes locales más representativas.

(31) El Plan territorial sectorial de vivienda es consultable en: http://territori.gencat.cat/es/01_departament/05_plans/02_plans_sectorials/plans_dhabitatge/pla_territorial_sectorial_dhabitatge/.

(32) Boletín Oficial del Estado núm. 385, de 21 de enero de 1984.

(33), regulado mediante la Ley 1/1995, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan Territorial General de Cataluña (34), los planes territoriales parciales (35), los planes territoriales sectoriales y los planes directores territoriales (36). El Plan Territorial Sectorial de Vivienda (37) contiene una estimación de las necesidades, los déficits y los desequilibrios en materia de vivienda, que permiten identificar los ámbitos con demanda residencial fuerte y acreditada, y que se ha elaborado en función de los criterios (38) físicos y estadísticos sobre las viviendas establecidos en el art. 12.2 de la Ley 18/2007.

En este sentido, podemos señalar que el art. 59 de la Ley 3/2015, del País Vasco, que prevé el arrendamiento forzoso de viviendas

(33) El Plan Territorial General define los objetivos de equilibrio territorial de interés general para Cataluña y es el marco orientador de las acciones que se emprendan para crear unas condiciones adecuadas que permitan atraer la actividad económica a los espacios territoriales idóneos.

(34) Boletín Oficial del Estado núm. 125, de 26 de mayo de 1995.

(35) Los planes territoriales parciales definen los objetivos de equilibrio de una parte del territorio de Cataluña y son el marco orientador de las acciones que se emprendan.

(36) Los planes directores territoriales concretan las directrices generales del planeamiento, que vienen previstas en el Plan territorial general de Cataluña o en los planes territoriales parciales en las áreas.

(37) Consultable en: http://www.anycerda.org/congres/documentacio/postmetropolis/docs/D/D19.pdf.

(38) Estos criterios consisten en: a) La cuantificación de suelo residencial en el que pueden efectuarse nuevos desarrollos, b) La cuantificación de suelo residencial creado en los últimos diez años; c) La cuantificación, identificación de la tipología y determinación de la situación sobre el territorio de las viviendas de protección oficial; d) La cuantificación de las distintas modalidades de uso de las viviendas (principal, secundaria y vacía) y de las respectivas evoluciones previsibles; e) La cuantificación de los suelos y edificios de administraciones o empresas públicas desocupados que pueden destinarse a vivienda vinculada a políticas de vivienda social; f) El análisis de los datos demográficos básicos relacionados con la vivienda, especialmente en relación con los colectivos vulnerables, que incluyen los jóvenes mayores de edad empadronados con sus padres, las mujeres víctimas de la violencia de género, los inmigrantes y los sin hogar, así como, singularmente, en relación con la prevención de la segregación espacial de la población con discapacidades; g) El análisis de los datos sobre el estado del parque edificado y de las necesidades de mantenimiento, mejora o sustitución, con especial atención a las situaciones y los procesos de infravivienda.

deshabitadas mediante la expropiación temporal del uso de dichas viviendas, requiere para acordar la medida que la vivienda se ubique en ámbitos de *acreditada demanda y necesidad de vivienda*, un concepto equiparable a la demanda residencial acreditada del legislador catalán. Además, establece de forma expresa –a diferencia de la normativa catalana– la ubicación de la vivienda tanto en sectores urbanos de suelo residencial como en áreas de regeneración, en cascos históricos, centros urbanos, barrios urbanos y en ámbitos consolidados por la urbanización. El requisito de la demanda residencial acreditada se configura como esencial porque justifica la actuación pública al ofrecer un beneficiario potencial de la expropiación, aunque no se le exijan unos requisitos específicos relativos a su capacidad económica para convertirse en beneficiario.

Por lo que se refiere a la inscripción de las viviendas en el mencionado Registro, la DA 1 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, establece la creación del fichero de datos de carácter personal del Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante, es decir, aquellas que estén ocupadas sin consentimiento del propietario. Por consiguiente, deberán inscribirse las viviendas que estén adquiridas en procesos hipotecarios o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria que no dispongan de un contrato que habilite su ocupación (39). Asimismo, la DA 2 establece que las compañías suministradoras de servicios en la vivienda tienen que colaborar con la Administración y proporcionar, sin que sea preciso el consentimiento de las personas afectadas, la información que se requiera para la identificación y el control de las

(39) Los propietarios de las viviendas vacías o las ocupadas sin título habilitante deberán comunicar esta situación a la Agencia Catalana de la Vivienda, en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma, y los nuevos adquirentes en un plazo de veinticinco días desde la fecha de adquisición, en virtud de la DT 2. Se puede requerir el cumplimiento de esta obligación, y su incumplimiento supone la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 124.1 f) de la Ley 18/2007, de Cataluña. Las personas o colectivos afectados se concretan en: las personas físicas titulares, adjudicatarias, terceras adquirentes o que ostenten la condición de antiguos titulares de viviendas vacías o de viviendas ocupadas sin título habilitante; sus representantes que sean también personas físicas; y las personas físicas que ostenten la representación de personas jurídicas titulares, adjudicatarias, terceras adquirentes o que tengan la condición de antiguos titulares de viviendas vacías o de viviendas ocupadas sin título habilitante.

viviendas vacías, especialmente cuando las viviendas se encuentren en áreas de demanda residencial fuerte y acreditada. Esta previsión resulta innecesaria debido a que el art. 41.5 y 6 de la Ley 18/2007, de Cataluña, ya lo dispone prescindiendo del consentimiento de los interesados, en virtud del art. 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (40), y además se trata de una expresión sectorial de la obligación de colaboración ciudadana (41) que establece el art. 18 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (42).

La otra medida dispuesta en la Ley 4/2016 se refiere a la expropiación del uso para resolver la falta de vivienda de las personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial. Este instrumento, contenido en el art. 17, carece de una previsión tan pormenorizada como el precepto que regula la modalidad anterior. El objeto y los sujetos pasivos de esta expropiación se refieren a las viviendas que se hayan transmitido mediante acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios por la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario, cuando el transmitente o la unidad familiar que la integra no tenga una alternativa de vivienda propia y se encuentre en riesgo de exclusión residencial. A estos efectos, se prevé la posibilidad de expropiar temporalmente el uso de estas viviendas por un plazo de tres años para permitir el realojamiento en la vivienda de quienes se hayan visto privados de ella por las circunstancias que contiene el supuesto de hecho habilitador, un plazo que coincide con el previsto en Andalucía, Canarias, el País Vasco y Extremadura. La declaración de interés social que requiere la medida expropiatoria se produce si el adquirente de la vivienda está inscrito en el Registro de viviendas vacías y viviendas ocupadas sin título habilitante, a cuyo análisis nos remitimos, y si la

(40) Boletín Oficial del Estado núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

(41) Respecto de la obligación de colaboración ciudadana es necesario mencionar las SSTS, 3.ª, de 27 de enero de 2009, RJ 2009\859, de 9 de octubre de 2001, RJ 2001\9714, de 28 de mayo de 2001, RJ 2001\6027, y de 15 de febrero de 2003, RJ 2003\2102, y la STC 110/1984 de 26 de noviembre, RTC 1984\110.

(42) Boletín Oficial del Estado núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

vivienda objeto de transmisión se encuentra ubicada en los ámbitos territoriales referidos anteriormente.

2.2. Las alternativas habitacionales del Derecho Comparado y sus ventajas frente al mecanismo expropiatorio

En nuestro entorno existen tres Estados, el Reino Unido, Francia y Bélgica, que han dispuesto medidas relativas a la gestión de las viviendas deshabitadas. En particular, las soluciones ante la deshabitación de las viviendas se abordan en la *Housing Act 2004* (43) del Reino Unido, en el *Code de la construction et de l'habitation* (44), de Francia, y en Bélgica, como Estado plurilegislativo, se prevén en el *Code bruxellois du Logement*, de Bruselas, en el *Code wallon du Logement* (45), de Valonia, y en el *Vlaamse Wooncode*, de Flandes.

En relación con el arrendamiento forzoso, en el Reino Unido se ha regulado la *Empty Dwelling Management Order* (46) –en adelante *EDMO*–, es decir, una orden de gestión de viviendas vacías que dicta una autoridad local, siguiendo un procedimiento establecido en la *Housing Act 2004*, que en ningún caso supone su expropiación. Esta se impone como consecuencia de la deshabitación de la vivienda por parte del *relevant proprietor* o el titular de la vivienda deshabitada y, en su defecto, quien sea arrendatario de la vivienda durante como mínimo siete años. La ampliación del sujeto que deshabita la vivienda al arrendatario en estas condiciones se debe a que en el Reino Unido no solo se le considera como una parte del contrato sino como un *leaseholder* (47), es decir, tiene un dominio

(43) *United Kingdom Official Documents* de 18 de octubre de 2004.

(44) *Journal officiel de la République française* de 8 de junio de 1978.

(45) *Moniteur Belge* de 4 de diciembre de 1998.

(46) Driscoll, J., *Housing: The New Law. A Guide to the Housing Act 2004*, London, Lexisnexis Butterworths, 2007, p. 243, y Escajedo, L., Garrido, P., Gorrotxategui, M., "Políticas de movilización de vivienda en algunos países de Europa", *Colección Realidad Urbana*, 2, 2011, consultable en: http://www.ehu.eus/documents/1877918/0/Realidad+Urbana+2.+Vivienda+Vacía+en+Europa, pp. 52-53.

(47) Simón Moreno, H., "El cumplimiento del derecho a la vivienda en España. Especial referencia a la asequibilidad, estabilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 169, 2015, pp. 126-127, sobre la conceptuación del *leaseholder* expresa que "en el Derecho inglés [...] el arrendatario tiene un

pleno limitado a la duración del arrendamiento, que puede ser enajenado o gravado.

Una *EDMO* se puede dictar de forma provisional, con una duración máxima de un año; se trata de la *Interim empty dwelling management orde* (48), en adelante *IMO*. Esta orden permite transferir la gestión de una propiedad residencial a la *Local Housing Authority* por un periodo de hasta doce meses. Durante su vigencia, esta autoridad puede gestionar la vivienda mediante diferentes acciones como la realización de reparaciones, la administración de la vivienda o su arrendamiento. Una vez ha finalizado la *IMO*, se puede sustituir por otra *IMO* o por una *Final empty dwelling management order* –en adelante *FMO*–, que es una *EDMO* definitiva, sin que se requiera de una nueva autorización administrativa. Con una *FMO*, la autoridad local de vivienda puede arrendar la vivienda y realizar obras sin el consentimiento del *relevant proprietor*. La *FMO* tiene una duración máxima de siete años, y cabe solicitar su revocación si el propietario enajena o habita la vivienda.

Las *EDMOs* anglosajonas se vienen aplicando desde el 2004, motivo por el que, ante su consolidación, se podría incorporar en

---

derecho de propiedad por tiempo limitado (el denominado *lease hold*). La conceptualización del *lease hold* como un dominio pleno por tiempo limitado implica que su titular (*lease holder*) puede llevar a cabo actos de enajenación o gravamen de su derecho". Simón Moreno, H., *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 334, explica sobre la naturaleza del *leasehold* que "[a]l leasehold siempre se le ha atribuido una naturaleza dual al aplicarse normas del derecho de propiedad (por su condición de *legal estate*) y del derecho contractual (por la especial regulación entre el arrendador -*landlord*- y el arrendatario –*tenant*–, que se recoge tanto en la Rent Act de 1977 como en la Housing Act de 1988".

(48) Driscoll, J., *Housing, op. cit.*, p. 11, alude a las diferencias entre las *IMO* y las *FMO*: "This starts life as an IMO which lasts for up to 12 months, giving the local authority powers to manage the property (or to arrange with someone else, a registered social landlord (RSL) perhaps, or a managing agent, to do so). If during the currency of an IMO there is still no prospect of somebody suitable being found to apply for the license an FMO can be made which can last for up to five years". DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, Interim and Final Management Orders, Department for Communities and Local Government, London, 2004, consultable en: http://www.tunbridgewells.gov.uk/__data/assets/pdf_file/0006/24459/Interim-and-Final-Management-Orders.pdf.

España su articulación mediante un *legal transplant* con un procedimiento progresivo, iniciado por estadios temporales que pudiesen evolucionar a definitivos en caso de no satisfacer el destino habitacional de la vivienda ordenado por la Administración. De esta manera, se permite el cumplimiento voluntario del uso habitacional, que solo deviene imperativo en última instancia, en lugar de atender a la imposición coactiva del mismo mediante un procedimiento expropiatorio, que es sin duda el más gravoso de los que puede utilizar la Administración.

En Francia, el art. L641-1 del *Code de la construction et de l'habitation* dispone la ocupación de espacios habitacionales vacantes. La Administración puede ocupar dichos espacios para asignarlos a personas que tengan carencia habitacional o que hayan sido desahuciadas. Esta desposesión se prevé con una duración inicial de un año y puede ser renovada hasta un máximo de cinco años. Por su parte, el art. L642-1 establece la requisición temporal del usufructo de las viviendas vacías, es decir, una expropiación mediante indemnización durante un año prorrogable hasta un máximo de seis años. A pesar del uso del término *requisición*, es necesario señalar que no equivale a una requisa o una expropiación sin indemnización, sino a una expropiación con todas las garantías. Esta requisición tiene por objeto las viviendas cuya titularidad corresponda a una persona jurídica, siempre que la vivienda haya permanecido deshabitada durante más de seis meses –según establece el art. R641-3– y esté situada en municipios donde existan personas desfavorecidas o de rentas modestas que no tengan acceso a vivienda, un elemento común con la normativa autonómica de acceso a la vivienda. Las viviendas se cederán a un tercero que las rehabilitará para cumplir con la habitabilidad (49) requerida –prevista en el art. R642-1– y las arrendará a las personas designadas por la Administración que tengan unos determinados ingresos. Este instrumento guarda relación con el art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, aunque en este caso es la propia Administración quien realiza las obras que permiten el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad.

(49) Avouyi-Dovi, S., Lecat, R., Labonne, C., "The housing market: the impact of macroprudential measures in France", *Financial Stability Review*, 18, 2014, p. 204.

La llamada *gestión pública de vivienda* (50), que se conoce como *requisa blanda*, es uno de los mecanismos por los que ha apostado Bélgica para promover el uso habitacional de las viviendas, y permite a una serie de operadores inmobiliarios (51) captar las viviendas improductivas con el fin de devolverlas al mercado en mejores condiciones, sin que se produzca su expropiación. Esta gestión consiste en arrendar la vivienda, rindiendo cuentas anualmente ante el propietario, o en hacer obras en la vivienda, sin que se habilite la expropiación o la requisa temporal de la vivienda.

A este instrumento se le suma la denominada *requisición*, en virtud del art. 27 de la *Loi contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire* (52), que introduce el art. 134 *bis* en la *Nouvelle loi communale, codifiée par l'arrêté royal du 24 juin 1988,*

(50) Escajedo, L., Garrido, P., Gorrotxategui, M., "Políticas de movilización", *op. cit.*, p. 18, explican que en Bélgica "[u]no de los requisitos a los que se atiende es el del tiempo. Se exige un periodo de permanencia de la vivienda en estado de abandono, desocupación o inhabitabilidad. Sin embargo, el tiempo exigido varía en función del ente territorial que aprueba la norma y, sobre todo, en función del instrumento que se aplica. En el caso de la requisición, se exigen seis meses. En el caso de la gestión pública en Bruselas y Valonia, doce meses consecutivos". Lambotte, F., "Le droit de gestion publique: pour qui, pourquoi, comment?", *Trait d'Union*, 3, 2006, consultable en: http://www.avcb-vsgb.be/fr/Publications/documents.html?doc_id=103&vID=250, p. 9.

(51) Los operadores inmobiliarios vienen previstos en el art. 1.23 del *Code wallon du Logement*, de Valonia, en el art. 59 del *Vlaamse Wooncode*, de Flandes, y en el art. 2.4 del *Code bruxellois du Logement*, de Bruselas. El operador inmobiliario puede estar integrado por los siguientes entes a nivel nacional: un ente local, que se refiere a una provincia, a un municipio o a un centro público de acción social; un ente autónomo; una agencia inmobiliaria social; una asociación de promoción de vivienda; y una sociedad de vivienda de servicio público. Por regiones, en Valonia existe la Sociedad Valona de Arrendamiento Social y los Fondos de vivienda de las familias numerosas de Valonia. En Flandes operan en este sector los Fondos de vivienda de Flandes. Finalmente, en Bruselas se integran como operadores inmobiliarios la Agencia de Gestión de la Propiedad de la Región de Bruselas-Capital, la Corporación de vivienda de la Región de Bruselas, el Fondo de vivienda de la región de Bruselas-Capital y la Compañía de Desarrollo de la Región de Bruselas-Capital.

(52) *Moniteur Belge* de 12 de enero de 1993.

ratifié par la loi du 26 mai 1989 (53), conocida como *Loi Onkelinx.* A diferencia del concepto de *requisa* en nuestro Derecho, esto es, una expropiación sin indemnización, la requisición supone una expropiación temporal del uso de un inmueble abandonado durante más de seis meses por parte de la autoridad local o *Bourgmestre*, con el fin de cederlo a las personas que no dispongan de vivienda. A pesar de que la requisición solo se haya aplicado una vez (54), convendría adoptar en España la exclusión de la medida relativa a que el municipio o el *Centre public d'action sociale* posean viviendas abandonadas en las que se puedan alojar estas personas, aunque necesiten de la ejecución de obras de conservación para destinarse al uso habitacional, siempre que el coste de la obra no sea superior a la cantidad prevista por la norma. La vivienda protegida tendrá un papel fundamental en la correcta resolución del acceso a la vivienda que se pretende resolver en España, por la existencia de viviendas vacías en este ámbito frente a la necesidad habitacional que se produce. En consecuencia, la iniciativa pública en su propia esfera va a determinar en buena parte el éxito de las medidas implementadas en el Derecho Privado. Esta afirmación encuentra su explicación en que antes de intervenir en el ámbito civil, una injerencia oportuna y conveniente ante la desafortunada gestión privada del uso habitacional de la vivienda, resulta necesario e incluso ejemplificante una correcta actuación de la Administración en el destino completo al uso habitacional de sus viviendas protegidas.

3. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS EXPROPIATORIAS

Las dos medidas que plantea la Ley 4/2016, de Cataluña, no detallan un procedimiento pormenorizado para su aplicación, porque la legislación de expropiación forzosa es de competencia exclusiva estatal en virtud del art. 149.1.18.ª CE. Sin embargo, precisan algunos elementos que deberán ser tenidos en cuenta en su aplicación. La regulación del procedimiento en la expropiación temporal

(53) *Moniteur Belge* de 3 de septiembre de 1988 y de 8 de junio de 1990.

(54) Fue en el municipio valón de *Philippeville*. Véase Mouvement Communal, *Mouvement communal*, de 8 de septiembre de 1998, pp. 435-439.

de viviendas vacías por causa de interés social viene dispuesta en el apartado tercero del art. 15, y la expropiación temporal del uso se regula en el apartado quinto del art. 17. La norma se encomienda al principio de proporcionalidad en el uso de la potestad expropiatoria y opta por el procedimiento expropiatorio de urgencia porque entiende que la resolución de inicio del expediente de expropiación forzosa lleva implícita la declaración de ocupación urgente. Una vez ejecutada la expropiación forzosa, siguiendo los trámites previstos, el beneficiario deberá cumplir con la función desatendida de destino de la vivienda al uso habitacional como carga derivada de la *causa expropiandi*, en el plazo de un mes a partir de que la vivienda esté en condiciones de uso efectivo y adecuado, un concepto que cabe reconducir al cumplimiento de las condiciones de habitabilidad. Precisamente ante su incumplimiento, el art. 4.3 del Decreto-ley 1/2015 arbitra la expropiación temporal del usufructo para la realización de las obras de conservación necesarias.

La determinación del justiprecio se alcanzará de mutuo acuerdo o mediante la fijación por el Jurado de Expropiación de Cataluña, y para su consecución se remite a los criterios del arrendamiento social previstos en el art. 5.7 de la Ley 24/2015, determinando que en caso de falta de acuerdo, será el Jurado de Expropiación de Cataluña quien lo fijará. Estos criterios de calificación del arrendamiento como *social* se refieren a una renta intervenida heterónomamente (55) por parte de la Administración y al ofrecimiento (56) de una

(55) Las rentas del arrendamiento posterior deberán garantizar que el esfuerzo por el pago del arrendamiento no supere el 10 % de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia, o el 12 % de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 de este indicador, o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 de este indicador. El indicador de renta de suficiencia para la valoración de situaciones de necesidad se encuentra regulado en los arts. 12-15 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (Boletín Oficial del Estado núm. 201, de 23 de agosto de 2006). Este indicador debe estar establecido periódicamente en la correspondiente Ley de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña.

(56) Este ofrecimiento se refiere a la vivienda afectada por el procedimiento o, en caso de que no sea posible, de una vivienda ubicada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales acreditativo de que el traslado a otro término

vivienda ubicada en el mismo término municipal durante un plazo mínimo de tres años, un plazo que coincide con el plazo mínimo del arrendamiento de vivienda previsto en el art. 9 LAU 1994. Estos criterios garantizan que los beneficiarios de la norma puedan satisfacer el justiprecio de manera completa, porque se refiere a colectivos vulnerables con falta de capacidad económica. En este sentido, podemos establecer un paralelismo con la contribución al pago del justiprecio que se articula en el resto de la normativa autonómica de expropiación temporal del uso de viviendas, porque todas estas regulaciones pretenden, sin afectar a la obligación del pago del justiprecio del beneficiario que ordena el art. 5.2 REF, moderar su aplicación en los colectivos vulnerables.

4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE VIVIENDAS DE LA LEY 4/2016

La mayor parte de las normas de expropiación temporal del uso han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional –excepto el Decreto-ley 1/2015 y la Ley 4/2016, de Cataluña, y las recientemente aprobadas en la Comunidad Valenciana y Extremadura–, y en aplicación del art. 161.2 CE se ha suspendido su eficacia. El motivo de impugnación de carácter sustantivo viene determinado por la apreciación de una discriminación arbitraria entre los propietarios de viviendas incursos en procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que solamente se expropia el uso de la vivienda a los propietarios que sean *personas jurídicas financieras* (57), vulnerando el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. Llegados a este punto, podemos reflexionar sobre el fundamento jurídico de estas normas de expropiación temporal del uso de viviendas porque manifiestan cierta incoherencia en cuanto al ámbito de actuación. Si pretenden sancionar la deshabitación de las viviendas, y en algunas de ellas proteger a los colectivos vulnerables, no deberían limitar su aplicación a las viviendas que sean propiedad de las personas jurí-

municipal no afectará negativamente a la situación de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar.

(57) Se refiere a las entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o las entidades de gestión de activos inmobiliarios.

dicas financieras en virtud de una ejecución hipotecaria (58), y en el caso de la Ley 3/2015, del País Vasco, extensible al desahucio por impago de rentas. Deberían referirse, pues, a lo que la Ley 18/2007 alude con el concepto de *grandes tenedores de viviendas*, que permite acudir a un criterio objetivo como la acumulación de viviendas deshabitadas en lugar de atender a la distinción entre persona física y jurídica.

Asimismo, se tendría que extender el ámbito de aplicación de la medida a las viviendas obtenidas por otros procedimientos, como se realiza en la Ley 3/2017, del País Vasco, aunque es correcto que el ámbito objetivo se restrinja en determinados tipos de viviendas no destinadas al uso residencial, que han sido previstos en la normativa como exclusiones. De la misma manera, tampoco debería limitarse el beneficiario a los sujetos de un lanzamiento derivado de una ejecución hipotecaria. Para tener un alcance mayor, se debería ampliar a los sujetos a un lanzamiento derivado de un desahucio por impago de rentas, por existir la misma vulnerabilidad e insuficiencia económica que se exige a los beneficiarios de la expropiación, aunque no tengan que satisfacer el pago de un préstamo hipotecario. Los motivos de impugnación de carácter competencial, comunes a estas normas, cuestionan su encaje porque definen el contenido esencial del derecho de propiedad, una materia de competencia estatal en virtud del art. 149.1.18.ª CE, e implican un trato desigual al no disponerse en todo el Estado, según lo establecido en el art. 149.1.1.ª CE.

La STC 93/2015 de 14 de mayo (59), que resuelve el recurso interpuesto contra el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda

(58) Tornos Mas, J., "El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad", *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2014, p. 2863, considera que "[l]o cierto es que estas medidas tratan de fundarse de hecho de modo más directo en la singularidad del propietario, las entidades bancarias, a las que se identifica con entidades de interés general sujetas por ello a unas cargas singulares como contrapartida de sus beneficios singulares (el ser beneficiarias de operaciones de rescate con dinero público)".

(59) STC 93/2015 de 14 de mayo, RTC 2015\93.

(60), reserva las cuestiones de fondo para la resolución del recurso interpuesto contra la Ley 4/2013, de Andalucía. A pesar de esta reserva, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la impugnación del Decreto-ley 6/2013 declara determinados preceptos inconstitucionales, unos defectos extendidos en el resto de la normativa impugnada. En particular, el pronunciamiento atiende a tres cuestiones: la existencia del presupuesto habilitante del Decreto-ley; la afectación del derecho de propiedad y el quebrantamiento del art. 86.1 CE; y la vulneración de las competencias estatales. El Tribunal Constitucional desestima la alegación relativa a la falta de existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Sin embargo, el Alto Tribunal declara inconstitucional el primer inciso del art. 1.3, que establece que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, por vulnerar la reserva de ley estatal y no respetar el rango normativo. Por este mismo fundamento, declara inconstitucionales los apartados 5 y 6 del art. 25 y el art. 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía (61), que contienen las exclusiones de la definición de la vivienda deshabitada, y la DA segunda, en virtud de la cual se habilita la expropiación de uso de las viviendas deshabitadas, porque un legislador autonómico puede establecer el contenido de la función social de la propiedad pero no puede hacerlo mediante un Decreto-Ley (62). Por otra parte, el Tribunal Constitucional aprecia

(60) Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 69, de 11 de abril de 2013.

(61) Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 30 de marzo de 2010.

(62) Ponce Solé, J., "¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos", *Blog Transjus*, junio, 2015, consultable en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/, expresa que "una ley autonómica podría definir el contenido esencial del derecho de propiedad sobre las viviendas incluyendo la obligación de ser destinadas a ser ocupadas. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 18/2007, que prevé, en su artículo 5, que forma parte de la función social

una vulneración de las competencias estatales de coordinación de la planificación general de la actividad económica, de competencia exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.13.ª CE. Esta vulneración se sostiene en que el legislador estatal ya ha determinado la extensión de la intervención pública en materia de protección de los deudores hipotecarios mediante algunas medidas referidas al inicio de este trabajo.

La legislación catalana de expropiación temporal del uso de viviendas vacías ha dado un giro en cuanto al objeto de la expropiación en la Ley 4/2016, porque expropia el uso y no el usufructo, con las implicaciones prácticas que este objeto divergente posee en relación con la constitución de un arrendamiento. Sin embargo, pese a expropiar el uso, estas expropiaciones no adolecen de los defectos constitucionales que pueden observarse en la legislación de Andalucía, Navarra, Canarias y el País Vasco, no así en el Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, por referirse al cumplimiento de las condiciones de habitabilidad y vincularse al urbanismo y al orden público, una materia de competencia autonómica de acuerdo con el art. 148.1.3.ª CE. La Ley 4/2016 no regula la función social del derecho de propiedad sobre la vivienda en virtud de la competencia exclusiva en materia de vivienda porque no incide en el contenido esencial del derecho de propiedad al establecer estas medidas habitacionales; ello constituye una importante diferencia en relación con el resto de legisladores autonómicos. Esta injerencia fundamenta uno de los motivos de impugnación de estas normas porque el contenido esencial del derecho de propiedad tiene reserva de ley estatal en virtud del art. 53 CE. Asimismo, tampoco se dirige en exclusiva a las personas jurídicas, otro de los elementos de la pretendida inconstitucionalidad de esta legislación.

Por primera vez, en el art. 17, los beneficiarios de la medida se refieren a las personas que se encuentren en riesgo de exclusión residencial, un elemento común con el resto de la normativa autonómica, salvo el Decreto-ley 1/2015 y la Ley 18/2007, de Cataluña. Si bien cabe realizar esta apreciación en un sentido positivo, porque más allá de trasladar las previsiones existentes en el resto de Comunidades Autónomas se ha realizado un esfuerzo de reflexión sobre el

---

de la propiedad sobre viviendas en Cataluña el estar ocupadas por personas viviendo en ellas".

ajuste constitucional, lo cierto es que deberían haberse configurado conjuntamente, para evitar eventuales agravios comparativos. También conviene señalar que salvo el art. 15, que desarrolla de manera pormenorizada la expropiación que allí se dispone, no se encuentra suficientemente detallado el procedimiento para llevar a cabo la expropiación en el art. 17, aunque puede obedecer a cierta cautela por la competencia exclusiva estatal en materia de expropiación forzosa, según el art. 149.1.18.ª CE.

Como reflexión general común a toda la normativa autonómica de expropiación temporal del uso, podemos decir que conlleva importantes problemas de aplicación, puesto que toda expropiación comporta *privación de derechos*, aunque sea temporal y afecte a una facultad del dominio. La utilización del mecanismo expropiatorio no respeta el *principio de proporcionalidad (63) ni el de idonei-*

(63) STC 93/2015 de 14 de mayo, RTC 2015\93. Ponce Solé, J., "¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos", *Blog Transjus*, Junio, 2015, consultable en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/, explica que la diligencia exigida a estas personas jurídicas es singular por las tareas que desempeñan y porque han recibido dinero público. A tenor de la doctrina constitucionalista del principio de igualdad, que viene contenida en la STC 50/1991 de 11 de marzo, RTC 1991\50: "el principio de igualdad, si bien ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad entre las diferencias fácticas y las jurídicas, de manera que también resulta violado cuando a una diferencia fáctica trivial se le atribuyen consecuencias jurídicas profundas". La STC 48/2005 de 3 de marzo, RTC 2005\48, manifiesta que la valoración de la necesidad en relación con la proporcionalidad debe hacerse "en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia". Por su parte, la STS, 3.ª, de 29 de junio de 2010, RJ 2010\5418, justifica que el ejercicio de la potestad expropiatoria debe ser proporcionado, es decir, que tiene que producir el mínimo sacrificio a la situación patrimonial del sujeto expropiado. Rodríguez de Santiago, J. M., "Artículo 33", en Casas Bahamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, p. 911, expresa que "[n]o estoy seguro de que, desde la perspectiva de los intereses económicos del propietario afectado, siempre sea menos

dad del art. 103 CE, puesto que se puede arrendar forzosamente una vivienda sin expropiarla, y por tanto supone un sacrificio patrimonial no justificado para el sujeto expropiado. El agotamiento de las actividades de fomento con anterioridad a la expropiación resulta insuficiente para salvar la proporcionalidad de la medida, por su falta de concreción y porque no es posible apreciar cuándo se han realizado de manera completa (64). Existen dos límites que el legislador debe respetar al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas, de conformidad con el cumplimiento de su función social: por un lado, el contenido esencial, previsto en el art. 53.1; y, por otro lado, el principio de proporcionalidad, manifestado en cubrir las exigencias de idoneidad, necesidad y ponderación, unos elementos categorizados por la doctrina alemana y adoptados por el Tribunal Constitucional en la STC 66/1995 de 8 de mayo (65). Estas expropiaciones no superan el test de proporcionalidad porque no se adecua la intervención al fin que se propone, no se justifica su necesidad por la existencia de otra alternativa menos gravosa, e implica un sacrificio excesivo del objeto de la intervención. Para efectuar un arrendamiento forzoso de vivienda sin acudir a la expropiación basta con que, encomendándonos a una regulación *de lege ferenda*, el legislador prevea que la Administración pueda ordenar su arriendo

---

limitativa la imposición de cargas derivadas de la función social que la expropiación pura y simple. Una propiedad muy gravada puede ser, en ocasiones, económicamente peor que una propiedad expropiada". Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, pp. 81-153.

(64) Marín García, I., Milà Rafel, R., "El alquiler forzoso de la vivienda desocupada", *Indret*, 2, 2007, consultable en: http://www.indret.com/pdf/431_es.pdf, p. 18, expresan respecto de las medidas de fomento que se "impide que el titular afectado alegue con éxito que estas medidas no han sido implementadas en grado suficiente, hecho que hace que la proporcionalidad pretendida [...] se desvanezca".

(65) STC 66/1995 de 8 de mayo, RTC 1995\66. Véanse al respecto Papier, H. J., "Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1, 2000, p. 1415, y Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F., Müller, 1993, pp. 189-190, Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 116-120, González Beilfuss, M., *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Aranzadi, 2003, pp. 72-75.

en virtud de un acto administrativo que, en caso de no ser atendido por el particular, pueda ser ejecutado forzosamente en virtud de la denominada ejecución subsidiaria de los actos administrativos, regulada en el art. 102 de la Ley 39/2015. La ejecución subsidiaria consiste en que la Administración realice aquello que el acto administrativo ordenaba a cargo del particular que lo ha incumplido, por estar dotarlo de ejecutividad, es decir, presunción de validez, y ejecutoriedad u obligatoriedad *per se*. Esta medida expropiatoria, en consecuencia, infringe los principios de eficiencia y economía del art. 31.2 y 33.3 CE.

Otro inconveniente que plantea la expropiación temporal del uso de viviendas es que por la naturaleza del instrumento queda *limitado en los municipios*, que carecen de la capacidad de declarar la *causa expropiandi* porque no son titulares de la potestad legislativa, cuando se trata de la Administración más cercana al ciudadano y, por tanto, la que conocerá mejor dónde existe demanda residencial acreditada y viviendas deshabitadas. Respecto de la demanda residencial y acreditada, que se dispone como requisito solamente en el Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, es necesario precisar que los inmuebles vacíos no se pueden sustituir (66) entre sí porque su demanda residencial difiere en función de su situación. La exigencia que tiene la expropiación en cuanto a la satisfacción de una indemnización permite afirmar que se trata de una medida que siempre se encontrará vinculada a la disponibilidad presupuestaria (67) de

(66) Marín García, I., Milà Rafel, R., "El alquiler forzoso de la vivienda desocupada", *op. cit.*, pp. 24-25.

(67) En este sentido, Tornos Mas, J., "El acceso a la vivienda y la nueva función social", *op. cit.*, p. 2864, afirma que "estamos ante normas que responden a la urgencia política, a la necesidad de tener que ofrecer respuestas rápidas a los ciudadanos a las reivindicaciones que están presentes en los medios (crisis del acceso a la vivienda, reclamaciones de plataformas antidesahucios...), urgencia que prevalece sobre la construcción pausada de la respuestas legales que deben adoptarse". Moreu Carbonell, E., "Sanción y expropiación", *op. cit.*, p. 409, considera que "[m]e parece una buena forma de rentabilizar estos fondos que, normalmente, sólo benefician a la entidad bancaria encargada de gestionarlos. De todas formas, es previsible que dichos fondos no sean suficientes para financiar todas las expropiaciones". Escuín Palop, V., "La expropiación forzosa como límite de los derechos e intereses patrimoniales", en Blasco, C., Clemente, M., Orduña, J., Prats, L., Verdera, R. (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montes*

la Administración expropiante. Esta limitación material impide que el alcance de esta disposición sea todo lo amplio que prevén las normas que la disponen. Finalmente, la expropiación se demora en el tiempo por las garantías que tiene el procedimiento, puesto que está configurado como una transferencia coactiva expropiatoria; la principal consecuencia es que supone un mecanismo poco ágil en este ámbito porque esta tramitación puede demorarse en el tiempo y no atender la necesidad urgente de vivienda del beneficiario, de manera que esta medida resulta más efectista que efectiva.

5. LA OBLIGACIÓN DE REALOJAMIENTO DE PERSONAS O UNIDADES FAMILIARES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN RESIDENCIAL: DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

En el art. 16 de la Ley 4/2016, de Cataluña, se prevé un sistema transitorio y excepcional para realojar a las personas o unidades familiares ocupantes de determinadas viviendas si se encuentran en riesgo de exclusión residencial y pueden perder la vivienda habitual, siempre que no tengan ninguna posibilidad de acceder al uso legítimo de otra vivienda. El apartado quinto de la citada disposición condiciona la concesión de una vivienda alternativa a la participación de las personas afectadas en un plan de acompañamiento económico, social y laboral, adecuado a su situación y orientado a ayudarlas a recuperar su plena autonomía. Por su parte, el apartado sexto limita la vigencia de las medidas establecidas a tres años a partir del día siguiente a la entrada en vigor, es decir, hasta el 30 de diciembre de 2019, sin perjuicio de la duración de los contratos de arrendamiento que se hayan concertado en virtud de esta disposición.

A los efectos de proceder al realojamiento, el precepto establece unos *supuestos de pérdida de la vivienda*, consistentes en: la trans-

Penadés, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 939, expresa que "[l]a doctrina ha puesto de relieve la crisis de la expropiación forzosa, en cuanto garantía de la integridad patrimonial, como consecuencia de la enorme extensión y uso generalizado de las actuaciones delimitadoras de la propiedad realizada por el legislador". La STC 170/1989 de 19 de octubre, RTC 1989\170, reconoció que la situación se agrava como consecuencia de que la delimitación de ambas instituciones no es tarea fácil.

misión de viviendas derivadas de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual o la firma de la compraventa de una vivienda que tenga como causa de la venta la imposibilidad del prestatario de devolver el préstamo o crédito hipotecario; o la ejecución hipotecaria o el desahucio por impago de rentas. La previsión de los supuestos que pueden originar un lanzamiento supone una mejora en relación con la legislación de expropiación temporal del uso de viviendas de Andalucía, Navarra, Canarias, Extremadura y la Comunidad Valenciana, no así la del País Vasco que fue la primera que amplió el ámbito de aplicación al desahucio por impago de rentas.

Los sujetos intervinientes en la medida de obligación de realojamiento se refieren a los adquirentes de las viviendas, a los ejecutantes de los procesos judiciales de ejecución hipotecaria, y a los demandantes en los procesos de desahucio por impago de rentas (68). Estos sujetos deberán ofrecer a los beneficiarios que se encuentren en los supuestos de pérdida de la vivienda el realojamiento a una vivienda de su titularidad, bajo el régimen de arrendamiento, por un plazo de tres años y en determinadas condiciones (69).

---

(68) En este sentido, deberá tratarse de personas jurídicas titulares de viviendas inscritas en el Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante, o susceptibles de ser inscritas, o personas jurídicas titulares de viviendas que hayan adquirido de un titular de viviendas inscritas en el Registro en primera o ulteriores transmisiones, aunque el titular actual sea un fondo de titulización de activos o que la adquisición se haya efectuado mediante la transmisión de acciones o participaciones de sociedades mercantiles.

(69) El ofrecimiento de realojamiento debe comunicarse al ayuntamiento del municipio en que está ubicada la vivienda y a la Agencia de la Vivienda de Cataluña en el plazo de tres días hábiles desde el momento en que se ha producido. Si no se ha aceptado formalmente, una vez transcurridos treinta días desde el ofrecimiento de realojamiento, se entiende rechazado. Las condiciones se refieren a la limitación de la renta a los criterios del arrendamiento social anteriormente analizados, que deberá revisarse anualmente y siempre que cambien las condiciones de la persona o la unidad familiar, el realojamiento en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, la ubicación de la vivienda alternativa en el mismo término municipal, salvo que medie el informe negativo de los servicios sociales municipales, y su aplicación con anterioridad a la adquisición de la vivienda por compensación o dación en pago o cuando se haya interpuesto la demanda de ejecución hipotecaria o desahucio por imago de la renta del arrendamiento.

La obligación de realojamiento permite, mediante un arrendamiento –en términos similares al arrendamiento derivado de la dación en pago–, el mantenimiento en el uso habitacional a quienes se encuentren en los supuestos de pérdida de vivienda, unos supuestos más amplios que los previstos en estas dos medidas estatales. Sin embargo, esta norma debería precisar que los supuestos de pérdida de la vivienda tendrían que concluir con la medida ejecutiva del lanzamiento del ocupante de la vivienda sin solución habitacional para que proceda la obligación de realojamiento, como se realiza en la suspensión del lanzamiento. Esta norma anticipa la intervención administrativa sin considerar que los supuestos de pérdida de la vivienda, constituidos mediante procedimientos declarativos, pueden finalizar con la salida voluntaria del ejecutado de la vivienda sin instar la ejecución del pronunciamiento correspondiente, en cuyo caso parece carecer de sentido la obligación de realojamiento. Este mecanismo, que supone desde un plano administrativo una limitación administrativa de derechos, lo que se corresponde con un límite del dominio en interés público desde el ámbito civil, guarda un gran paralelismo con la suspensión del lanzamiento y con el arrendamiento derivado de la dación en pago, y sin embargo se aleja de la naturaleza jurídica de la expropiación forzosa.

En este sentido, la suspensión del lanzamiento constituye, desde el *plano administrativo*, una *limitación administrativa de derechos*, es decir, una incidencia que no modifica el derecho subjetivo afectado, en este caso el derecho de propiedad, sino que altera las condiciones de su ejercicio. En particular, consiste en una prohibición relativa o con reserva de excepción que la Administración otorga mediante la técnica de la suspensión de la facultad de ejercicio. Esta limitación debe ser soportada por el administrado sin derecho a indemnización porque no se transfiere coactivamente ninguna facultad del dominio, aunque pueda parecerlo. La suspensión del lanzamiento no resulta inconstitucional (70) por no compensar

(70) Carrasco Perera, A., "La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios", *Actualidad Civil*, 854, 2012, p. 2, partiendo de la base de que la suspensión de los lanzamientos es una expropiación forzosa, alude como motivos de inconstitucionalidad que no se puede imponer a nadie una expropiación por causa de interés social sin justiprecio, que discrimina entre los deudores hipotecarios bajo el umbral de exclusión que

económicamente por la cesión al propietario, porque no se produce la expropiación de ningún derecho por parte de la Administración. Desde un *punto de vista civil*, la suspensión del lanzamiento supone un *límite en interés público del dominio* o *Eigentumsbegrenzung*, más modernamente denominado *gesetzlichen Inhaltsbestimmung* (71), conforme al art. 348 CC relativo a los límites del derecho de propiedad. El límite proviene directamente de la ley, sin necesidad de un acto especial de imposición o acto constitutivo, ya que lo único que requiere la suspensión del lanzamiento es de un acto declarativo previa comprobación de los requisitos exigidos.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del arrendamiento derivado de la dación en pago de la vivienda en aplicación del

---

han acordado la dación en pago de los deudores a los que se les suspende el lanzamiento, y que la norma no se aplica en los casos de desahucio por impago de rentas que finalicen con la medida ejecutiva de lanzamiento. En el mismo sentido, Núñez Iglesias, A., "La suspensión de los lanzamientos", *op. cit.*, pp. 84-85. Por su parte, Messía de la Cerda Ballesteros, J. A., "La suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual en la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de Medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social", en Cuadrado Iglesias, M. (dir.), Núñez Boluda, M. D. (dir.), Berrocal Lanzarot, A. I. (coord.), Jiménez París, T. A. (coord.), Callejo Rodríguez, C. (coord.), García Cobaleda, M. (pr.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, vol. II, Las Rozas, La Ley, 2015, p. 1390, también advierte la discriminación entre los deudores que han reestructurado su deuda pero que no entran en el ámbito de aplicación de la suspensión del lanzamiento.

(71) La distinción entre límites y limitaciones del dominio proviene de la doctrina alemana. El cambio en la denominación del *límite* del dominio es significativo porque la *Eigentumsbegrenzung* responde literalmente al *límite de la propiedad*, mientras que el *gesetzlichen Inhaltsbestimmung* se refiere a la *determinación del contenido legal del derecho de propiedad*, y por tanto acentúa su afectación al contenido esencial del derecho de propiedad. Sobre este concepto atiéndase Cornils, M., *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 262, quien expresa que el efecto protector de los derechos fundamentales siempre va vinculado a los límites que pueda tener, es decir, los *gesetzlichen Inhaltsbestimmung*: "[d]iese Schutzwirkung des Grundrechts ist aber eine materiellverfassungsrechtliche; sie wird durch die mit der gesetzlichen Inhaltsbestimmung stets verbundenen Beschränkung". En el mismo sentido, Ipsen, H. P., *Über das Grundgesetz: gesammelte Beiträge seit 1949*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 120-121.

Código de Buenas Prácticas de las entidades financieras, aunque implique un cambio en el concepto posesorio de propietario a arrendatario (72), se acerca a un arrendamiento forzoso. Propiamente no sería un arrendamiento forzoso, porque la entidad financiera se somete al Código de forma voluntaria, así que no existe la imperatividad o forzosidad necesarias para dicha calificación, pero conlleva la creación de un arrendamiento que, sin esta previsión normativa y aunque sea de sometimiento voluntario, no se habría celebrado. De esta manera, desde una perspectiva civil se corresponde con un límite en interés público del derecho de propiedad, y desde la óptica administrativa se configura como una limitación administrativa de derechos. A diferencia de la suspensión de los lanzamientos, existe el pago de una renta, con lo cual, en este extremo, se profiere un trato diferenciado y más beneficioso a quienes se les ha suspendido el lanzamiento, por cuanto no satisfacen una renta. El deudor que opte por la dación en pago no podrá elegir la suspensión del lanzamiento, puesto que la dación en pago solo puede pactarse antes de la subasta judicial, y la suspensión del lanzamiento es posterior a la adjudicación de la vivienda en la subasta.

Finalmente, la expropiación forzosa, respecto de su configuración y en contraste con la naturaleza jurídica de la suspensión de los lanzamientos y del derecho de habitación legal tácito que origina, supone el ejercicio de una potestad ablatoria o restrictiva real. El ejercicio de esta potestad se concreta, desde la *óptica administrativa,* en una *transferencia coactiva expropiatoria* (73). Esta conside-

(72) Munar Bernat, P. A., "Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago", en Núñez Iglesias, A. (dir.), Escartín Ipiéns, J. A. (coord.), Martos Calabrús, M. A. (coord.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social,* Granada, Comares, 2014, p. 85, advierte que se produce una inversión del concepto posesorio porque "hasta ese momento era poseedor en concepto de dueño y desde la dación en pago pasará a ser un poseedor en concepto de arrendatario".

(73) García de Enterría, E., Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II,* Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 122-126. Escuín Palop, V., "La expropiación forzosa", *op. cit.*, p. 939, precisa que las características de la transferencia forzosa son: "a) Que la adquisición por el adquirente es originaria; b) Que se extinguen todos los derechos reales o personales que recaigan sobre la cosa, que son reemplazados por un derecho a la indem-

ración implica una actuación que restringe el contenido del derecho de propiedad, en nuestro caso afectando al derecho de uso mediante la ejecución de un acto concreto de utilidad pública o interés social, y que si se trata de una expropiación del derecho de propiedad o expropiación-sanción directamente lo elimina; en consecuencia, debe mediar una indemnización. La *transferencia coactiva expropiatoria* se configura, desde el *punto de vista civil,* como una *limitación del dominio* o *Eigentumsbeschränkungen* (74), porque conlleva una restricción de la propiedad extrínseca y mediante indemnización.

6. REFLEXIÓN FINAL

Del análisis de la Ley 4/2016, de Cataluña, complementada en los aspectos necesarios por la legislación autonómica de acceso a la vivienda, se desprende que no ha sido una legislación suficientemente meditada, a resultas del contexto de acceso a la vivienda que se produce en la actualidad. El legislador catalán se había caracterizado por ser innovador en la previsión de estas medidas, porque la primera norma autonómica es la Ley 18/2007, y en el Decreto-ley 1/2015 se desmarcó de los parámetros del resto de la legislación autonómica en esta materia. En esta ocasión, plantea alternativas como la obligación de realojamiento, aunque debería preverse que los supuestos de pérdida de la vivienda tendrían que finalizar con el

---

nización; c) Que el expropiado sólo tiene una acción personal para exigir el pago de la indemnización; d) Que tiene obligación de hacer entrega de la cosa; e) Que no se precisa la escritura pública para que la transferencia se produzca".

(74) Binder, B., Trauner, G., *Öffentliches Recht-Grundlagen,* Wien, Linde Verlag, 2015, p. 266, explican sobre la *Eigentumsbeschränkungen* que supone una restricción de la propiedad que limita el uso de las cosas. En el mismo sentido, Starck, C., Berg, W., Pieroth, B., *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit,* Berlin, Walter de Gruyter, 1992, pp. 192-194, y Bergner, C., *Eigentumsbeschränkungen außerhalb von Gesetzen und Rechten Dritter,* Broschiert, Nomos, 2013, pp. 92-95. García de Enterría, E., Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II, op. cit.,* pp. 122-126. Alabaladejo, M., *Derecho Civil III, op. cit.,* pp. 244-250, y Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil,* Volumen II (Tomo I), El contrato en general. La relación obligatoria, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 279-285.

lanzamiento sin solución habitacional, para evitar la anticipación de la intervención administrativa cuando estos procedimientos pueden finalizar con la salida voluntaria del ejecutado de la vivienda.

Sin embargo, insiste en el uso de la expropiación forzosa y repite errores ya conocidos. Errores como la focalización de la obligación de realojamiento en las personas jurídicas financieras, no así en la expropiación temporal de viviendas para evitar una posible impugnación. O defectos ya advertidos como el uso de la potestad expropiatoria sin que el fin requiera de este instrumento, lo que alude a un uso desproporcionado junto con otros desajustes constitucionales. Incluso el objeto expropiatorio referido al uso ha devenido problemático en relación con el usufructo que había venido previendo el legislador catalán y al que recientemente se le han sumado los legisladores de Extremadura y la Comunidad Valenciana. Aunque en Cataluña en derecho de uso es disponible si media consentimiento del propietario, plantea obstáculos para el arrendamiento de la vivienda, que no impedimentos, por la vinculación de los frutos que origina y de cuyos límites carece el usufructo. También debería atender el legislador catalán a la armonización del plazo expropiatorio con el de la legislación de arrendamientos urbanos, del mismo modo que sucede en Bruselas y en Flandes, y a la necesaria previsión de los elementos reglados que informen la determinación del plazo expropiatorio, especialmente en la expropiación por causa de interés social y en el Decreto-ley 1/2015, ambas referidas a un plazo de cuatro a diez años. Asimismo, estas medidas en su conjunto deberían dedicar también su atención a la vulnerabilidad producida en el lanzamiento derivado del procedimiento de desahucio por impago de rentas, una previsión que introdujo el legislador vasco y que no ha sido secundada por las normas posteriores.

En definitiva, esta falta de reflexión sobre las medidas expropiatorias en general, y de la Ley 4/2016 en particular, se manifiesta en su escasa aplicación práctica (75) por parte de las Administraciones

(75) Sobre su escasa aplicación práctica, atiéndanse Ponce Solé, J., "Las viviendas vacías y el Decreto Ley catalán 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria", Blog Transjus, Abril, 2015, consultable en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/04/09/las-vivienda-vacias-y-el-decreto-ley-catalan-12015-de-24-de-marzo-de-medidas-

donde se ha previsto. A pesar de la falta de datos oficiales acerca de la aplicación de la expropiación temporal del uso de viviendas, se han realizado consultas a las diferentes Administraciones para obtenerlos. Por el momento, solamente se ha recibido respuesta de Navarra (76) y del País Vasco (77), donde no se ha llevado a cabo ninguna expropiación temporal del uso de viviendas, y de Andalucía (78), territorio en el cual existen dos expedientes de expropiación del uso de viviendas incoados por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, conforme a lo previsto en el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda (79) –norma derogada por la Ley 4/2013– pero que debido a la suspensión y posterior resolución del recurso interpuesto mediante la STC 93/2015 de 14 de mayo (80) no se llegaron a concluir.

A la luz de la conclusión del bloque normativo autonómico de acceso a la vivienda sin resultados destacables, convendría disponer un mecanismo que aborde el acceso a la vivienda a largo plazo y desvinculado del contexto concreto de acceso a la vivienda –de escasez o sobreoferta de vivienda– y de la situación socioeconómica de su ocupante. Este instrumento debería pasar por la articulación de un arrendamiento forzoso como acto administrativo sin necesidad de recurrir a la expropiación, por su coste y desproporción, ante cuyo incumplimiento debería ejecutarse subsidiariamente dicha obligación. Una medida de este cariz, atemporal y válida para cualquier escenario de acceso a la vivienda, debería abordarse con urgencia por parte del legislador estatal, en lugar de ceder este papel a las Comunidades Autónomas que no regulan unitariamente

---

extraordinarias-y-urgentes-para-la-movilizacion-de-viviendas-provinientes-de-procesos-de-ejecucion-hipotecaria/, y Subirats i Humet, J., "Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas", *Revista de Estudios Políticos*, 59, 1988, pp. 173-198.

(76) Esta información oficial ha sido proporcionada por el Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra.

(77) La información oficial ha sido facilitada por el Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco.

(78) Esta información ha sido provista por la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía.

(79) Boletín Oficial del Estado núm. 263, de 11 de abril de 2013.

(80) STC 93/2015 de 14 de mayo, RTC 2015\93.

el acceso a la vivienda. Esta encomienda se fundamenta en que este problema es común y debe solucionarse de manera integral, aumentando los incentivos públicos –ahora inexistentes– al destinar de manera voluntaria la vivienda al uso habitacional, y evitando la privación de su uso a quien no disponga de capacidad económica suficiente para proveerse de vivienda por sí mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Madrid, Edisofer, 2010.

Avouyi-Dovi, S., Lecart, R., Labonne, C.: "The housing market: the impact of macroprudential measures in France", *Financial Stability Review*, 18, 2014.

Aznar Sánchez-Parodi, I.: "La dación en pago y otras medidas de protección del deudor hipotecario; en particular, la expropiación temporal del uso de la vivienda habitual", *Revista Jurídica del Notariado*, 88-89, 2014.

Bergner, C.: *Eigentumsbeschränkungen außerhalb von Gesetzen und Rechten Dritter*, Broschiert, Nomos, 2013.

Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

Binder, B., Trauner, G.: *Öffentliches Recht-Grundlagen*, Wien, Linde Verlag, 2015.

Blasco Gascó, F. P.: *Instituciones de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Carrasco Perera, A.: "La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios", *Actualidad Civil*, 854, 2012.

Consejo General del Poder Judicial: *La justicia dato a dato: año 2016.* Estadística Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2017.

Córdoba, M.: "Soluciones al problema de la vivienda: El Derecho de Uso de Inmuebles", *Análisis Financiero*, 101, 2006.

Cornils, M.: *Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

Cosculluela Montaner, L., *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2015.

Department for Communities and Local Government: *Interim and Final Management Orders*, Department for Communities and Local Government, London, 2004, consultable en: http://www.tunbridgewells.gov.uk/__data/assets/pdf_file/0006/24459/Interim-and-Final-Management-Orders.pdf.

Díez-Picazo, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003.

Díez-Picazo, L., Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II (Tomo I), El contrato en general. La relación obligatoria, Madrid, Tecnos, 2012.

Díez-Picazo, L., Gullón, A.: Sistema de Derecho Civil, Volumen III (Tomo II), Derechos reales en particular, Madrid, Tecnos, 2012.

Driscoll, J.: Housing: *The New Law. A Guide to the Housing Act 2004*, London, Lexisnexis Butterworths, 2007.

Escajedo, L., Garrido, P., Gorrotxategui, M., "Políticas de movilización de vivienda en algunos países de Europa", *Colección Realidad Urbana*, 2, 2011, consultable en: http://www.ehu.eus/documents/1877918/0/Realidad+Urbana+2.+Vivienda+Vacía+en+Europa.

Escuín Palop, V.: "La expropiación forzosa como límite de los derechos e intereses patrimoniales", en Blasco, C., Clemente, M., ORDUÑA, J., Prats, L., Verdera, R. (coords.): *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montes Penadés*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

— *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Eurostat: Estadísticas sobre vivienda, 2017, consultable en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es.

Fernández, T. R.: "Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio", *Revista de Administración Pública*, 166, 2005.

García de Enterría, E., Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

González Beilfuss, M.: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Aranzadi, 2003.

Guichot Reina, E.: "La expropiación forzosa", en Barrero Rodríguez, C. (coord.): *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte General*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2015.

Hesse, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F., Müller, 1993.

Instituto Nacional de Estadística: *Censo de Edificios y Viviendas,* Tomo I, Madrid, Hijos de E. Minuesa, 1950.

Instituto Nacional de Estadística: *Censo de Población y Viviendas 1991*, de 1 de marzo de 1991, consultable en: http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fe243&file=inebase&L=0.

Instituto Nacional de Estadística: *Censo de Población y Viviendas 2011*, de 18 de abril de 2013, consultable en: http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm.

Ipsen, H. P.: *Über das Grundgesetz: gesammelte Beiträge seit 1949*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, Volumen primero. Posesión y propiedad, Madrid, Dykinson, 2011, edición revisada por Luna Serrano, A.

Lambotte, F.: "Le droit de gestion publique: pour qui, pourquoi, comment?", *Trait d'Union*, 3, 2006, consultable en: http://www.avcb-vsgb.be/fr/Publications/documents.html?doc_id=103&vID=250.

Lasarte Álvarez, C.: *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecarios*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Marín García, I., Milà Rafel, R.: "El alquiler forzoso de la vivienda desocupada", *Indret*, 2, 2007, consultable en: http://www.indret.com/pdf/431_es.pdf.

Menéndez Moreno, A.: "Nada es lo que parece. A propósito del impuesto sobre las viviendas vacías, de la Ley de 21 de julio de 2015, de la Generalidad de Cataluña", *Quincena fiscal,* 17, 2015.

Messía de la Cerda Ballesteros, J. A.: "La suspensión de los lanzamientos sobre la vivienda habitual en la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de Medidas para reformar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social", en Cuadrado Iglesias, M. (dir.), Núñez Boluda, M. D. (dir.), Berrocal Lanzarot, A. I. (coord.), Jiménez París, T. A. (coord.), Callejo Rodríguez, C. (coord.), García Cobaleda, M. (pr.): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, vol. II, Las Rozas, La Ley, 2015.

Moreu Carbonell, E.: "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social", en Alonso Pérez, M. T. (dir.): *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

Mouvement Communal: *Mouvement communal*, de 8 de septiembre de 1998.

Munar Bernat, P. A.: "Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago", en Núñez Iglesias, A. (dir.), Escartín Ipiéns, J. A. (coord.), Martos Calabrús, M. A. (coord.): *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, Comares, 2014.

Núñez Iglesias, A.: "La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria", en Núñez Iglesias, A. (dir.), Escartín Ipiéns, J. A. (coord.), Martos Calabrús, M. A. (coord.): *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, Comares, 2014.

Palomar Olmeda, A.: "Algunas cuestiones sobre la expropiación forzosa en la actualidad: el procedimiento expropiatorio y la determinación del justiprecio", *Revista de Urbanismo y Edificación,* 10, 2004.

Papier, H. J.: "Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1, 2000.

Parra Lucán, M. A.: *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos del Arrendatario a su Desprotección*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

Parra Lucán, M. A., Ragel Sánchez, L. F., De la Peña Velasco, G.: "El contrato de arrendamiento urbano", en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.): *Contratos:*

civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo III. Contratos traslativos del uso o disfrute, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

Ponce Solé, J.: "¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos", *Blog Transjus*, Junio, 2015, consultable en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/.

— "Las viviendas vacías y el Decreto Ley catalán 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria", *Blog Transjus*, Abril, 2015, consultable en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/04/09/las-vivienda-vacias-y-el-decreto-ley-catalan-12015-de-24-de-marzo-de-medidas-extraordinarias-y-urgentes-para-la-movilizacion-de-viviendas-provinientes-de-procesos-de-ejecucion-hipotecaria/.

Rodríguez de Santiago, J. M.: "Artículo 33", en Casas Bahamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009.

Simón Moreno, H.: "El cumplimiento del derecho a la vivienda en España. Especial referencia a la asequibilidad, estabilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 169, 2015.

— "Propuestas de regulación para habitar parcialmente una vivienda", en Nasarre Aznar, S. (dir.), Simón Moreno, H. (coord.): *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*, Madrid, Edisofer, 2011.

— *El proceso de armonización de los derechos reales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Starck, C., Berg, W., Pieroth, B.: *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, Berlin, Walter de Gruyter, 1992.

Subirats i Humet, J.: "Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas", *Revista de Estudios Políticos*, 59, 1988.

Tornos Mas, J.: "El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad", *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 2014.

NUEVAS FÓRMULAS DE CESIÓN CREDITICIA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ESPECIAL SOBRE BIENES HIPOTECADOS

Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia núm. 4 de Castellón.
Doctora en Derecho.
Profesora Titular de Derecho Civil (excedente).
Profesora Asociada de Derecho Civil.
Universitat de València

Resumen: A pesar de su estrenada regulación por Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, la titulización de créditos hipotecarios continúa suscitando numerosas cuestiones, que evidencian una regulación deficiente y una destacada descoordinación normativa, de entre las que adquiere significativo relieve práctico la atinente a la distribución de la legitimación activa "*ad causam*" entre la entidad emisora de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas y el partícipe, asunto que emerge de manera ordinaria al tiempo del ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria planteando al tribunal la ineludible tarea de dar de oficio respuesta con carácter previo al dictado del despacho de ejecución. La indicada cuestión reabre el debate en torno a la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito asegurado con garantía real hipotecaria para instar la ejecución hipotecaria, atendida la exigencia contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria según redacción dada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, vinculada a la circunstancia de que mediante la cesión crediticia al Fondo de Titulización que implica el proceso, de conformidad con la normativa aplicable la entidad concedente deja de ser acreedora del crédito. Pero el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, a pesar de concebir la titulización como una auténtica cesión de créditos, en su artículo 29 veta el acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias a menos que vayan

destinadas a inversores no profesionales. La situación descrita pone de manifiesto la carencia de una normativa coordinada que posibilite por parte de los operadores jurídicos, a través de los medios que razonablemente se encuentren a su alcance, un conocimiento cierto del ámbito de la legitimación para accionar, lo que ha originado una incipiente corriente judicial que pretende dar solución a esta cuestión negando la legitimación activa de la acreedora originaria en los procesos de ejecución hipotecaria.

Palabras clave: titulización crediticia; ejecución hipotecaria; legitimación activa "*ad causam*"; préstamo garantizado con hipoteca; mercado hipotecario; constancia registral; cesión de créditos.

Abstract: In spite of its new regulation by law 5/2015, of April 27, to promote business financing, the securitization of mortgage loans continues to raise a number of issues, evidencing poor regulation and a lack of normative Which acquires significant practical relevance regarding the distribution of the active legitimacy "*ad causam*" between the issuer of mortgage shares and certificates of transfer of mortgages and the participant, a matter that emerges in an ordinary manner at the time of the exercise of the executive mortgage Raising to the court the inescapable task of giving ex officio response prior to the issuance of the execution order. The aforementioned issue reopens the debate about the need for a record of ownership of the mortgage credit to encourage foreclosure, in compliance with the requirement contained in article 149 of the Mortgage Law as drafted by Law 41/2007 of July 7. Amending Law 2/1981, of 25 March, regulating the mortgage market, linked to the fact that, through the loan assignment to the securitization fund that involves the process, in accordance with the applicable regulations Grantor ceases to be a creditor. But Royal Decree 716/2009, of April 24, which develops certain aspects of Law 2/1981, dated March 25, regulating the mortgage market, despite conceiving the securitization as a real assignment of credit , article 29 prohibits access to the Property Registry of mortgage shares unless they are intended for non-professional investors. The situation described demonstrates the lack of a coordinated regulation that allows legal operators, through the means that are reasonably available to them, a certain knowledge of the scope of the legitimation to act, which has originated a Incipient judicial current that tries to give solution to this question denying the active legitimization of the original creditor in the processes of foreclosure.

Key words: credit securitization; foreclosure; Active legitimation "*ad causam*"; Mortgage loan guaranteed; Mortgage market; Registration certificate; Assignment of credits.

SUMARIO

I. LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS
1. Concepto
2. Tipología
3. El proceso de titulización crediticia

II. REGULACIÓN DE LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA
1. Precedentes normativos de las titulizaciones en España
2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial

III. RESARCIMIENTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TITULIZADO: CESIÓN DEL REMATE E INSCRIPCIÓN DEL INMUEBLE GRAVADO A FAVOR DEL FONDO DE TITULIZACIÓN
1. Consideración general
2. Posiciones
3. Conclusión

IV. EL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO

V. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA "*AD CAUSAM*" EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EN EL SUPUESTO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS: REAPERTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA SUBSANACIÓN DE LA TITULARIDAD REGISTRAL A LOS EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL EJECUTIVA. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES HIPOTECARIAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD
1. Planteamiento
2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulización hipotecaria
3. Consecuencia

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LA TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

1. Concepto

A tenor de la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, las entidades a que se refiere el artículo 2 de la indicada Ley podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias, si bien no serán susceptibles de participación los créditos hipotecarios que sirvan de garantía a la emisión de bonos hipotecarios. Esta participación podrá realizarse al inicio o durante el tiempo de vigencia del préstamo, pero su plazo no podrá exceder al que reste por transcurrir para el vencimiento del crédito hipotecario ni su interés superior al establecido para dicho crédito asegurado mediante la hipoteca. Por su parte, el titular de la participación hipotecaria dispone de acción ejecutiva contra la entidad emisora siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea consecuencia de la falta de pago del deudor hipotecario, en cuyo caso el titular de la participación hipotecaria concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el referido deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación siempre que éste último interés fuera inferior. En todo caso, el titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución, y si éste no lo hiciere dentro de los sesenta días desde que cuera compelido a ello el titular de la participación podrá subrogarse en la ejecución por la cuantía de su respectiva participación, resultando que la parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales de riesgo (1).

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, ha modificado el régimen normativo de las titulizaciones, unificando en una única categoría legal los denominados fondos de titulización de activos y los fondos de titulización hipotecaria, si bien

(1) En el mismo sentido, cfr. arts 30 y 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril.

respecto de éstos últimos y por cuanto se refiere a los ya existentes a la entrada en vigor de la referida Ley 5/2015 se mantendrán coexistentes con la nueva categoría instaurada y hasta que progresivamente lleguen a extinguirse.

En el ámbito europeo el marco normativo de las sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulización se residencia en el Reglamento (CE) núm. 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008 y también en la Orientación BCE/2008/31, de 19 de diciembre de 2008 (2).

Por su parte, de conformidad con el artículo 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, aunque la participación confiere a su titular los derechos que se establecen en la norma legal y los expresados en el propio tenor de la participación, el emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como también, en su caso, la titularidad del mismo, estando obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito, abonando a los partícipes, incluso en el supuesto de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario en concepto de capital e intereses de acuerdo con las específicas condiciones de la emisión.

Lo precedentemente expuesto induce a considerar, en una primera aproximación, que la legitimación activa en una ejecución hipotecaria corresponde a la entidad bancaria emisora de las participaciones hipotecarias, a no ser que concurran las circunstancias que determinen la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria y por la cuantía de su respectiva participación, todo ello sin perjuicio de la facultad conferida al cesionario de concurrir al procedimiento ejecutivo iniciado por el banco frente al deudor para cobrar a prorrata de su respectiva participación. Más adelante volveré a considerar esta cuestión.

Desde una primera aproximación, la titulización de activos (*securitisation*) admite ser definida como el proceso por cuya virtud determinados activos de una entidad financiera, en principio ilíquidos o de escasa liquidez, se convierten en títulos o valores negociables

(2) En este ámbito puede consultarse García-Ochoa Mayor, D. y Eguía, J. M.: *Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE*, en Diario La Ley, núm. 8849, Sección Tribuna, de 24 de octubre de 2016.

mediante su cesión a un Fondo de Titulización que se encarga de emitir dichos valores con el propósito de ser colocados en el mercado entre los inversores –usualmente institucionales–, posibilitando de este modo a la entidad crediticia transmisora potenciar la financiación de su actividad sin tener que acudir al recurso usualmente más costoso, de la solicitud de crédito o, en su caso menos sencillo, de la ampliación de capital. En definitiva, a través de este transcurso la entidad crediticia originadora consigue transformar una serie de activos, que en principio mantiene en su balance contable, en una o varias secuencias de títulos que finalmente van a resultar colocados en el mercado.

De esta manera el procedimiento permite la transformación de un conjunto de activos financieros sin liquidez, o de escasa solvencia, en un instrumento negociable, líquido y con unos flujos de pago determinados, resultando una técnica ventajosa para la entidad crediticia emisora toda vez que la captación de la financiación se verifica a unos costes convenientes y, por otra parte, permite la diversificación del riesgo de crédito asumido (3). En suma, el desarrollo se basa en una estrategia financiera consistente en la movilización de determinados activos de los balances, que pueden ser tanto de empresas financieras como no financieras, que posibilita la captación de financiación y la promoción de la transparencia de riesgos de la empresa cedente de los activos, aunque realmente sean escasas las empresas no financieras que han aplicado este mecanismo como fuente de financiación que en la práctica resulta reservada de manera esencial a las entidades de crédito (4).

Con carácter general, el proceso de titulización, por el que la entidad crediticia originadora transforma un conjunto de activos que mantiene en su balance en una serie de títulos que se colocan en el mercado financiero, suele verificarse a través de un vehículo de finalidad especial interpuesto, denominado Fondo de Inversión, in-

(3) Catarineu, E. y Pérez, D*., La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial*, en "Estabilidad Financiera", núm. 14, 2008, p. 1.

(4) Arnal Martínez, J. y Bravo Álvarez, A. J*.: Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial*, en "Boletín Económico del ICE, Información Comercial española", núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, p. 29.

dependiente de la entidad crediticia originadora y que no es sino el emisor de los –nuevos– títulos cuya solidez crediticia depende, en definitiva, del riesgo inherente al crédito que conforma la cartera subyacente, en sí los activos movilizados. De esta manera resulta que los eventuales incumplimientos que se sucedan en los activos que integran la cartera titulizada determinarán en principio tanto la suspensión del abono de los posibles intereses que generen los valores emitidos como su progresiva amortización que, de ordinario, no se producirá a prorrata entre sus tenedores sino de manera secuencial, pues una de las características comunes a los procesos de titulización es la constituida por la estratificación del riesgo de crédito, toda vez que las diversas series de valores titulizados resultan emitidos con una concreta estructura de subordinación generando una sucesión de abonos que constituye un factor esencial al tiempo de determinar la prelación en la absorción de las eventuales pérdidas de la cartera subyacente, resultando que los distintos niveles de valores emitidos implican diversos niveles de riesgo y, por consiguiente, de rentabilidad, reflejados asimismo en las calificaciones que conceden las agencias de *rating* a los respectivos tramos (5).

Aunque actualmente ampliada en su contenido y propósito, esta técnica financiera, gestada en los Estados Unidos de América en la séptima década del pasado siglo y desde allí exportada a diversos países tanto del ámbito anglosajón como del entorno continental europeo, esto es, la titulización de activos, sin duda, se ha convertido últimamente en uno de los más relevantes instrumentos de innovación financiera (6), si bien inicialmente la posibilidad legal de

(5) Catarineu, E. y Pérez, D.: *La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial, cít.*, pp. 4-5.

(6) Como ya explicaba haceya más de una década Romero Rey, M. A.: *El régimen jurídico de la titulización de activos; referencia especial al deporte*, en "Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música", núm. 12, 2004, p. 191, la titulización apareció en España como una eficiente forma de financiación y de gestión del riesgo de impago que conllevan los derechos de crédito, y en respuesta a las ventajas que proporciona el desarrollo, tanto en volumen de emisiones como en diversidad y calidad de las operaciones, ha sido notable, a pesar de no haberse agotado las posibilidades que concede.

su aplicación se hallaba limitada a los activos del mercado hipotecario.

2. Tipología

Siguiendo la explicación ofrecida por autorizada doctrina(7), en función del mecanismo utilizado para la transmisión del riesgo(8) la tipología internacional de la titulización de activos permite diferenciar entre *titulizaciones tradicionales y sintéticas*.

Las *titulizaciones tradicionales* o *cash* son aquéllas en las que por parte de la entidad crediticia se produce la venta o cesión plena de los activos a un vehículo especial que posteriormente emite títulos al mercado, con cuya emisión el intermediario financia la compra de los activos, por lo que esta categoría de titulizaciones siempre implica, por una parte, la existencia de un vehículo especial que se interpone y, por otra, la emisión de títulos pues dicha oferta conlleva la obtención de liquidez para el originador (estructuras *funded*), de manera que a estos valores de titulización, tras el abono de las correspondientes comisiones de gestión y administración, les corresponde un derecho preferente sobre los flujos de capital e intereses de los activos financieros adquiridos (la cartera titulizada), resultando emitidos los valores según un determinado orden de prelación de los pagos.

Frente a las titulizaciones tradicionales se encuentran las *sintéticas*, que son aquéllas que logran transferir el riesgo de crédito de una cartera de activos mediante la contratación de derivados crediticios o garantías (principalmente *Credit Default Swaps*, CDS) sin que para ello se haga necesario la venta o cesión del crédito, resultando en este caso que los distintos tramos de riesgo de crédito característicos de la titulización (la estratificación) se obtienen mediante la contratación de derivados que los cubren y permiten

(7) CATARINEU, E. y Pérez, D.: *La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial, cít.,* pp. 5-6.

(8) Ciertamente, desde el punto de vista del riesgo del crédito, la titulización de activos supone algo más que una simple transformación de activos financieros pues se manifiesta, además, como un mecanismo que permite la estratificación del riesgo de una cartera.

transferir una determinada parte del riesgo de la cartera titulizada, por lo que en esta categoría de estructuras no resulta estrictamente necesario que concurra una emisión de valores pues no existe la necesidad de financiar ninguna compra de cartera (estructuras *unfunded*), constituyendo esta opción la alternativa empleada por las entidades que no persiguen obtener financiación para su actividad sino únicamente una transferencia del riesgo del crédito.

3. El proceso de titulización crediticia hipotecaria

Como quedó apuntado, con carácter general, la titulización de activos –*vgr.* préstamos hipotecarios– se verifica a través de una entidad intermedia –denominada Fondo de Titulización y administrado por una Entidad Gestora– que actúa de vehículo jurídico –recibiendo los activos originarios de la entidad crediticia y emitiendo nuevos títulos en el mercado financiero- para materializar la transmisión de los activos, y a la que resultan inicialmente cedidos aquéllos que terminarán colocados entre los inversores que finalmente los adquieran después de un proceso de agregación y transformación que permite la conversión de los activos ilíquidos recibidos en otros valores que resultan negociables en el mercado. De esta manera, y a través del indicado proceso que presupone el cumplimiento de determinados requisitos legales, una cartera de activos homogéneos resulta convertida en valores negociables en un mercado financiero bajo la forma de bonos de titulización o, en el supuesto que nos ocupa, participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas que, en todo caso, conforman un patrimonio separado e independiente del propio de las entidades crediticias cedentes y carecen de personalidad jurídica resultando representados por la misma Sociedad Gestora que los administra.

En todo caso, el proceso de titulización de activos implica la verificación de tres fases perfectamente diferenciadas. A saber: 1.ª *Cesión de los activos* que en el caso de la titulización hipotecaria implica una transmisión incondicionada y total del crédito por el resto del plazo que falta por transcurrir hasta el vencimiento del mismo y como contraprestación de la cual la entidad crediticia cedente obtendrá el valor de mercado de los activos transmitidos y, en su caso, las posibles comisiones devengadas por efectivos servicios prestados. 2.ª *Conformación o estructuración financiera*, o etapa en la que

los activos cedidos pasan a integrar el activo del correspondiente Fondo de Titulización, generando un proceso de estructuración financiera mediante el cual los activos transmitidos permiten absorber el abono de los nuevos valores negociables emitidos a su cargo. 3.ª *Emisión de nuevos valores negociables en el mercado* que se presentan ante los inversores en forma de título y que integran el pasivo del Fondo de Titulización junto con los posibles préstamos y aportaciones de los inversores obtenidos con el propósito de financiar el proceso de estructuración financiera o bien de intensificar la solvencia de los nuevos títulos emitidos.

II. REGULACIÓN DE LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA

1. Precedentes normativos de las titulizaciones en España

Como quedó apuntado, en nuestro ámbito legal nacional el antecedente normativo más remoto del proceso de titulización se localiza en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, y en el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, que la desarrolla, normas mediante las que se crearon las figuras de los títulos del mercado hipotecario, en suma las cédulas y bonos hipotecarios, así como las participaciones hipotecarias, utilizados por las entidades financieras como mecanismo de obtención de financiación al margen del mercado interbancario (9).

(9) En el ámbito normativo europeo merece ser destacada la implicación de la Comisión Europea en la revisión del marco legislativo de las titulizaciones con el propósito esencial de alcanzar un tratamiento diverso para aquéllas que justifiquen unos caracteres específicos relativos a la claridad y transparencia. La referida implicación ha empezado a dar sus frutos con la propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea en el mes de septiembre de 2015, por la que se dispone unas normas comunes sobre la titulización y se incorpora el concepto de titulizaciones simples, transparentes y estandarizadas (STS). Por otra parte, la Comisión Europea ha interesado del Banco Central Europeo la emisión de un documento en relación con la propuesta de Reglamento, que se ha materializado en el dictamen de 11 de marzo de 2016 que se refiere, por una parte, a una propuesta de Reglamento por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y estandarizada, y, por otra, a otra propuesta de Reglamento por el

En su origen la titulización conservaba los activos subyacentes dentro del balance y la propia entidad crediticia albergaba los riesgos inherentes a los préstamos hipotecarios concedidos que, en definitiva, constituían el sustrato patrimonial de las cédulas y bonos emitidos. Sin embargo, la rigidez manifestada por esta primera regulación provocó la incorporación de determinados cambios en su contenido, materializados a través del Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto (por el que se modifica el RD 685/1982), y la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, por los que se facultó al emisor de los títulos para excluir del balance contable los activos implicados en la titulización, cediendo de este modo la totalidad del riesgo asociado a los bonos de titulización hipotecaria que adquirían cotización en el mercado secundario organizado, a la vez que se autorizaba legalmente la creación de Fondos de Titulización Hipotecaria como espacios cerrados integrados por las participaciones hipotecarias representativas de idénticos importes en valores emitidos a fin de mantener un efecto neutro en el patrimonio neto del vehículo empleado en la titulización. Y así, con la antedicha Ley 19/1992 consolida en nuestro país la regulación del proceso de titulización de créditos hipotecarios con el evidente propósito de reducir los costes de obtención de los préstamos dirigidos a la adquisición de la vivienda, pues cuanto más saneada y sólida se encuentre la economía de la entidad crediticia concedente mejores condiciones podrá ésta ofrecer al prestatario en la contratación dirigida a la financiación de su vivienda –usualmente vehiculada a través de un préstamo con garantía real hipotecaria–. En definitiva, el patrón consolidado se basaba en un diseño fiduciario en el que determinadas entidades profesionalizadas, entonces denominadas Entidades Gestoras de Fondos de Titulización Hipotecaria (actualmente, y partiendo del modelo ya expandido que abandona la adje-

---

que se modifica el Reglamento (UE) 575/2013 (LA LEY 10371/2013) sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Una amplia referencia sobre el contenido de la propuesta de Reglamento así como un análisis de las consideraciones que el Banco Central Europeo ha manifestado en su dictamen puede encontrarse en García-Ochoa Mayor, D. y Eguía, J. M.: "Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE", *cit.*

tivización, llamadas, con carácter general, Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización), administraban la metamorfosis financiera que suponía la titulización hipotecaria mediante la cual los créditos hipotecarios que integraban la cartera de una entidad crediticia resultan cedidos íntegra o parcialmente al Fondo de Titulización a través de la emisión de concretas participaciones hipotecarias por el período restante al plazo de vencimiento de los créditos hipotecarios cedidos, valores suscritos por el referido Fondo de Titulización que, a su vez y con cargo en el indicado activo, verificará una emisión de valores negociables entre los inversores, usualmente institucionales, resultando que desde la suscripción de las participaciones hipotecarias el Fondo de Titulización adquiere el derecho a percibir, en la cuantía determinada por el porcentaje de la participación, los concretos movimientos generados de manera esencial en los créditos garantizados con hipoteca participados. Por aplicación de este esquema la entidad crediticia cedente convierte en líquido su crédito anticipadamente a su vencimiento, extrayéndolo de su balance contable en el porcentaje participado si bien, no obstante y por imperativo legal, mantiene la administración de los créditos hipotecarios objeto de titulización y, en su caso, una titularidad no absoluta sobre los mismos. Y también para el inversor la propuesta resultaba rentable, toda vez que el adquirente se encuentra con un activo de riesgo razonable y de cierta rentabilidad. En una fase posterior la titulización de activos se encuentra regulada en la D. A. 5.ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE), por la que se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero en materia de establecimientos financieros de crédito, en cuyo apartado 2 (10) se declaraba que los valores emitidos por los Fondos de Titulización Hi-

(10) Modificado posteriormente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1982, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; y por el RD Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

potecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios (11). Posteriormente, mediante el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (12), el esquema resultó ampliado a otros activos distintos de los hipotecarios. Mediante el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero -cuyo propósito fue la continuación de la mejora de los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito en el mercado hipotecario, ya iniciada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre- se procede al desarrollo de la Ley 2/1982, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación del mercado hipotecario, reemplazándose la regulación ofrecida por el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que resulta derogado, con el propósito de ofrecer respuesta a la necesaria flexibilización de las condiciones emisivas de las cédulas y bonos hipotecarios a fin de reactivar su circulación y conseguir la extracción de los riesgos inherentes a los créditos destinados a la construcción y adquisición de viviendas sometidos a cobertura legal del balance contable de las entidades financieras –en el supuesto de las cédulas hipotecarias– o de potenciar su liquidez –en el caso de los bonos y de las participaciones hipotecarias–. Esta norma últimamente citada resulta singularmente relevante por servir de usual fundamento a la entidad crediticia ejecutante en supuestos de titulización de activos hipotecarios para basar su legitimación activa "*ad causam*" cuestionada ante el supuesto cambio de

(11) Actualmente el referido apartado se encuentra derogado por la letra d) de la Disposición Derogatoria de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, si bien su contenido ha pasado a integrar el apartado 1 de la referida D.A 5.ª, a cuyo tenor los *"valores emitidos por los Fondos de Titulizacion Hipotecaria regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, tendrán el carácter de títulos hipotecarios de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario".*

(12) Vigente hasta el 29 de abril de 2015.

titular ejecutante tras la titulización del concreto crédito hipotecario ejecutado judicialmente; sobre este punto volveré más adelante. Pero, además, y a los efectos que nos ocupan, por cuanto que en nada ayuda al fortalecimiento de las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor ni tampoco se coordina con las previsiones de las normas hipotecarias reguladoras de la cesión del crédito hipotecario, del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, interesa destacar la previsión que contiene su artículo 29 (13), relativa a que la emisión y negociación de títulos relativos al mercado hipotecario –participaciones hipotecarias– quedan al margen del Registro de la propiedad salvo cuando no vayan destinadas a inversores profesionales (siendo, sin duda, que el supuesto de ordinario más frecuente es precisamente el contrario, esto es, que vayan destinadas a inversores profesionales).

2. El nuevo marco legal: la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, modifica el régimen de regulación de las titulizaciones según consta anticipado en su Exposición de Motivos al declarar lo que sigue: "*La reforma del régimen de las titulizaciones, contenida en el título III, se articula en torno a tres ejes que, en línea con las tendencias internacionales, incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España. En primer lugar, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulizaciones, esta Ley opera su necesaria refundición, para garantizar la coherencia y sistemática de todos los preceptos que disciplinan esta materia, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio. En este sentido, cabe destacar que se*

(13) A cuyo tenor: "*Cuando la suscripción y tenencia de las participaciones no esté limitada a inversores profesionales, tal y como se definen en el artículo 78 de la Ley 4/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, pudiendo ser suscritas o adquiridas por el público no especializado, se emitirán en escritura pública de la que se tomará nota en el Registro de la propiedad, al margen de la inscripción de la hipoteca correspondiente. Practicada la nota marginal, los terceros que adquieran algún derecho sobre el préstamo o crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses".*

unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta ley pretende aproximar nuestro régimen al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Por último, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales, y se especifican las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluirán la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulización de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución".

En definitiva, con la nueva regulación se consigue refundir la normativa preexistente unificándose en una única categoría legal [los Fondos de Titulización (14)] los hasta ahora denominados Fondos de Titulización de Activos y los Fondos de Titulización Hipotecaria, que estarán regidos normativamente de manera unitaria, si bien los fondos de titulización hipotecaria ya existentes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 coexistirán con la nueva categoría creada hasta que progresivamente alcancen su extinción. Además, se manifiesta adecuar a la realidad económica y financiera la mecánica de funcionamiento legal de estos instrumentos con la pretensión de eliminar aquellos impedimentos para la incorporación de novedosas técnicas financieras que han resultado eficaces en otros países. Y, por último, se intensifican los requisitos exigidos con el propósito de proteger al inversor, determinándose las funciones que incumben

(14) Conviene subrayar que el Fondo de Titulización se configura como un patrimonio separado, carente de personalidad jurídica y con un sustrato patrimonial integrado activamente por derechos de crédito –tanto presentes como futuros– y pasivamente por los valores de renta fija emitidos así como por los créditos concedidos por los terceros (art. 15 de la Ley 5/2015).

a las sociedades gestoras de los fondos de titulización, concretándose las exigencias informativas que deben cubrir los valores y que deben ser convenientemente publicadas junto con el contenido de los informes anuales y trimestrales y la comunicación de hechos relevantes.

Como aspectos concretos más destacados introducidos en materia de titulización por la Ley 5/2015 debe significarse que, siempre que conste previsto en la escritura de constitución, el patrimonio de los Fondos de Titulización podrá fraccionarse en secciones –denominadas compartimentos– independientes con cargo a las que podrán emitirse valores y asumirse obligaciones de diversa tipología que, a su vez, admiten ser liquidadas de manera autónoma, de modo que los acreedores de una sección únicamente van a poder hacer efectivos sus respectivos créditos (15) con cargo al patrimonio de la sección respectiva (art. 15 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, y a tenor de la previsión contenida en el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad –y en el resto de registros en que corresponda– el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización, extendiéndose de esta manera su tratamiento privilegiado, toda vez que tal posibilidad implica una excepción a la exigencia de personalidad jurídica para ser titular registral contenida en la legislación hipotecaria (cfr. arts 9. de la LH y 11 del RH) (16).

---

(15) A tal efecto se consideran derechos de crédito presentes las participaciones hipotecarias correspondientes a préstamos que conciten los requisitos dispuestos en la Sección Segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. También los certificados de transmisión de hipoteca. En este sentido, los valores emitidos por Fondos de Titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios a los efectos de la antedicha Ley 2/1981 (cfr. art. 16.1 de la Ley 5/2015). La Ley 5/2015 también recoge la regulación del pasivo de los Fondos de Titulización (art. 18), integrado por "*los valores de renta fija que emitan y los créditos concedidos por cualquier tercero*" (art. 18.1 de la Ley 5/2015).

(16) Conviene destacar que hasta la Ley 5/2015 y por aplicación de la previsión contenida en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril –que por la referida Ley queda derogado– la inscripción de las titularidades reales sobre los indicados bienes se encontraba vinculada, directa o

Y si bien hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la cesión de activos a favor de un fondo de titulización únicamente era legalmente posible si era plena e incondicionada y resultaba verificada por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento del crédito, con la nueva regulación estas restricciones resultan suprimidas toda vez que los –nuevos- Fondos de Titulización "*podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho*" (art. 16.2 de la Ley 5/2015).

Por cuanto se refiere a la transmisión de activos (art. 17 de la Ley 5/2015), es de destacar que tanto el transmitente como, en su caso, el emisor de los valores creados para su incorporación a un Fondo de Titulización, al tiempo de la constitución del fondo deberán disponer de, al menos, las cuentas auditadas de los dos últimos ejercicios –salvo excepciones que el mismo precepto contempla–. Asimismo las transmisiones de activos al Fondo de Titulización se formalizarán en documento contractual que acredite el negocio.

Además, se regula la titulización sintética, mediante la cual los Fondos podrán titulizar de tal manera préstamos y otros derechos de crédito a través de la contratación con terceros de derivados crediticios o mediante el otorgamiento de garantías financieras o avales a favor de los titulares de tales préstamos u otros derechos de crédito (art. 19 de la Ley 5/2015). Y se diferencia entre Fondos de Titulización cerrados, que son aquellos en cuyas escrituras de constitución no se prevean incorporaciones de activos ni de pasivos tras su conformación (art. 20 de la Ley 5/2015), y Fondos de Titulización abiertos, que son aquellos en cuya escritura constitutiva –en la que deberá constar expresamente su carácter de abierto y especificarse las características concurrentes de entre las señaladas en la norma–se prevea la posible modificación de su activo y/o de su pasivo (art. 21 de la Ley 5/2015).

Por otra parte, la nueva normativa también recoge otros aspectos tales como los requisitos constitutivos de los Fondos de Titulización (art. 22 de la Ley 5/2015), que incluyen la aprobación y el registro previo en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la extinción

---

indirectamente, con los procedimientos ejecutivos hipotecarios, resultando que con la nueva regulación dicha restricción resulta eliminada.

de los Fondos de Titulización (art. 23 de la Ley 5/2015) y la modificación de la escritura pública de constitución del Fondo de Titulización (art. 24 de la Ley 5/2015).

III. RESARCIMIENTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TITULIZADO: CESIÓN DEL REMATE E INSCRIPCIÓN DEL INMUEBLE GRAVADO A FAVOR DEL FONDO DE TITULIZACIÓN

1. Consideración general

En la actualidad se constata como práctica generalizada el hecho de que las entidades crediticias o financieras que son acreedoras hipotecarias insten la ejecución de las correspondientes garantías de tal clase sobre los inmuebles gravados en seguridad de sus respectivos créditos y que, en el devenir del procedimiento, resulten ellas mismas las rematantes del inmueble en la correspondiente subasta, ejercitando la facultad de cesión del remate permitida por la legislación procesal (17) a favor, precisamente, del fondo de titulización, en cumplimiento de la obligación de naturaleza fiduciaria de ordinario derivada de la propia cesión crediticia verificada como consecuencia del proceso de titulización, de manera que, a último, resulta ser el fondo de titulización el titular del derecho de resarcimiento del crédito cuya garantía se ha ejecutado. Con carácter general, así se prevé en la escritura constitutiva del Fondo de Titulización y también en el contrato de administración y custodia de los activos cedidos por la entidad originadora (cedente) a la Sociedad Gestora que actúa en representación del Fondo de Titulización. Desde esta

(17) Cfr. artículo 647.3 de la LECiv, que debe su actual redacción a la Ley 9/2015, de 19 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a cuyo tenor: "*Solo el ejecutante o los acreedores posteriores podrán hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el Secretario Judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago o consignación del previo del remate, que deberá hacerse constar documentalmente. Igual facultad corresponderá al ejecutante si solicitase, en los casos previstos, la adjudicación del bien o bienes subastados*".

circunstancia se ha venido planteando la cuestión, ya resuelta, de la determinación de la titularidad del inmueble, tanto al tiempo del dictado del correspondiente mandamiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia como por parte del Registrador de la Propiedad en el momento de calificar y autorizar la inscripción, manteniéndose a este respecto posturas divergentes que seguidamente paso a analizar.

2. Posiciones

Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015 la posibilidad de la entidad crediticia acreedora ejecutante de ceder el remate tras la subasta al Fondo de Titulización encontraba solución en dos posiciones contrapuestas, fundadas en diversos argumentos legales.

Por una parte, se mantenía una postura contraria a su admisión (18) basada, de un lado, en determinadas normas hipotecarias, en concreto en el artículo 11 del Reglamento Hipotecario que, según redacción dada por el Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre –por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida–, declaraba la no inscribibilidad de "*los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*", y también en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, concordante con el anterior, a cuyo tenor: "*Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: 4.º La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción...*"; y, de

(18) Al respecto, cfr. Bernabeu Pérez, I. C.: *¿Cabe ceder la adjudicación a favor del fondo de titulización de activos titular de las participaciones hipotecarias del crédito hipotecario que se ejecuta?*, en "Práctica de Tribunales, núm. 83, Sección Ejecución Civil", junio de 2011, en cuya opinión el emisor de las participaciones hipotecarias (entidad financiera) no puede ceder el remate o la adjudicación al fondo porque dicho partícipe no puede personarse en la ejecución con los mismos derechos que el emisor, entre los que se encuentra, el de ceder el remate a un tercero. Más recientemente, participa del antedicho criterio el Auto dictado por el JPI núm. 2 de los de Benidorm de 13 de junio de 2016, mediante el que se declara la nulidad del despacho de ejecución en un caso en que siendo la ejecutante la entidad bancaria la misma intentó ceder el remate al fondo de titulización, por entender la resolución que resulta completamente irregular la cesión del remate a quien realidad debería ser la parte ejecutante.

otro lado, en la concreta regulación de los Fondos de Titulización, más precisamente en el contenido del artículo 2 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo –por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de los Fondos de Titulización–, al disponer la posibilidad de incorporación a dichos Fondos de los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente y los derechos de crédito futuros respecto de los que se formalice su trasmisión contractualmente una vez acreditada de manera inequívoca la cesión de la titularidad.

Frente a la postura precedentemente expuesta concurría una posición favorable a la posibilidad de la cesión del remate a favor de los Fondos de Titulización (19), fundada asimismo, por una parte, en normas de la legislación hipotecaria, específicamente el párrafo cuarto del ya mencionado artículo 11 del Reglamento Hipotecario –según redacción dada por el también precitado Real Decreto 1867/1988, de 4 de septiembre–, que, tras la declaración contenida en el primero de los párrafos ya citado, regulaba la posibilidad de inscripción, especial por razón del sujeto, de "*los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulización hipotecaria, o de titulización de activos*", y en la que el acta de la inscripción "*se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos*", si bien dicho apartado cuarto resultó posteriormente anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 31 de enero de 2001, que, a los efectos que ahora nos interesan, dejó subsistente únicamente el antedicho párrafo primero del referido precepto (20); y, por otra, en el propio trasunto normativo de

(19) En este sentido, *vid.*, Bañón González, A. M.: *La cesión y adjudicación de bienes. Alcance de la calificación registral en los casos de adjudicación al acreedor y cesión de remate. Cesión de remate a favor de los fondos de titulización hipotecaria. Fusión o sucesión universal de la entidad acreedora. Fiscalidad de la adjudicación al ejecutante o al cesionario*, localizado en http://www.sisej.com/documentos/doc_view/1449-la-cesion-y-adjudicacion-de-bienes; y también Martínez de Santos, A.: *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria ¿puede evitarse la ruina del ejecutado?*, en "Foro Jurídico", Valencia, 2013, p. 256.

(20) No obstante lo cual conviene destacar que el argumento en que el TS basa la anulación del párrafo cuarto del artículo 11 del Reglamento Hipotecario –que, en definitiva, no hizo sino incorporar la regulación de una

los Fondos de Titulización que, a pesar de configurarse legalmente como entidades carentes de personalidad jurídica, no impide el reconocimiento a su favor de determinados derechos y la imposición a los mismos de concretas obligaciones (básicamente en el ámbito tributario), circunstancia que sirve de fundamento para demandar el reconocimiento de su personalidad jurídica –siquiera limitada- a fin de posibilitar el acceso de sus eventuales titularidades inmobiliarias al Registro de la Propiedad con el evidente y razonable propósito de ajustar la realidad tabular a la extrarregistral, exigencia innegable a los efectos de hacer efectiva la seguridad jurídica y la protección del tráfico inmobiliario.

Tal y como anticipaba, la Ley 5/2015 ofrece solución legal a la cuestión planteada, como seguidamente se significa.

3. Conclusión

Como ya quedó apuntado precedentemente, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, incorpora entre sus novedades más destacadas la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales so-

---

práctica previamente admitida en numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado por las que se venía permitiendo el ingreso tabular de las titularidades de las indicadas entidades especiales– asentaba de manera esencial en razones no tanto de índole sustantiva sino formal, vinculadas al insuficiente rango normativo de la norma reglamentaria que albergaba una modificación legislativa de la indicada envergadura. De hecho, la relevancia de la posibilidad de ingresar tabularmente la titularidad de los fondos aparece puesta de manifiesto incluso en la propia Exposición de Motivos del RD 1867/1998, en la que consta declarado lo siguiente: *"Otro de los objetivos citados de la reforma es la regulación de figuras contractuales e instituciones carentes de regulación reglamentaria, o que están necesitadas de nueva regulación por el carácter obsoleto de los preceptos referentes a las mismas o por las dificultades que se advertían en su aplicación práctica (…). Se admite (artículo 11) la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de los socios o miembros integrantes de ciertas entidades carentes de personalidad jurídica, pero que generan situaciones jurídicas intermedias merecedoras de publicidad registral, con sujeción a su régimen propio, tales como las uniones temporales de empresas, las comisiones liquidadoras, los fondos sean de pensiones, de inversión (interior o exterior) o de titulización de activos".*

bre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización, pudiéndose asimismo inscribir la propiedad y demás derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los Fondos de Titulización en los registros que correspondan (art. 16.3), expandiéndose de este modo la prerrogativa por la que se excepciona la exigencia de la tenencia de personalidad jurídica para ser titular registral (cfr. arts. 9.4.º de la LH y 11 del RH) y eliminándose la restricción que limitaba la vinculación del acceso tabular en el ámbito de los procedimientos de ejecución hipotecaria, resultando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2015 es posible la inscripción de los bienes inmuebles objeto de remate en una ejecución hipotecaria a favor de los Fondos de Titulización Hipotecaria. No obstante lo cual, tal posibilidad de acceso tabular no puede presuponer la exclusión aplicativa del principio del tracto sucesivo que conduce a considerar la legitimación registralmente acreditada de la ejecutante a los efectos de poder instar el proceso de ejecución de la garantía hipotecaria. Esta cuestión, con el resto de sus diversas implicaciones, será analizada posteriormente.

IV. EL CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL DEUDOR CEDIDO

Tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el primer párrafo del artículo 149 de la Ley Hipotecaria en su precisa mención a la cesión de la titularidad de la hipoteca, resulta del tenor siguiente: "*La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*". Con anterioridad a la indicada reforma el precepto reseñado disponía lo que sigue: "*El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro*".

Una consideración precipitada del precepto reformado pudiera conducir a considerar que con anterioridad a su modificación, además de la inscripción registral –que, en todo caso, presupone el otorgamiento de escritura pública–, para la cesión del crédito hipotecario se precisaba la notificación al deudor de la escritura de cesión, si bien, en buena lógica, más bien parecía adecuado entender que dicha notificación únicamente se hacía necesaria para que

el deudor hipotecario quedara vinculado con el cesionario (nuevo acreedor hipotecario), toda vez que así se colige de lo dispuesto en los artículos 1527 ("*el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*") y 1198 ("*el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente*" –párr. 1.º–; "*si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores*" –párr. 2.º–, "*si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión*" –párr. 3.º–) del Código Civil y de la disposición contenida en el artículo 176 del Reglamento Hipotecario ["*la inscripción de la cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley*" (21)], de tal manera que el requisito de la notificación al deudor cedido únicamente actuaba a los efectos de fundar la oponibilidad de la cesión frente al mismo que, en definitiva, no es sino un tercero ajeno al contrato de cesión.

(21) Y ello a pesar de que la aplicación de las normas generales sobre el pago realizado de buena fe determinarían la extensión de la liberación del deudor hipotecario cedido incluso en el supuesto de que la cesión no se hubiera inscrito, desde la posición que mantiene que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene carácter constitutivo. En concordancia con dicha previsión, y en el ámbito de la relación entre el emisor y el Fondo de Titulización, en el artículo 33 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, tras indicarse que extinguido el crédito hipotecario participado el titular de las participaciones conservará acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones, se declara: *"2. En su caso, al extenderse el asiento de cancelación del préstamo o crédito hipotecario participado, para lo que bastará el pago al acreedor hipotecario o cualquier otra causa legal, se cancelará de oficio la nota marginal de emisión de las participaciones", resultando que "el acta notarial de amortización o inutilización del título de participación en poder de la entidad emisora será título de la afectación, bien total, bien parcial, respecto de los amortizados o inutilizados".*

El mismo juicio apresurado, referido a la norma ya reformada, pudiera conducir a la conclusión de que, al suprimir la mención que al respecto se contenía en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, la reforma ha eliminado en todo caso el requisito de la notificación al deudor cedido a los efectos indicados. No obstante, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario (22) lo sigue previendo y también el artículo 151 de la Ley Hipotecaria (23) lo considera al hacer responsable al cedente de los posibles perjuicios que pudieran afectar al cesionario no notificado.

(22) El artículo 242 del RH dispone lo siguiente: "Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley –precepto que exonera de la necesidad de dar conocimiento al deudor así como de la constancia registral de la transferencia del "derecho hipotecario", que se entenderá transferido con la obligación o con el título, en los supuestos de transmisión de obligaciones transferibles por endoso o de títulos al portador asegurados mediante derecho real de hipoteca–". Conviene tener en cuenta que, en punto al conocimiento de la cesión por el deudor hipotecario cedido, la STS, Sala 1.ª, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, declara abusiva la cláusula de exoneración de la comunicación de la cesión del crédito hipotecario, señalando a tal efecto que, si bien es cierto que el artículo 242 del RH admite la renuncia del deudor cedido a que se le de conocimiento de la cesión del crédito hipotecario, si bien, no obstante "dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato…", entendiendo que la renuncia anticipada a la notificación participa de tal naturaleza de abusiva "en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la D.A 1.ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente".

(23) El artículo 151 de la Ley Hipotecaria resulta del tenor siguiente: *"Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta".*

En definitiva, a pesar de la supresión en el artículo 149 de la mención al requisito de la notificación al deudor cedido, e incluso considerándose la más que cuestionable diferenciación –legalmente consagrada con requisitos diversos– entre la cesión del crédito asegurado mediante hipoteca –sometida a las previsiones del artículo 1526 del CC– y la cesión de la titularidad de la hipoteca –para cuya eficacia se requiere su otorgamiento en escritura publica que debe inscribirse–, no cabe desatender el contenido de los preceptos antedichos que nos llevan a concluir la persistencia del necesario conocimiento por parte del deudor hipotecario cedido de la cesión del crédito hipotecario, por tratarse de una exigencia legal justificada (24), muy especialmente a los efectos de poder evitar el efecto liberatorio del pago realizado al originario acreedor hipotecario, toda vez que en caso contrario difícilmente se puede justificar la responsabilidad que *ex* artículo 151 de la Ley Hipotecaria incumbe al cedente por los daños y perjuicios que pudiera padecer el cesionario como consecuencia de la falta de notificación, atendiendo, además, a la circunstancia de que la apuntada renuncia cabe ser considerada como abusiva si la contratación cuestionada se verifica en el ámbito de los consumidores y usuarios (25); sin que tampoco deba desconsiderarse a tal efecto el contenido del ya referido artículo 176 del Reglamento Hipotecario que permite la cancelación de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario liquidado por el deudor al cedente mediante el documento que acredite el pago en los supuestos en

(24) En contra Carrasco Perera, A.: *No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca,* en Revista CESCO de Derecho de Consumo, marzo de 2016 (en tres páginas), al criticar la Resolución de 8 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia –y al tiempo, y por compartir fundamentación y conclusión dispositiva– también la STS, Sala 1.ª, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, ya referida-. En el mismo sentido, contrario a la necesidad de notificación al deudor cedido, se manifiesta el Banco de España, en su documento respuesta –no vinculante jurídicamente– a la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, de fecha 26 de marzo de 2015, al señalar que " …de la normativa aplicable a la titulización de préstamos no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización…".

(25) Cfr. STS, Sala 1.ª, núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, supra mencionada.

que no conste registralmente la notificación de la cesión al deudor cedido (26).

V. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA "*AD CAUSAM*" EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO EN EL SUPUESTO DE PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS Y CERTIFICADOS DE TRANSMISIÓN DE HIPOTECAS: REAPERTURA DEL DEBATE EN TORNO A LA SUBSANACIÓN DE LA TITULARIDAD REGISTRAL A LOS EFECTOS DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL EJECUTIVA. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS CESIONES HIPOTECARIAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. Planteamiento

Sabido es que la persistente crisis económica y su consecuente incremento de los impagos, afectante muy especialmente a los generados por los préstamos hipotecarios, ha determinado un aumento de las demandas ejecutivas dirigidas a la obtención del cobro de sus deudas por parte de las entidades crediticias y financieras, resultando asimismo harto frecuente que numerosos procedimientos ejecutivos tengan por objeto préstamos hipotecarios que en

(26) En este mismo sentido, de no considerar innecesaria la notificación al deudor cedido después de la reforma del artículo 149, párrafo primero de la LH por la Ley 41/2007, esta interpretación resulta precisada por Rodríguez Boix, F.: *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007*, de 7 de diciembre, en www.notariosyregistradores.com, para quien la nueva redacción del artículo 149, párrafo primero de la LH, pretende atajar la distinción entre los efectos de la cesión respecto de terceros y respecto del deudor cedido, de tal manera que la inscripción de la cesión a todos los efectos reemplaza ahora al requisito de la notificación, por lo que la referida inscripción, de ineludible verificación, surte efectos absolutos, frente a todos, también frente al deudor, resultando que, en definitiva, tras la reforma del artículo 149 de la LH, el requisito de la notificación al deudor ha quedado suprimido del precepto pero por haber sido reemplazado por la inscripción. Sin duda, esta interpretación se manifiesta coherente con el principio de eficacia positiva de la publicidad registral que presume que es por todos conocido el contenido del Registro respecto del que no se puede alegar ignorancia.

su momento fueron titulizados (27), planteándose en estos casos, como cuestión antecedente a su admisión a trámite, la determinación de la legitimación activa "*ad causam*" en los supuestos en que la demanda ejecutiva resulta interpuesta por la entidad crediticia cedente.

Desde la ineludible necesidad de resolver con carácter previo la cuestión procesal suscitada en torno a la determinación de la legitimación activa para instar la ejecución del préstamo hipotecario titulizado, por ser materia de orden público (28), se constata una em-

(27) Resultando, en tales casos, según dispone la normativa específica, que la correspondiente ejecución hipotecaria se funda en activos del Fondo de Titulización integrados de ordinario por participaciones y certificados de transmisión hipotecaria que son títulos semejantes a las participaciones hipotecarias, pero de una condición crediticia menos ventajosa, que permiten asimismo la movilización del crédito hipotecario, siendo igualmente posible hacer partícipe al tercero de la totalidad del riesgo inherente a un determinado préstamo, conservando el emisor la custodia y administración de los créditos y estando obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, y debiendo abonar al titular del certificado de transmisión hipotecaria el importe que le corresponda en concepto de capital e interés en función de su participación en el crédito y de las condiciones de emisión, incluso en el supuesto de pago anticipado (cfr. art. 26.4 del RD 716/2009, de 24 de abril), resultando asimismo normativamente señalado que el ejercicio de las acciones ejecutivas corresponde al emisor del certificado de transmisión hipotecaria que podrá ser compelido por el titular para ejercitar la acción hipotecaria, pudiendo éste concurrir con el emisor en dicha ejecución en igualdad de derechos y quedando el titular legitimado por subrogación si el emisor no inicia el procedimiento en el plazo de sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda, pudiendo subrogarse en la posición de aquél y continuar el procedimiento en caso de que la causa instada por el emisor se paralice (cfr. arts. 30 y 31 del RD 716/2009, de 24 de abril).

(28) Ciertamente, la jurisprudencia ha señalado que la falta de legitimación es un defecto insubsanable, constituyendo un presupuesto procesal apreciable de oficio también en apelación o casación (cfr., entre otras, SSTS, Sala 1.ª, 1275/2006, 824/2001 y 659/2014), y alegable incluso por el ejecutado al tiempo de plantear la oposición a la ejecución, procediendo en todos estos supuestos supuestos dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada. En este sentido, la STS, Sala 1.ª, núm. 824/2011, de 15 de noviembre, tiene declarado que "la sentencia de esta Sala núm. 1275/20006, de 13 de diciembre, recoge lo señalado por la Ley de 7 de julio de 2004, en el sentido de que "es jurisprudencia reiterada que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (senten-

brionaria corriente jurisprudencial –mejor judicial, por tratarse de la imprecisamente llamada "jurisprudencia menor"–, en expansión y a mi juicio plenamente atinada, que cuestiona la legitimación pasiva "*ad causam*" de las entidades bancarias demandantes ejecutivas en procedimientos hipotecarios fundados en créditos de la misma naturaleza que anticipadamente a su ejecución fueron titulizados (29).

---

cias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002). Y la sentencia de 15 de octubre de 2002 declara con una extensa relación de resoluciones de esta Sala (que) establecen la diferencia entre la legitimación *"ad procesum"* y la legitimación *"ad causam"* (para) expresar que la falta de ésta última para promover un proceso, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio, aunque no haya sido planteada en el período expositivo, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que llegaran a ser aplicadas no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello". Y en el mismo sentido se manifiestan las SSAP de Valencia, sección 9ª, de 2 de febrero de 2004 y de 14 de junio de 2005coincidentes en declarar lo siguiente: "La apreciación de oficio de la falta de legitimación tanto activa como pasiva viene siendo proclamada por constante jurisprudencia, como se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2002, en la que se dice "…como se recoge en la sentencia de 30 de enero de 1996 y se reitera en el laudo de26 de abril de 2001, respecto a la legitimación *"ad causam"* activa y pasiva, la primera de ellas dice literalmente: "por todo ello, el motivo se estima sin que sea óbice que la falta de legitimación *ad causam* se haya planteado en el trámite de apelación de este litigio por primera vez, pues esta Sala mantiene su doctrina, contenida en las sentencias de 17 de julio y 29 de octubre de 1992, 20 de octubre de 1993, 1 de febrero de 1994 y 13 de noviembre de 1995 de que la legitimación activa o pasiva de las partes, como cuestión ligada indisolublemente al interés legítimo que hay que poseer para accionar y ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva de tales intereses (art. 24 de la Constitución), puede ser examinada de oficio por el órgano jurisdiccional. Ninguna indefensión se ha originado a la parte recurrida que se ha defendido y que ha sido oída sobre la cuestión en la apelación, y en este recurso, por lo que siendo evidentemente de carácter jurídico, no obsta para su consideración que no saliese a relucir en el período expositivo del pleito".

(29) Cfr., entre otros, AA del Juzgado núm. 8 de Málaga, de 20 de enero de 2015, del Juzgado núm. 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015, del Juzgado núm. 6 de Arganda del Rey, de 12 de mayo de 2015, del Juzgado núm. 7 de Granollers, de 5 de octubre de 2015, del Juzgado de Instancia núm. 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016, del Juzgado núm. 4 de Collado Villaba, de 11 de marzo de 2016, y del Juzgado núm. 5 de Gijón, de

La cuestión provoca la reapertura del debate –si bien con específicas previsiones– en torno a la constancia tabular de la titularidad del crédito hipotecario en las cesiones de hipotecas, significativamente prolongado a propósito de las estructurales modificaciones bancarias –fusiones y absorciones– últimamente determinadas por la restructuración de las entidades financieras, y que empieza a resolverse desde el acertado presupuesto de que la titulización implica una cesión crediticia que "supone, de conformidad con la normativa aplicable, que *la entidad que concedió el crédito/préstamo deja de ser la acreedora del mismo, a través de su cesión al fondo de titulización*, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas (30)" (31) (el subrayado es mío).

---

13 de abril de 2016. A alguna de estas resoluciones, y a alguna otra dictada en el mismo sentido, me iré refiriendo en las siguientes páginas.

(30) Redondo Trigo, F.: *Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", núm. 753, 2016, p. 600. En este mismo sentido se manifiesta el Banco de España en la respuesta –no vinculante en términos jurídicos– emitida en fecha 26 de marzo de 2015 ante la consulta planteada por el Letrado D. Óscar Viera, al manifestar, entre otros extremos, lo que sigue: "De conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, *la titulización de un préstamo supone que la entidad que concedió el mismo deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración*..." (subrayado por mí).

(31) En definitiva, se sostiene que mediante la cesión al Fondo de Titulización del activo constituido por el crédito hipotecario la entidad crediticia cedente ha perdido su legitimación para interponer la demanda ejecutiva. Y desde esta consideración se declara que: "Se significa expresamente a la ejecutante que la misma se ha postulado en la demanda como acreedora, como titular del crédito. De tales manifestaciones se infiere que el mismo no ha sido cedido a ningún Fondo de Titulización Hipotecaria de Activos. Es evidente que *si la cesión hubiera tenido lugar, la promotora del expediente no podría actuar sino como administrador de los créditos cedidos y carecería de la legitimación que pretendió*. En consecuencia, se advierte a la acreedora mediante esta resolución que, si resultara no serlo, se declarará la nulidad de lo actuado y de inadmitirá la demanda con efectos ex tunc" (el subrayado es mío) (cfr. SAP de Valencia, Sección 9.ª, de 14 de junio de 2005, AAAP de Castellón, Sección 3.ª, de 12 de julio –núm. 133/2012– y 24 de julio –núm. 141/2012– de 2012). En este ámbito destaca el atinado razonamiento jurídico contenido en el Auto del Juzgado de Primera Instancia

2. Justificación de la necesidad de la constancia registral de la titularidad del crédito para instar la ejecución hipotecaria: de las fusiones y absorciones bancarias a la titulización hipotecaria

En efecto, la cuestión relativa a la constancia registral de la titularidad crediticia hipotecaria en las cesiones de hipotecas en orden a la determinación de la legitimación activa de la entidad ejecutante no constituye una novedad en nuestro ámbito jurisprudencial ni tam-

---

núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que certeramente analiza las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas como genuinas cesiones de créditos hipotecarios con fundamento en los siguientes argumentos o razones: "1.ª Precisamente por la cesión operada, lo único que conserva el titular de la participación es «la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo» (art. 26.3 II inc. RMH 2009; para el CTH, disp. Ad. 1.ª 7 RMH 2009). Obsérvese el inciso «en su caso», luego no siempre (como en la titularidad fiduciaria), referiéndose el caso a la cesión parcial. 2.ª El artículo 15 párr. VI LMH menciona expresamente la cesión: «La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo». En efecto, la salida patrimonial o venta incondicional es requisito indispensable para la desvinculación del riesgo de crédito de los préstamos hipotecarios, permitiendo obtener liquidez a la entidad emisora, aligerando su balance y reduciendo sus requerimientos de recursos propios. Para anotar una baja de activos financieros en el balance del cedente debe verificarse la transferencia efectiva de los derechos contractuales asociados a los activos de la entidad emisora. De forma específica para las entidades financieras, así lo dispone la Circular 4/2004 del Banco de España, norma 23.ª: «Baja del balance de los activos financieros». 3.ª Abona la tesis de que el crédito hipotecario sale del patrimonio de la entidad emisora que en el caso de concurso de la entidad emisora de la participación, el negocio de la emisión de la participación solo será impugnable en los términos del artículo 10 y, en consecuencia, el titular de aquella participación gozará de derecho absoluto de separación (art. 15 últ. LMH). 4.ª Finalmente, esta es la actual interpretación reglamentaria, lo que nos parece decisivo. La disposición adicional Segunda de la LMH efectúa una llamada reglamentaria para que el Gobierno dicte «normas complementarias para el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario». En ellas se nos dice: «Queda definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del

poco en el doctrinal, constituyendo materia ampliamente debatida en nuestras Audiencias Provinciales (32) y también en la doctrina cundiendo ya entre los autores la opinión favorable a la necesidad de que la cesión conste inscrita en el Registro de la Propiedad a los efectos de que el nuevo acreedor reúna la legitimación activa que se precisa para iniciar un procedimiento hipotecario (33).

---

crédito que se cede. Se aclara, además, que cada uno de los títulos de participación hipotecaria representa una participación en un crédito particular, no en un grupo de créditos» (Preámbulo del RMH 2009, apartado III, párr. IV). Respecto a los certificados de transmisión de hipoteca, se configuran «como una cesión de crédito al igual que las participaciones hipotecarias» (Preámbulo del RMH, apartado V, párr. I med.)".

(32) En el ámbito jurisprudencial, sintetiza el debate abierto planteado en torno al carácter constitutivo de la inscripción de la cesión de hipoteca en el Registro de la Propiedad el Auto de la AP de Madrid, Sección 25.ª, núm. 48/2014, de 14 de febrero de 2014, ofreciendo un amplio resumen de las diversas posiciones defendidas por las Audiencias Provinciales. En el mismo sentido, si bien con precisa referencia a las reestructuraciones bancarias, las distintas posiciones enfrentadas sostenidas por las Audiencias Provinciales resultan expuestas en el Auto de la AP de Madrid, Sección 14.ª, núm. 337/2014, de 18 de diciembre de 2014.

(33) Toda vez que el artículo 540 de la LECiv no resulta operativo a los efectos de subsanar la carencia de inscripción de la garantía hipotecaria a favor del ejecutante, ya que no cabe desatender a tal efecto la circunstancia de que el título ejecutivo en que se funda la ejecución hipotecaria deber ser una escritura de hipoteca inscrita a favor del ejecutante y, por consiguiente, la legitimación no admite ser acreditada por vía distinta a la de la inscripción registral, atendiendo, además, a la previsión legal de que el *"procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo"* (art. 130 de la LH). Al respecto, *vid.*, por todos, Andesrson, M.: *La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica*, en Diario La Ley, núm. 5606, de 6 de septiembre de 2002; Oria de Rueda y Elía, G. A. y Molins García-Atance, M.: *Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios y de otras consideraciones,* en "Revista de Derecho Inmobiliario, El Derecho, núm. 5, de febrero de 2013; Iglesias García-Vilar, M.: *Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria*, Diario la Ley, núm. 8409, Doctrina, de 29 de octubre de 2014; y Pujol Capilla, P.: *Fusiones bancarias,*

En el ámbito del proceso de reestructuración bancaria la proliferación de supuestos de fusiones o absorciones de entidades crediticias ha venido generando abundantes casos en que se pretende el acceso al Registro de la Propiedad de actos otorgados por las entidades resultantes cuando los inmuebles o derechos sobre los mismos persisten inscritos a nombre de la entidad absorbida y, en el mismo sentido, en numerosas ocasiones la entidad resultante pretende la interposición de la demanda ejecutiva cuando en la escritura de constitución de la hipoteca sigue apareciendo como sujeto activo de la misma la entidad originaria. Y es precisamente al tiempo de examinar la demanda y los documentos que la acompañan cuando el órgano jurisdiccional debe apreciar de oficio los requisitos procesales necesarios en orden a su admisión, entre los que destaca la legitimación de la parte actora (art. 551.1 de la LECiv), fundada en la constancia de la titularidad de su derecho en el Registro de la Propiedad, de tal manera que si por cualquier título hubiera tenido lugar la cesión del crédito hipotecario la misma debe haber sido objeto de inscripción registral, tal y como se desprende de la literalidad del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 1/2007, de 7 de diciembre (34), toda vez que la sucesión universal entre entidades de crédito inscrita en el Registro Mercantil determinante de la transmisión en bloque del patrimonio de la entidad cedente a la sociedad sucesora, incluso mediando cambio de titularidad en todos los créditos –hipotecarios o no–, no asegura que el ejecutante del derecho real de hipoteca inscrito sea su titular, pues producida la sucesión universal el crédito hipotecario puede ser objeto de sucesiva transmisión por compraventa u otro negocio jurídico y la tenencia de la escritura de constitución de hipoteca no legitima por sí sola al acreedor hipotecario para el dictado del despacho de ejecución toda vez que el artículo 150 de la Ley Hipotecaria constriñe esta circunstancia a las hipotecas constituidas en

¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria?, en Diario La Ley, núm. 8376, Doctrina.

(34) A cuyo tenor: *"El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad".*

garantía de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador.

Y por cuanto se refiere a los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que declara la efectividad de la cesión con la mera inscripción de la misma en el Registro Mercantil, debe precisarse que dicha consecuencia en modo alguno puede reemplazar a la inscripción de la titularidad del concreto crédito en el Registro de la Propiedad (35), pues el despacho de ejecución habi-

(35) Y así, en los supuestos en que el objeto de la cesión sea un crédito asegurado mediante garantía real hipotecaria se hace preciso diferenciar entre la efectividad de la transformación estructural de la sociedad a través de la fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, determinante de una sucesión universal en la totalidad de su patrimonio o en una parte del mismo –cfr. arts. 22, 69 y 81 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que se verifica a través de la inscripción en el Registro Mercantil, tal y como exigen los arts. 47 y 89.2 de la Ley 3/2009, que, en todo caso, tiene carácter constitutivo, según ha declarado la STS, Sala 3.ª, de 21 de mayo de 2012, y las demás que la misma cita– y la modificación del titular del derecho real de hipoteca que en todo caso debe constar en el Registro de la Propiedad a los efectos de la iniciación de un eventual procedimiento ejecutivo hipotecario por parte del cesionario toda vez que, aunque la inscripción de la transformación societaria en el Registro Mercantil resulta suficiente para adquirir eficazmente el crédito hipotecario, tal inscripción no basta para poder instar una ejecución hipotecaria, de manera que tanto en los supuestos de cesión crediticia como en lo casos de traspaso en bloque por sucesión universal o fusión por absorción es preciso practicar la inscripción registral del cambio en la titularidad de la garantía hipotecaria a fin de que se pueda realizar la misma a través de su procedimiento específico. Y en tal sentido no cabe apelar al contenido del artículo 71 de la Ley 3/2009 –a cuyo tenor, *"se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias"*– con el propósito de reservar la exigencia del requisito de la inscripción a los supuestos de cesión individual –que no universal– en los que opera una transmisión en bloque de todos los créditos pues la norma precitada no contiene previsión alguna acerca de la acción ejecutiva hipotecaria, lo que permite concluir que en los supuestos de fusión por absorción la inscripción de la transformación societaria en el Registro Mercantil es suficiente para adquirir el crédito hipotecario pero no para el ejercicio de la acción ejecutiva específica ex art. 681 y siguientes de la LECiv. No obstante

tualmente se pretende en una fase muy posterior a la sucesión verificada y si bien en algunos supuestos de ejecución hipotecaria ambas cualidades pudieran coincidir en el ejecutante, sin duda, tras la reforma del sistema financiero la inseguridad sobre este particular resulta notoria por cuanto que en el momento de despachar ejecución se desconoce la realidad extratabular del crédito que se pretende ejecutar, concurriendo, además, otros argumentos legales para entender que, con carácter general, la acreditación de la titularidad del específico crédito que se ejecuta únicamente se determina mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del ejecutante, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 149 y 130 de la Ley Hipotecaria. Y así proceden ser interpretadas las disposiciones contenidas en los dos primeros apartados del artículo 540 de la LECiv, al establecer que: "*1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. 2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al Tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el Tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados*".

---

lo expuesto, conviene significar que la DGRN admite en el procedimiento ejecutivo hipotecario la posibilidad de expedir la certificación de cargas incluso en el supuesto de que todavía no se haya producido el ingreso en el Registro de la Propiedad de la sucesión en la titularidad crediticia hipotecaria a favor del cesionario, si bien en tales supuestos el Registrador de la Propiedad debe advertir de tal circunstancia al expedir la certificación de cargas con el propósito de que se practique la inscripción a favor del cesionario –solicitante– de forma previa o simultánea a la inscripción del decreto de adjudicación (cfr. Res. de la DGRN de 2 de octubre de 2013), circunstancia no extensiva al ámbito de la ejecución extrajudicial notarial en que, atendidas sus peculiares características, se mantiene la imposibilidad de expedir la certificación de cargas a instancia de quien no aparezca como titular registral de la hipoteca, sin perjuicio de que este defecto pueda subsanarse mediante la aportación de la documentación precisa a los efectos de que se haga constar registralmente la sucesión (cfr., por todas, las Res. de la DGRN de 19 de marzo, 2 de octubre y 11 de octubre, todas ellas de 2013).

En mi opinión, toda vez que no es posible acreditar fehacientemente la titularidad del crédito hipotecario por medio diverso de la certificación registral de la inscripción de la hipoteca a favor del ejecutante, la carencia de constancia tabular determinaría la inaplicabilidad del apartado tercero del artículo 540 de la LECiv cuya mención a los documentos que no se consideran suficientes debe entenderse referida a los -precitados- documentos fehacientes (36). Y la aplicación del artículo 540 de la LECiv debe imponerse atendida la especialidad del proceso de ejecución sobre bienes hipotecados que implica la exigencia de la observancia de un rigor ineludible en el cumplimiento de las formalidades prevenidas en los artículos 685, 688, siguientes y concordantes, de la Ley Procesal (37). Ciertamente, considerada la antedicha circunstancia, tras la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 un amplio sector doctrinal se manifiesta a favor del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario (38),

(36) El artículo 540.3 de la LECiv resulta del tenor siguiente: *"Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario Judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a lo solos efectos del despacho de la ejecución".*

(37) Cuestión diversa sería la situación que se plantea cuando el ejecutante opta por el ejercicio de una acción personal mediante la vía procedimental que le permite la ejecución ordinaria pues en tal caso nada impediría justificar documentalmente la cesión crediticia ex artículo 540 de la LECiv.

(38) Cfr., por todos, García García, J. M., en "Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil", Navarra, 2010 (31.ª ed.), p. 292, al señalar que por cuanto se refiere a la inscripción de la cesión del crédito hipotecario debe entenderse que la misma es constitutiva "pues el artículo 1875 del Código Civil alude a "las formalidades previstas por la Ley", que indudablemente es la Ley Hipotecaria, con esa doble exigencia para "posibilitar" la cesión del crédito hipotecario, y que respecto a la inscripción sería la inscripción constitutiva prevista en general en el artículo 1875 del Código Civil y en el artículo 145.2 LH"; Parra Lucán, M.ª A.: *Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", núm. 711, enero-febrero de 2009, pp. 321 y ss., quien precisa que con la redacción que da al artículo 149 de la LH la Ley 41/2007, "resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no

si bien algún autor se expresa defendiendo la posición contraria (39).

Pero es que, además, en las ejecuciones hipotecarias concurre la circunstancia de que el ingreso tabular del decreto de adjudicación presupone necesariamente la inscripción previa de la garantía hipotecaria a favor del ejecutante. Así lo tiene declarado reiteradamente

---

comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca sólo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular…"; Iglesias García-Villar, M.: *Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria,* en "Diario La Ley", núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014; y Blanco Pérez-Rubio, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca,* Madrid, 2009, p. 77 y ss., explicando que el artículo 149 de la LH, tras la modificación operada por la Ley 41/2007, "al haber disociado la transmisión del crédito de la transmisión de la hipoteca o, lo que es lo mismo, al haber distinguido entre la cesión del crédito garantizado con hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca, somete a aquélla a las reglas de la cesión de créditos establecidas en el artículo 1526 del Código Civil, mientras que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad", resultando de ello que "el cesionario, nuevo acreedor del crédito, no será también titular de la hipoteca que garantiza dicho crédito, es decir, no se habrá convertido por la simple perfección del contrato de cesión en el nuevo acreedor hipotecario. Para que esto suceda es requisito imprescindible que la cesión de la titularidad de la hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro, tal y como se establece, con carácter imperativo, el nuevo artículo 149.I LH. Hasta que esto se produzca, el titular registral del derecho real de hipoteca continuará siendo el cedente".

(39) Carrasco Perera, A.: *Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3.ª ed., p. 932 y ss., quien señala que si la pretensión de la reforma operada por la Ley 41/2007 sobre el artículo 149 de la LH "era dotar de carácter constitutivo a la inscripción de la cesión, lo cierto es que esta finalidad ha resultado totalmente frustrada, pues precisamente la aplicación del régimen establecido en el artículo 1526 del Código Civil comporta la transmisión de la hipoteca como accesorio del crédito sea cual sea la forma en que haya tenido lugar la cesión del crédito…".

la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (40), a diferencia de lo que acontece en las anotaciones preventivas de embargo en que se considera que a pesar de no constar en el Registro de la propiedad la cesión del crédito del acreedor embargante

(40) Al respecto, el Centro Directivo justifica esta posición ya no en los artículos 1526 del CC y 149 de la LH sino prevalentemente en el principio registral del tracto sucesivo. Y en este sentido se considera superfluo entrar a considerar el debate acerca del carácter constitutivo o declarativo de la inscripción de la cesión de la hipoteca, así como el prejuzgar sobre la vigencia o no de la doctrina jurisprudencial resultante de las Sentencias de la Sala 1.ª del TS de 29 de junio de 1989, 23 de noviembre de 1993 y 4 de junio de 2007, si bien se manifiesta que todas ellas se encuentran referidas a supuestos fácticos previos a la vigente Ley Procesal que otorgó nueva redacción al artículo 130 de la LH, a cuyo tenor *"el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".* Por otra parte, resulta evidente que las resoluciones mencionadas se limitan a excluir la necesidad de la inscripción de la cesión crediticia hipotecaria en relación con su eficacia en el específico ámbito de las relaciones entre el cedente y el cesionario pero no en el atinente a las que se generan frente a los terceros titulares de cargas posteriores o terceros poseedores de los bienes hipotecarios (cfr. arts 32, 144 y 149 de la LH). En definitiva, la DGRN viene a establecer que, incluso prescindiendo del carácter constitutivo de la inscripción de la cesión crediticia hipotecaria, tal posición no determina necesariamente el que se pueda obviar la necesidad de su constancia tabular, toda vez que la inscripción de la titularidad del crédito hipotecario en favor del ejecutante o de su sucesor, en la manera en que se determina en el artículo 16 de la LH, integra el único elemento que permite que puedan acceder al Registro de la Propiedad las sucesivas vicisitudes que afecten procedimentalmente –o bien de manera extrajudicial– al bien hipotecado. Por lo que se concluye que el decreto de adjudicación no podrá ingresar tabularmente sin que conste la previa inscripción de la cesión realizada a favor del subrogado en la posición del titular registral del derecho real de hipoteca. No obstante lo cual, en el ámbito de las operaciones societarias verificadas en el seno de un proceso modificativo de las estructuras de las entidades integrantes del sistema financiero reguladas por los RD-Leyes 11/2010, de 9 de julio, 2/2011, de 18 de febrero y de 18/2012, de 11 de mayo, y específicamente en los supuestos de sucesión de la entidad acreedora es posible la admisión de un tracto sucesivo abreviado por aplicación de la D.A 2.ª de la Ley 8/2012, de 30 de octubre sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, que en su párrafo 1º dispone que en los supuestos en que se requiera la previa inscripción de traspasos de activos financieros o inmobiliarios como consecuencia de operaciones

a favor del tercero no concurre impedimento alguno para acordar la prórroga de la anotación de embargo ni tampoco para la inscripción del decreto de adjudicación cuando la misma se verifique a favor del cesionario (41), sin perjuicio de que la sucesión procesal en la posición del anotante –valorada judicialmente *ex* art. 540 de la LECiv– pueda ser objeto de anotación marginal en la propia anotación de embargo (42). Y es que resulta irrefutable que, atendidos tanto su carácter sumarial –desprovisto de fase cognitiva– como la función tuitiva del ejecutado que preside la vía ejecutiva ahora considerada (43), el procedimiento ejecutivo hipotecario resulta de naturaleza esencialmente registral, habida cuenta del carácter constitutivo de la inscripción (arts. 1875 del CC y 130 y 145 de la LH), único elemento que permite, pues, la acreditación de la legitimación activa de la ejecutante (44).

---

de saneamiento y restructuración de entidades financieras todas las transmisiones realizadas se verificarán necesariamente en un solo asiento. En relación con esta cuestión y como más significativas manifestaciones de la posición mantenida por el Centro Directivo, cfr., por todas, las Resoluciones de la DGRN de 28 de agosto de 2013, 2 de octubre de 2013, 10 de octubre de 2013 y 9 de octubre de 2014. Más recientemente, recogiendo la doctrina precedentemente expuesta de manera reiterada en las resoluciones ya mencionadas, se ha manifestado la Resolución de 11 de julio de 2016, de la DGRN (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59153-59161), en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Nájera, por la que se suspende la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

(41) Cfr. Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2014.

(42) Cfr. Resolución de la DGRN de 29 de junio de 2013.

(43) Contra el que únicamente se podrá accionar en los precisos términos y circunstancias contenidos en los asientos registrales (cfr. Res. DGRN de 19 de marzo de 2013).

(44) Desde esta consideración el artículo 688.1 de la LECiv dispone que cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados de la certificación registral debe resultar no sólo que la hipoteca subsiste sino que la misma se encuentra inscrita a favor del ejecutante y sin haber sido cancelada. Y la disposición contenida en el artículo 685.2 de la Ley Procesal previene que para la ejecución del título constituido por una hipoteca inscrita a instancia del cesionario el Registro no puede obviar la publicación del derecho adquirido, resultando imprescindible la inscripción a los efectos de integrar el título ejecutivo del cesionario. Por otra parte, la carencia de constancia tabular de la hipoteca objeto de cesión puede generar problemas de muy

A mi juicio debe sostenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad, y ello básicamente por el propio tenor del artículo 149 de la Ley Hipotecaria tras la modificación producida por la Ley 41/2007, habida cuenta de la incorporada diferenciación entre la cesión del crédito hipotecario y la del derecho real de hipoteca –inescindibles prácticamente–, toda vez que respecto de la primera se dispone que "*podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil*", resultando que por cuanto se refiere a la "*cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*" (45). Si bien es cierto que, de

diversa índole derivados de la posibilidad de abonar el crédito garantizado a quien aparezca como titular registral una vez ya verificada la cesión sin que, como ya he apuntado, la circunstancia de que se haya consumado una transmisión en bloque pueda asegurar que el cesionario resulte ser el titular del derecho real de hipoteca toda vez que tras la cesión el derecho real ha podido ser objeto de sucesiva transmisión.

(45) Por su parte, el artículo 244 del RH establece que la cesión del crédito hipotecario se consignará en el Registro de la Propiedad a través de una nueva inscripción a favor del cesionario excepto en los supuestos a que se refiere el artículo 150 de la LH –regulador de las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador). Pero es que incluso en la hipótesis –por mi no compartida– de considerar que la inscripción de la cesión crediticia hipotecaria mantiene un carácter meramente declarativo no es posible asumir que el cesionario cuyo derecho no ha ingresado en el Registro de la Propiedad va a poder ejercitar la acción hipotecaria que es accesoria del crédito que se ha adquirido (art. 1528 del CC) al amparo del reconocimiento de una titularidad reconocida extra tabularmente. En tal sentido, el Auto de la AP de Barcelona, Sección 11.ª, núm. 279/2014, de 27 de noviembre, declara lo que sigue : "La ejecución no viene determinada por el crédito en sí sino por la titularidad de la hipoteca, y porque el título reúna los requisitos legales y no puede despacharse ejecución si en el título no figura el ejecutante y no se ha inscrito registralmente quien ocupa el puesto del prestamista". Es decir, que por encima de la consideración de que la inscripción de la hipoteca tenga o no carácter constitutivo –en mi opinión incuestionable– resulta que la inscripción registral es un presupuesto ineludible a los efectos de poder acudir a la vía ejecutiva hipotecaria, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria presenta unas condiciones legales perfectamente definidas en cuyo ámbito el título ejecutivo en que el mismo se funda debe ser una escritura de constitución de hipoteca inscrita a favor del ejecutante, y a pesar de que la cesión credi-

mantenerse el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro de la Propiedad por aplicación de la disposición contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, resulta de difícil inteligencia la previsión contenida en el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril –por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero– que tras declarar –en su Exposición de Motivos, como ya anticipé– que las participaciones hipotecarias y los certificados de transmisión de hipotecas son auténticas cesiones de créditos, no obstante rechaza la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de las participaciones hipotecarias a no ser que vayan destinadas a inversores no profesionales (cfr. art. 29), impidiendo asimismo, pues, el ingreso tabular de los certificados de transmisión de hipotecas toda vez que los mismos únicamente pueden estar destinados a inversores profesionales. Sin duda, la indicada contradicción no es más que el reflejo de la evidente descoordinación existente entre las normas financieras y las hipotecarias en la materia que nos ocupa. Lo que permite concluir, atendido el principio de jerarquía normativa, y frente al contenido de la prevalente disposición legal, la ineficacia de la norma reglamentaria que, además, repercute negativamente en interés del deudor hipotecario que habitualmente desconoce la identidad del titular de la correspondiente participación hipotecaria, lo que le ubica en una innegable posición de indefensión a los efectos de poder interesar la nulidad de actuaciones por falta de legitimación activa en el procedimiento ejecutivo hipotecario que resulta instado por el emisor de las participaciones hipotecarias (cedente del crédito titulizado) y no por el titular de las mismas (Fondo de Titulización), y ello cuando no se ha respetado la previsión en orden a la legitimación a que se refiere el artículo 31 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril.

---

ticia –del crédito garantizado mediante la hipoteca– se consolide al margen del Registro de la Propiedad resulta que el ejercicio de la acción real hipotecaria por parte del cesionario siempre requiere de la previa inscripción de su derecho ya que el sistema del folio real, vigente en nuestro Derecho (art. 243 de la LH), exige que todas y cada una de las vicisitudes afectantes a un inmueble, entre las que sin duda se encuentra la cesión de la garantía real hipotecaria, consten tabularmente.

En todo caso, lo esencial es que, en los casos de participaciones hipotecarias y certificados de transmisión de hipotecas, la titulización implica que la entidad cedente deja de ser la acreedora del crédito cedido al fondo de titulización y que, en buena aplicación de la normativa vigente, dicha cesión para ser eficaz jurídicamente debiera constar registralmente(46), y ello a pesar de la previsión financiera en contra (art. 29 del RD 716/2009, de 24 de abril) que en modo alguno puede desvirtuar la conclusión que permite rechazar la legitimación activa "*ad causam*" de la entidad originaria que ya no es la acreedora hipotecaria.

3. Consecuencia

Sentado cuanto antecede, y ante el panorama normativo descrito, una reciente corriente judicial resuelve atinadamente la cuestión de la legitimación activa "*ad causam*" aplicando la solución de negársela a la entidad crediticia cedente, por entender que la titulización implica una cesión del crédito determinante de que la acreedora originaria pierda tal condición a favor del Fondo de Titulización. A la revisión de esta argumentación, últimamente en expansión, dedico el tramo final de este trabajo.

Y así, por tratarse de una resolución paradigmática, me refiero seguidamente al contenido del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015 que aborda la materia relativa a la legitimación activa en la ejecución hipotecaria cuando concurre emisión de participaciones hipotecarias, cuestionando la legitimación procesal para instar la ejecución hipotecaria en aquellos supuestos en los que el crédito hipotecario originario ha sido cedido a un tercero (Fondo de Titulización). En el supuesto de hecho considerado se resuelve la oposición planteada por una persona física frente al despacho de ejecución decretado contra los

(46) Sin que a tal efecto resulte oponible la circunstancia de que el Fondo de Titulización carece de personalidad jurídica, toda vez que el artículo 16.3 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial, permite –como ya se ha anticipado– la inscripción registral del dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización y, por otra parte y además, en todo caso la Sociedad Gestora de los Fondos de Titulización sí que tiene atribuida personalidad jurídica.

deudores hipotecarios y fiadores al objeto de proseguir la ejecución conforme a las normas ordinarias aplicables, en la que se alegaba, entre otros motivos, la circunstancia de que la entidad ejecutante había cedido el crédito en cuestión a un Fondo de Titulización Hipotecaria que habría adquirido el inmueble a un precio inferior al remate, planteándose defecto de legitimación de la ejecutante por corresponder la misma, en su caso, al Fondo. Por su parte, la entidad ejecutante, en su escrito de impugnación a la oposición planteada de contrario, defendía su legitimación activa fundada en el encargo de la propia cesionaria con poderes concedidos al efecto. En sus razonamientos jurídicos el Auto ahora considerado declara que quien ha transmitido un derecho carece de disposición sobre el mismo y no puede constituirse en accionante para defender aquello de lo que se ha desprendido y sobre lo que ninguna disposición tiene. En consecuencia, planteada la legitimación como una cuestión preliminar sobre el fondo de la controversia en relación con la acción ejercitada que corresponde a favor de quien acude a la jurisdicción en virtud del derecho que le compete, se niega a la ejecutante –otorgante del crédito hipotecario– el derecho al ejercicio de la acción por haberlo transmitido a un tercero, interpretando que acción y derecho son inseparables y declarando que aunque la denominada "legitimación por sustitución" está procesalmente admitida por la Ley en determinados supuestos, no resulta aplicable en el supuesto de una cesión de crédito hipotecario, toda vez que la representación legal del Fondo de Titulización Hipotecaria corresponde a su Sociedad Gestora al tratarse aquél de un ente sin personalidad jurídica, por lo que debe comparecer en juicio por medio de las personas que ejerzan dicha representación. Por consiguiente, se concluye que el Fondo de Titulización Hipotecaria es el único legitimado en el caso de adquisición total del crédito, pues dicha cesión integral comporta que la legitimación ordinaria para las acciones que se derivan de la titularidad del crédito hipotecario corresponde al Fondo, resultando que la entidad emisora (titular original) sólo es una cedente sin legitimación, salvo que la normativa le otorgara una legitimación extraordinaria, y esta conclusión, fundada en el principio de legalidad procesal, prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo de Titulización Hipotecaria. Desde la anterior consideración, y atendida la circunstancia de que el Fondo cesionario no se personó en el proceso invocando la legitimación

derivada por sustitución extraprocesal con carácter previo a la demanda de ejecución, interesando por sí mismo la prosecución de la ejecución con fundamento en la previsión contenida en el artículo 540 de la LECiv, se concluye que no concurre el supuesto de sustitución procesal por transmisión del objeto a que se refiere el artículo 17 de la Ley Procesal ni tampoco nos hallamos ante un supuesto de intervención voluntaria en un proceso válidamente incoado por la entidad emisora. En definitiva, puesto que la falta de legitimación –a diferencia del defecto de representación, voluntaria o legal– es insubsanable y el defecto de dicho presupuesto debe ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional es por lo que, al tratarse de un defecto procesal esencial, procede dictar auto dejando sin efecto la ejecución despachada, si bien el Fondo de Titulización Hipotecaria, como parte legitimada, podrá presentar, si a su derecho conviniere, a través de su Sociedad Gestora, una nueva demanda ejecutiva complementaria de conformidad con las normas ordinarias aplicables a toda ejecución (47).

Participando de la conclusión alcanzada, con fundamento en semejantes argumentos se manifiestan, entre otras muchas resoluciones recientes (48), los Autos del Juzgado de Primera Instancia

(47) Y así, a modo de conclusión, el apartado E) del F.Jco 3.º declara "que en supuestos, como el presente, en los que la participación del partícipe en el préstamo hipotecario es total, la entidad emisora de la participación hipotecaria carece de legitimación para instar el despacho de la ejecución complementaria (art. 579.1 LEC)", lo que "prevalece sobre los pactos que en esta materia pudieran existir entre la entidad emisora y el Fondo partícipe, por el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC)", lo que acontece "con independencia de que ni siquiera el modo de ejercicio por la ejecutante de la acción hipotecaria y las personales complementarias se ajusta a la legislación especial, porque no acredita la compulsión del Fondo a la ejecución. La comparecencia de la ejecutante se arregla a la escritura de constitución del Fondo, por la que se otorga un poder … contra los deudores hipotecarios. En el presente proceso y en la ejecución hipotecaria antecedente, la ejecutante se ha presentado actuando en nombre propio (hasta el punto de aparentar una cesión de la adjudicación al verdadero dueño del crédito y beneficiario de la garantía (según la tesis de la participación hipotecaria como cesión), con lo que la entidad emisora se ha extralimitado del ámbito de su apoderamiento".

(48) No obstante lo cual, este criterio ya resultó defendido por resoluciones menos recientes entre las que destaca la SAP de Valencia, Seccion 9.ª, de 14 de junio de 2005 y los AAP de Castellón, núm. 133/2012, de 12

núm. 2 de Barcelona de 20 de enero de 2016 (49), del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón de 13 de abril de 2016 (50), del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Benidorm de 10 de junio de 2016 (51), del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

---

de julio de 2012 (rollo de apelación civil 428/2012), y núm. 141/2012, de 24 de julio de 2012 (rollo de apelación civil 429/2012).

(49) Auto núm. 24/2016, del JPI núm. 2 de Barcelona, de 20 de enero de 2016. En esta resolución, en la que supuestamente se produce una cesión total del crédito hipotecario, se significa que por la entidad cedente –ejecutante– no consta aportada documentación alguna al respecto "a cuyo alcance estaba, desconociéndose del todo la naturaleza, condiciones, plazo y partes de la operación realizada en la citada fecha en relación con el préstamo de autos, no constando tampoco el acceso al Registro en su caso de dicha hipotética participación hipotecaria", advirtiéndose igualmente que, "de haber existido una cesión o transmisión del préstamo garantizado…, concurriría la falta de legitimación activa alegada por los ejecutados en la entidad cedente del crédito al no ser éste titularidad de la misma en el momento de ejecución de la hipoteca que lo garantizaba", toda vez que, "siendo que el procedimiento de ejecución hipotecaria está encaminado a obtener la satisfacción de la deuda garantizada con hipoteca (artículo 861 de la LEC), dicho derecho real no es independiente sino accesorio o vinculado al crédito que garantiza, exigiendo de hecho el artículo 685.2º de la LEC la aportación precisamente del título del crédito…", y "de haberse producido la meritada cesión del préstamo hipotecario en su día suscrito…, la ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su ejecución, incluida la hipotecaria …" (F.Jco 2.º).

(50) Auto 67/2016, del JPI núm. 5 de Gijón, de 13 de abril de 2016. En el que, en el contexto de una cesión total, se concluye la falta de legitimación activa de la ejecutante, toda vez que "al haberse producido una cesión a tercero del préstamo hipotecario en su día suscrito por los ejecutados…, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo y, con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria" (F.Jco 3.º), significando, además, ser ésta la tesis mantenida por el Banco de España, por lo que "se debe apreciar falta de legitimación activa por no ostentar … la condición de parte legítima conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (F.Jco 3.º).

(51) Auto 221/2016, del JPI núm. 1 de Benidorm, de 10 de junio de 2016. En este Auto se declara que: "En la cesión total de los derechos de crédito, en su caso, la legitimación ordinaria para las acciones que derivan del crédito hipotecario correspondería al partícipe, no teniendo legitimación la entidad emisora, que es la ejecutante en el presente procedimiento. La entidad emisora no ha cedido a un tercero una parte o participación de sus derechos hipotecarios, sino que se agrupan en varios préstamos hipoteca-

núm. 2 de Moncada de 15 de junio de 2016 (52), del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Villajoyosa de 11 de julio de 2016 (53), y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Herrera del Duque de 6 de julio de 2016 (54). Y así se viene entendiendo que si la entidad emisora no ha cedido una parte de sus derechos hipotecarios sino que sus participaciones se han transferido en su totalidad a un Fondo de Titulización no resulta de aplicación la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley de Mer-

---

rios, y se ceden en su totalidad a un Fondo de Titulización de Activos, por lo que no se puede aplicar el art. 15 de la Ley de Mercado Hipotecario, ni el art. 16 y 65.3 RD 685/82, que solamente tendrían sentido cuando se cediera una porción de derechos de créditos, y que en todo caso se debería repartir conforme cada participación la parte que le pudiera corresponder al partícipe y al cedente", de tal manera que, al haberse producido una cesión del préstamo hipotecario a un tercero, la ahora ejecutante habría perdido su condición de titular acreedor del préstamo, y con ello, también las acciones destinadas a su restitución, incluida la hipotecaria. A tenor del art. 149 LH el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte conforme el art. 1526 CC, subrogándose el cesionario en todos los derechos del cedente. Por su parte, el art. 1528 Cc expone que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorio, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio" (F.Jco 1.º).

(52) Auto núm. 129/2016, del JPII núm. 2 de Moncada, de 15 de junio de 2016. Por considerar que, partiendo de la existencia de una cesión de créditos determinada por la titulización "a la luz del derecho positivo sólo está legitimado para ejercer a acción ejecutoria el titular del préstamo de garantía hipotecaria y no siendo el ejecutante procede estimar la excepción planteada por la ejecutada" (F.Jco 1.º).

(53) Auto 339/2016, del JPII núm. 2 de Villajoyosa, de 11 de julio de 2016. En esta resolución, que resuelve un supuesto de hecho en el que ya había recaído dictado del despacho de ejecución, acreditada la cesión de créditos determinada por la titulización, se concluye que "el despacho de ejecución a favor de quien no ostenta la condición de parte legitimada debe considerarse nulo por no haberse seguido las normas esenciales del procedimiento al faltar uno de los requisitos fundamentales de la acción ejercitada, como es que la entidad demandante no era titular del crédito que pretendía ejecutar (causa de nulidad del art. 225.3.º)" (F.Jco 3.º).

(54) Auto 54/2016, del JPII núm. 1 de Herrera del Duque, de 6 de julio de 2016. El Auto aprecia la falta de legitimación activa de la entidad ejecutante, toda vez que "la escritura revela que la transmisión del préstamo ha sido del 100% por lo que nos encontramos ante un supuesto de cesión total del crédito en el que el cedente ha perdido toda su legitimación quedando como único legitimado ordinario el cesionario" (F.Jco 2.º).

cado Hipotecario que únicamente resulta aplicable en el supuesto de que se haya cedido una porción de los derechos de crédito, toda vez que sólo si el cedente se reserva una parte del crédito cedido encuentra justificación que el indicado precepto disponga que el titular de la participación pueda concurrir, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación, sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. De tal manera que si se cede todo el crédito no hay participación respectiva entre cedente y partícipe justificativa de la circunstancia de que ambos sujetos concurran en la ejecución a los efectos de cobrar en función de su parte, ya que si la cesión del préstamo hipotecario a un tercero es total el cedente habrá perdido su condición de titular acreedor del préstamo y con ello también las acciones dirigidas a su restitución, entre las que se incluye la acción hipotecaria, pues a tenor de la disposición contenida en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte conforme al artículo 1526 del Código Civil subrogándose el cesionario en todos los derechos del cedente, disponiendo por s u parte el artículo 1528 del mismo cuerpo legal que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, tales como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio. En definitiva, siendo total la cesión (circunstancia que acontece en la generalidad de las titulizaciones) la legitimación ordinaria para el ejercicio de las acciones derivadas del crédito hipotecario resulta atribuida al Fondo de Titulización, toda vez que la entidad emisora deviene en una cedente sin legitimación alguna, salvo que la ley le confiera legitimación extraordinaria en el procedimiento hipotecario (55), circunstancia imposible en un proceso ejecutivo posterior que resulte iniciado al amparo de la previsión contenida en el artículo 579 de la LECiv pues, agotada la vía de la acción hipotecaria, no hay precepto alguno que otorgue

(55) Tal y como considera alguna resolución. Cfr. Auto del Juzgado de 1.ª instancia núm. 1 de Fuenlabrada, de 6 de marzo de 2015.

legitimación a los efectos de incoar una ejecución ordinaria con fundamento en un derecho que ya ha resultado cedido en su integridad (56).

Por su parte, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de Barcelona de 3 de mayo de 2016, si bien se declara que desde que se produjo la cesión el titular del crédito es el Fondo de Titulización, no se le niega la legitimación a la entidad cedente ejecutante que, además de seguir apareciendo como titular registral del crédito, ha actuado como custodia, administradora y gestora del crédito, estando por ello obligada a realizar todos los actos necesarios para su efectividad (57).

Para concluir, debe señalarse que, contrariamente a las resoluciones precitadas, otras, partiendo de la premisa de que la titulización no supone venta ni cesión del crédito, consideran que la entidad emisora es la única legitimada en el procedimiento ejecutivo hipotecario (58). Desde esta consideración mantiene una posición favorable al

(56) Como se declara en el auto del Juzgado de 1ª instancia de los de Picassent de 15 de marzo de 2016: "Ello refuerza la tesis de que, en casos de cesión total, la legitimación procesal de la entidad emisora es de carácter extraordinario pues, en caso contrario, se regularía, además de la legitimación para el proceso de ejecución hipotecaria, la propia del proceso declarativo o de otros procesos de ejecución. O lo que es lo mismo, si se entendiera por el legislador que la legitimación ordinaria es de la entidad emisora, le habrá bastado con mencionar que ésta tienen la posibilidad de ejercitar las acciones judiciales correspondientes. Sin embargo, no es esto lo que ocurre ya que menciona los supuestos procesales únicos en que el Banco puede interponer acción y lo limita al proceso de ejecución hipotecaria (…). Por todo ello, procede declarar la falta de legitimación activa de la parte ejecutante ex artículo 579 de la LECiv y, en consecuencia, archivar el procedimiento".

(57) Sentencia núm. 88/2016, del JPI núm. 54 de Barcelona, de 3 de mayo de 2016. Así, se concluye que desde la fecha de la titulización del crédito hipotecario el titular del mismo fue el Fondo de Titulización en virtud de la cesión efectuada, si bien la ejecutante mantuvo la titularidad registral y la custodia, administración y gestión del crédito como emisor del mismo estando obligada por ello a realizar todos los actos necesarios para su efectividad y buen fin, siendo, además, la única suscriptora de los bonos emitidos por el Fondo (F.Jco 6.º).

(58) Este criterio hace aguas desde la sola consideración de la regulación legal toda vez que el tenor del tantas veces mencionado artículo 15 de la Ley de Mercado Hipotecario expresamente se refiere a la existencia

reconocimiento de la legitimación activa a favor de la entidad cedente ejecutante el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 17 de septiembre de 2015 (59). El mismo criterio sostiene el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, de 3 de marzo de 2016 (60). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial

---

de una cesión, al declarar: "La parte de créditos cedida en participaciones hipotecarias no se computará dentro de la cifra de capitales en riesgo". En este mismo sentido en la EM del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril –con significativa diferencia respecto del desarrollo normativo precedente contenido en el art. 61.3, párr. 2.º, del RD 685/1982)–, se declara quedar "definitivamente claro que mediante la emisión de participaciones hipotecarias se produce una verdadera cesión de la parte del crédito hipotecario que se participa. La entidad de crédito que emite las participaciones hipotecarias traslada la totalidad del riesgo de la parte del crédito que se cede".

(59) En esta resolución se declara lo siguiente: "La Sala ante la falta de prueba del hecho y que en la certificación registral de la hipoteca aparece como acreedora la ejecutante … no entra ni siquiera a analizar el motivo. Simplemente constata que, en efecto, de acuerdo con la normativa señalada, no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 DR 716/2009) y … está legitimada activamente". En los mismos términos se pronuncia el Auto de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de diciembre de 2015 y el de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2016. Y en el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 5 de marzo de 2017 no se aprecia la falta de legitimación activa de la ejecutante como consecuencia de la titulización del crédito reclamado, precisamente por figurar la actora como titular de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad.

(60) Resolución que precisa el argumento precedentemente expuesto en el Auto de la Sección 1.ª de la AP de Tarragona de 17 de septiembre de 2015, declarando que la ejecutante mantiene la titularidad "por cuanto el art. 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, señala que: "El emisor conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo". Además, el ejercicio de a acción hipotecaria le corresponde al emisor … conforme a lo prevenido por los artículos 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal". A la misma conclusión llega

de Valencia, Sección 9.ª, de 12 de abril de 2016, concluye que la cedente ostenta legitimación activa para el ejercicio de la acción hipotecaria toda vez que el Fondo de Titulización de Activos cesionario "no ostenta legitimación por carecer por completo de personalidad y por ende capacidad para ser parte conforme al artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no estando incluido ni en el supuesto del apartado 4.º de tal precepto legal (pues la carencia de titular no es transitoria) ni en el caso del artículo 5 pues la ley no le reconoce ca-

---

el Auto del JPI núm. 26 de Barcelona de 7 de junio de 2016 que, partiendo de la consideración de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se encuentra basado en la legitimación registral y en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad, que permiten presumir que el derecho de hipoteca pertenece a su titular, el acreedor hipotecario, en la forma que resulta del Registro, presunción no desvirtuada en la causa enjuiciada, por cuya virtud la legitimación procesal ordinaria para la ejecución hipotecaria corresponde a la entidad bancaria emisora de las participaciones hipotecarias –salvo concurrencia de las circunstancias que determinarían la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria por la cuantía de su respectiva participación– por aplicación de los principios de legalidad y especialidad hay que atenerse a la normativa especial vigente frente a las disposiciones de carácter general u ordinarias y, sin discutir que la participación hipotecaria conlleva una cesión, total o parcial, del crédito, concluir que el legislador no ha optado por la transmisión del crédito hipotecario a través de un contrato de cesión ordinaria sino que la operación se vehiculiza a través de un título intermedio –las participaciones hipotecarias o los certificados de transmisión hipotecaria– que determina una doble titularidad de un determinado crédito hipotecario de la entidad emisora y, además, que representa los derechos del partícipe frente a dicha entidad, en definitiva, una doble titularidad determinante de una cotitularidad en régimen especial respecto del crédito hipotecario participado y un derecho de crédito específico frente al banco emisor, régimen especial de cotitularidad no sujeto al Código Civil sino al previsto en la normativa especial conforme al cual el banco puede ser o no cotitular de una parte del crédito pero, en todo caso, conserva facultades/funciones de administración y custodia del mismo y en su virtud vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del crédito conservando, por disposición legal, la titularidad registral y por ello la legitimación como acreedor hipotecario para ejecutarlo y únicamente en el caso de impago de las participaciones por impago del crédito participado y –concurrente– inactividad ejecutiva del banco tendrá legitimación por subrogación el titular de la participación que podrá concurrir, en igualdad de derechos, con el acreedor hipotecario en la ejecución que se siga contra el deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación.

pacidad para ser parte, sino todo lo contrario, le niega de forma clara y rotunda toda capacidad, por así fijarlo el artículo 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, regulador precisamente de los Fondos de Titulización de Activos aplicable por razones temporales", y que "la Sociedad Gestora no tiene otorgado por ley, tampoco en la escritura de constitución del Fondo , la facultad de entablar las acciones correspondientes para reclamar frente a los deudores de los préstamos hipotecarios, pues no tiene asignada la gestión ni la administración de los préstamos hipotecarios objeto de certificación...", resultando que la "entidad prestamista tiene por ley (también por contrato en el caso presente) otorgada la administración y gestión de los préstamos hipotecarios objeto de certificación de transmisión; pues el artículo 2-2 apartado b-último párrafo del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, fija: "*En cualquier caso, el cedente conservará la administración y cesión del crédito cedido, salvo pacto en contrario*". Es más, al momento de constituirse este Fondo, y dada esa redacción legal, no se dispuso nada en contrario a la norma legal general, al contrario, reforzaron tal encomienda a la entidad bancaria, más si cabe, al facultarle para la reclamación ejecutiva de los préstamos hipotecarios por impago de los deudores" (F. Jco 3.º) (61). En parecidos términos se pronuncia el Auto del Juzgado de 1.ª instancia núm. 10 de los de Zaragoza, de 30 de junio de 2016, al declarar que no existiendo pacto alguno en el caso enjuiciado por el que la entidad emisora, que sigue siendo titular registral, ceda sus facultades dispositivas o gestoras, está legitimada procesalmente como titular disponente del crédito. Y también de manera semejante en el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Zaragoza de 24 de octubre de 2016 se concluye que la cesión del crédito a un fondo de titulización, una vez despachada la ejecución, no priva de legitimación al ejecutante ni afecta al deudor toda vez que, en ausencia de otro acreedor, dicha condición la sigue ostentando el ejecutante tras la cesión, representando únicamente una cuestión que afecta a la gestión y administración del crédito, sin efectos respecto al ejecutado (62).

(61) Auto núm. 516/2016, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 12 de abril de 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font de Mora.

(62) En el mismo sentido cfr. Auto del Juzgado de 1.ª instancia núm. 2 de los de Zaragoza de 4 de julio de 2016.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Anderson, M.: *La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC: una réplica*, en Diario La Ley, núm. 5606, de 6 de septiembre de 2002.

Arnal Martínez, J. y Bravo Álvarez, A. J.: *Un breve estudio de la Ley 5/2015 de fomento de la financiación empresarial*, en "Boletín Económico del ICE, Información Comercial española", núm. 3067, del 1 al 30 de septiembre de 2015, pp. 29-38.

Bañón González, A. M.: *La cesión y adjudicación de bienes. Alcance de la calificación registral en los casos de adjudicación al acreedor y cesión de remate. Cesión de remate a favor de los fondos de titulización hipotecaria. Fusión o sucesión universal de la entidad acreedora. Fiscalidad de la adjudicación al ejecutante o al cesionario*, localizado en http://www.sisej.com/documentos/doc_view/1449-la-cesion-y-adjudicacion-de-bienes.

Bernabeu Pérez, I. C.: *¿Cabe ceder la adjudicación a favor del fondo de titulización de activos titular de las participaciones hipotecarias del crédito hipotecario que se ejecuta?*, en "Práctica de Tribunales, núm. 83, Sección Ejecución Civil", junio de 2011.

Blanco Pérez-Rubio, L.: *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.

Carrasco Perera, A.*: Tratado de los Derechos de Garantía. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*, Madrid, 2015, 3.ª ed.

— *No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca,* en Revista CESCO de Derecho de Consumo, marzo de 2016 (en tres páginas).

Catarineu, E. y Pérez, D.*: La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial*, en "Estabilidad Financiera", núm. 14, 2008 (en 36 páginas).

García-Ochoa Mayor, D. y Eguía, J. M.: "*Una aproximación al futuro régimen de las titulizaciones en la Unión Europea: análisis de la opinión del BCE*", en Diario La Ley, núm. 8849, Sección Tribuna, 24 de octubre de 2016.

García García, J. M.: en "Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil", Navarra, 2010 (31.ª ed.).

Iglesias García-Villar, M.: *Inscripción en el Registro de la Propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria*, en "Diario La Ley", núm. 8409, Sección Doctrina, 29 de octubre de 2014.

Martínez de Santos, A.: *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria ¿puede evitarse la ruina del ejecutado?*, en "Foro Jurídico", Valencia, 2013.

Oria de Rueda y Elía, G. A. y Molins García-Atance, M.: *Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios y de otras consideracio-*

nes, en Revista de Derecho Inmobiliario, El Derecho, núm. 5, de febrero de 2013.

Parra Lucán, M.ª A.: *Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", núm. 711, enero-febrero de 2009, pp. 261-349.

Pujol Capilla, P.: *Fusiones bancarias, ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria?*, en Diario La Ley, núm. 8376, Doctrina.

Redondo Trigo, F.: *Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", núm. 753, 2016, pp. 599-619.

Rodríguez Boix, F.: *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, en www.notariosyregistradores.com.

Romero Rey, M. A., *El régimen jurídico de la titulización de activos; referencia especial al deporte*, en "Revista Jurídica de deporte y entretenimiento; deportes, juegos de azar, entretenimiento y música", núm. 12, 2004, pp. 189-216.

MISCELÁNEA

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

1. SUSANNA TAMARO Y LAS FUNDACIONES

2. NO QUIERO CONTEMPLAR NINGÚN COSTA

3. DOS HERMANOS Y UNA EMPRESA FAMILIAR

4. A VUELTAS CON LA HIPOTECA. LAS JORNADAS DE LA PALMA

5. SI ALQUILAS, ANTE NOTARIO

6. COSAS PERDIDAS, EXTRAVIADAS, ABANDONADAS. ¿Y EL QUE LAS ENCUENTRA?

7. "ESCRIBE COMO HABLAS, PERO PROCURA HABLAR BIEN". (AZORÍN)

8. "LA SOCIEDAD ESTÁ BIEN ORDENADA CUANDO SE OBEDECEN LAS LEYES" (SOLÓN)

9. LA TIZONA, DESCANSE EN PAZ

10. LA VERDAD SOBRE EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

11. LA DESHEREDACIÓN. A VUELTAS CON LA LEGÍTIMA

12. ¿VIENTRES DE ALQUILER. GESTACIÓN POR SOBROGACIÓN? LA ADOPCIÓN HOY

13. ¿MARVIN VERSUS MARVIN. EL RECUERDO POR LO INJUSTO DE LA SITUACIÓN ANTE EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

14. LA DONACIÓN MORTIS CAUSA. UNA RECIENTE RESOLUCIÓN DGRN

SUSANNA TAMARO Y LAS FUNDACIONES

Ha dedicado ejemplares de su nuevo libro la autora de "Donde el corazón te lleve", en la madrileña feria del libro. Apoteosis.

Manifiesta que al cumplir sesenta años ya no va a escribir para adultos: con mi primer libro gané dinero, compré la casa donde vivo (en la Umbría), una granja anexa y pude realizar el sueño de mi vida, ayudar a jóvenes por medio de la FUNDACIÓN Tamara (el énfasis, procurar que "las niñas forjen su personalidad adulta, no pendientes solo de su físico y de su móvil"). Estamos ante un "espíritu de finesse", diría Pascal.

Hace falta filantropía, se necesitan benefactores, urge la Cultura de: "dando soy más feliz que recibiendo; la vida me ha dado mucho, tengo que dar a los demás por lo menos una parte de …".

Los profesionales del Derecho tenemos que colaborar en la mentalización adecuada, las Administraciones han de quitarse el polvo de: "ojo, que no se intente defraudar a Hacienda…", los poderes públicos incentivar el espíritu benefactor: exenciones, bonificaciones, ayudas…" para crear empresas, polígonos industriales,…, perfecto. Al lado, con el control que se considere adecuado (sin asfixia), robustecer el espíritu filantrópico. EEUU, países europeos que no es preciso identificar, marcan la pauta, muestran inquietud social patente.

Al lado, además la FUNDACIÓN-EMPRESA. Sobre " El Mecenazgo y las Fundaciones" se disertó en la UNED en el mes de mayo. Invitado por el profesor-director de las jornadas, en su sede madrileña, escuché aportaciones espléndidas (la de José Miguel Embid, por ejemplo).

Y con él deseo intervenir y de algún modo promover una jornada –como hace un lustro–, ahora para desarrollar el papel del Notario "en clave fundacional". Ello en el I. Colegio Notarial de Madrid, para cuando remita la canícula.

Final, por ahora. –Para Fundaciones, las de Santa Teresa. Los terrícolas nos conformamos (¿o no?) con la filantropía de las fundaciones "de interés público general". El problema de España –decía Cajal– es un problema de cultura. (M. Falomir, actual director del Museo del Prado: me gustaría poner en marcha el micromecenazgo, incentivador de la adquisición de obras. Funciona en el extranjero ("crowfunding") y en España tenemos ya el precedente del Museo

Sorolla. Pues adelante, a ponerlo en marcha con vistas al bicentenario).

NO QUIERO CONTEMPLAR NINGÚN COSTA

Quien no recuerda *il successo* del "Costa Concordia". Si no hubiera acabado trágicamente, la comedia de su capitán es digna de Alberto Sordi, por ejemplo (o de Hugo Tognazzi, Nino Manfredi tal vez).

Un ferragosto madrileño, no podía más, y el veinte nos embarcamos en un Costa de Holanda a San Petersburgo Copenhague , los Fiordos Noruegos. Pero, los Fiordos no: sin previo aviso, se nos dijo que pasajeros (pertenecientes a la "Libre Belgique") habían conseguido un cambio de ruta menos gélida. En lugar de los Fiordos, más navegación y un pueblecito sueco –de Suecia– pintoresco y con ferreterías de solera (un colgador muy original compré, el clásico modelo de utilidad a copiar aquí: como decía Lacruz, "una copianda del extranjero"). En fin, no tenía ganas de reclamaciones agosteñas.

Mi esposa y yo asistíamos diariamente a la Santa Misa (se celebraba en el salón-teatro del barco) y el último día el Sacerdote oficiante nos dijo: la compañía quiere clausurar el servicio; ni sacerdote ni misa. ¿Quieren manifestar algo al respecto? Recuerdo que yo escribí lo que pensaba: "si no hubiera servicio religioso no habría hecho el crucero; así de claro".

Se que hoy ya no existe el servicio. Pues, no hay Costa.

¿Recuerdos? Sí, pero también actualidad: he aquí el resumen de la STS del 8 de abril de 2016: "Daño moral. Indemnización. Accidente COSTA CONCORDIA".

Ponente: Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

Se matiza la doctrina jurisprudencial sobre daños morales, permitiendo, en determinados casos en que no son consecuencia del daño corporal, su indemnización por separado.

Las cuestiones a resolver en el recurso de casación han quedado limitadas a la cuantía de las indemnizaciones por los daños físicos y psíquicos y los daños morales padecidos por 22 pasajeros del "Costa Concordia", que encalló en la noche del 13 de enero de 2012 frente a las costas de la Isla de Giglio en Italia.

La STS matiza o complementa la doctrina jurisprudencial no excluyendo la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del daño corporal. Los fundamentos principales de la sentencia son los siguientes:

1. La fijación de la cuantía de las indemnizaciones por daños materiales o morales no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba; tan solo puede serlo la base jurídica que da lugar a las mismas (entre otras, sentencias 290/2010, de 11 de mayo, y 497/2012, de 3 de septiembre).

2. Según la normativa de consumidores se debe indemnizar tanto los daños físicos como morales, aunque no lo especifique concretamente la Ley de Consumidores y Usuarios. Si bien, en ninguno de los apartados del artículo 162 LGDCU, que regula la responsabilidad de los organizadores y los detallistas de viajes combinados frente al consumidor y usuario, se contiene norma alguna que imponga bases para la determinación de la cuantía de las indemnizaciones.

3. la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de utilizar las reglas del Baremo como los criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor (entre muchas, SSTS 906/2011, de 30 de noviembre, 403/2013, de 18 de junio y 262/2015, de 27 de mayo).

4. Es cierto que, contemplando la referida aplicación del Baremo con valor orientativo en casos de responsabilidad por negligencia médica, la citada Sentencia de 30 de noviembre de 2011, seguida por la Sentencia 284/2014, de 6 de junio, fijaron la doctrina sobre daño moral, en los términos de que, de aplicarse el sistema de valoración incorporado en la LRCSCVM, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues, como afirma la sentencia de 19 de septiembre de 2011, su indemnización por separado sólo es posible

dentro del sistema en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente.

Sin embargo, en la presente Sentencia, la Sala matiza o complementa esa doctrina jurisprudencial en el sentido de que la utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral.

5. Fue, pues, acertada la decisión de conceder indemnización por el daño moral inherente a "la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés" que vivieron los pasajeros del "Costa Concordia" durante la noche del 13 de enero de 2012. Y fue acertada la decisión de conceder dicha indemnización, tanto a aquellos de los integrantes de la Asociación recurrente que no padecieron daños corporales, como a los que sí los padecieron.

Final: "¿Costas?, las de Levante. ¿Playas?, las de Moguer".

DOS HERMANOS Y UNA EMPRESA FAMILIAR

El experto en el estudio de los directivos de empresas familiares, Pedro Regojo Velasco (AESE, 2004) recomienda poner de manifiesto los ejemplos que representan autores de management que han destacado por sus enseñanzas. Cita al maestro P. Drucker, a W. Bennis, a A. Saleznik.

En mi caso a ellos me he referido y sus experiencias considerado con frecuencia. Pero a su lado, es importante tener en cuenta la vida, vicisitudes y etapas empresariales por las que discurren familias que sobresalen: lo he hecho con G. Agnelli (hasta que en la etapa actual de la Fiat turinesa, la familia está diluida), lo efectué con E. Barreiros en su momento, con Toyota (Caballo: la Toyota nipona, empresario mundial del vehículo a motor), he precisado aspectos interesantes de Mango, de Inditex (Amancio Ortega), del Barón Heini y Carmen Cervera y con ocasión de que he cerrado el Capítulo "Fa-

milia Empresaria" para la 2.ª edición del Derecho de la Familia (Edit. Thomson) y de que estoy perfilando este capítulo –con proyección en parte diferente– para el volumen de Familia de las "Instituciones de Derecho Privado", 2.ª edición (Edit. Aranzadi), obra que estoy dirigiendo, voy a fijarme aquí y ahora en una familia empresaria, o más exactamente, en esta caso, en una EMPRESA FAMILIAR, hoy constituida por dos hermanos, los Riu.

1. "Men vach al riu", puede oírse en mi tierra valenciana. Con este calor que el verano anticipa (mes de julio, todavía), se escuchará constantemente, y en plan de incitación ¿"vingueu"? Pero aquí hablo de los hermanos: Carmen (1955) y Luis (1960) Riu Güell –Mallorca–, y ello al hilo de una entrevista-reportaje ("Tiempo" de 16 de junio de 2017).

2. Los dueños de la cadena hotelera (hace años recuerdo "hotel Riu" en Tenerife): cuenta con noventa y cinco hoteles repartidos por todo el mundo y acaban de comprar el emblemático edificio España en Madrid (¿acabará así la polémica que parece conllevar toda operación inmobiliaria importante actualmente en la capital?): el futuro hotel Riu Plaza Madrid ocupará veinticuatro de las veintisiete plantas del edificio (Don Quijote y Sancho –Quijancho, según un buen amigo– contemplan la famosa fachada, desde su pedestal).

3. La tercera generación familiar de Riu, desde que el abuelo Juan compró en 1953 el hotel San Francisco (ochenta camas, en primera línea de playa en Mallorca).

Carmen: finanzas, administración, sistemas informáticos, departamento jurídico (bien aprendidos, impresos en su sangre, los deberes legales de diligencia y de lealtad), y Luis la relación externa con visión, comercialización y operaciones de compra de hoteles (descartadas hoy Cuba, Túnez y la entrada en la Ciudad Condal frenada por Ada Colau). Dirección compartida y distribución de competencias. Ella en el hogar empresarial, él viajando constantemente (y con la chequera por delante, cuanta menos ayuda de los bancos mejor y no comprar por comprar, "comprar lo que de vida, y quitarse lo que te la quita").

"Nuestros despachos –dice Carmen– están al lado el uno del otro y los asuntos del día a día los comentamos constantemente".

4. Comenzaron desde su infancia en puestos inferiores, se conocen al dedillo los entresijos de todas y cada una de las áreas de gestión y dirección hotelera; "hemos recibido un legado y se está preparando a la siguiente generación, a aquellos que han decidido seguir la trayectoria familiar, convencidos y por su propia voluntad; pero para transmitir el legado recibido queda mucho todavía y ellos tienen mucho que aprender, como nosotros lo hacemos cada día".

5. El abuelo, inició, el padre, sentó bases (tierra firme), consolidó y los dos hijos están en la fase de expansión y consolidación de "nuestra marca ya a nivel internacional" Riu, marca de prestigio (C. Kennedy: "Marcas y apellidos de familia que perduran").

Final: Año 1835. Lübeck, norte de Alemania. Los Buddenbrook, familia de comerciantes pertenecientes a la alta burguesía: a lo largo de tres generaciones en que han predominado los valores vitales de la fe y el respeto, la diligencia y el trabajo duro, el "interés de la familia empresaria" evoluciona hacia su más desgarradora decadencia (presentación cinematográfica de la obra del Premio Nobel, Thomas Mann). El "síndrome Buddenbrook" acecha a las familias empresarias cuando la generación de primos hermanos aparece en el horizonte: PROTOCOLO FAMILIAR imprescindiblemente hecho y profesionalmente consensuado, comprometido y compartido (otro Premio Nobel, John Nash, de esto sabe). Y seguir con el legado. Las familias empresarias son el sostén de la sociedad civil; que ésta, Riu, no acabe echándose al río. Dios la bendiga.

A VUELTAS CON LA HIPOTECA. LAS JORNADAS DE LA PALMA

Tengo un amigo que ha hecho el doblete: Fórum Filatélico y Popular, comienza Luis Ventoso uno de sus espléndidos artículos de ABC ("Ya he caído en dos").

Yo tengo un amigo que teme caer en tres: creyó que con la cuenta del último segundo y el banco más solvente , ya tenía más que suficiente (el periodista citado dice que su amigo tiene la sensación de que no hay seguridad jurídica; importa la macro, pero están los micros, la gente corriente, los más de 300.000 españoles que se han quedado sin sus ahorros, accionistas de un banco vendido por un euro; un ministro no puede mostrar –afirma– la sensibilidad de

un frigorífico ante tantas familias afectadas. Y hay agravio comparativo (Bankia).

Mi amigo tiene su casa: cuando murieron sus padres, la mitad indivisa y al fallecer ahora su único hermano la otra mitad. Piso en la ciudad que hace muchos años compraron sus ancestros subrogándose en la hipoteca; uno de aquellos pisos con "el yugo y las flechas", cuya construcción impulsó el régimen de Franco con 30.000 ptas. a fondo perdido, convirtiendo a maestros albañiles en constructores y a personas modestas con pequeños sueldos y trabajos extras, en propietarios (propiedad horizontal).

El piso cuya propiedad ha completado por herencia (y pagado los impuestos), libre de hipoteca, pero que hoy necesita hipotecar porque, ventilados los ahorros, carece de liquidez y pregunta ¿qué hago?

El Decano del Colegio Notarial de Canarias, me ha invitado a las Jornadas Deontológicas de LA PALMA. Habíamos hablado de como veo el futuro de LA HIPOTECA, (y es que almorzando en el Consejo General del Notariado le había alarmado diciendo: se van a cargar la hipoteca con la demagogia existente; el notariado tiene que frenar esto).

Mi intervención, delicadamente titulada: ¿Quo vadis, hipoteca? Se planteó sobre los siguientes vectores o pilares.

1. Calculado lo que necesitas, que te oferten los grandes bancos que van quedando: cuantía, interés fijo, interés variable, clausulado completo, plazo, devolución anticipada, causas de resolución, gastos. Y te vas al Notario, al que conozcas y si no conoces a ninguno lo suficiente yo te puedo orientar para que te atienda uno personalmente.

2. No necesitas seguro, ni tienes que adquirir productos financieros que la entidad te ofrecerá. Sí tienes que prever la seguridad de la devolución del préstamo, ¿tiempo de carencia?, estudia las condiciones (no se trata de "en un año vendo éste y compro otro piso y con la diferencia de precio, amortizo…).

3. La hipoteca, si te hace falta dinero y ello en una cifra superior a 15 ó 20.000 euros, que es lo que te pasa a ti (al menos 60.000 euros), es el medio idóneo (cuidado con la tasación de tu piso).

Es como el sistema profesional de oposición: que inventen otro medio mejor para demostrar quien merece aprobar. Esto es la hipoteca actual frente a…

4. Y es la solución para ir tirando: asegurar el gasto familiar y en tu caso emprender –con tu esposa y tu hijo mayor– la empresa familiar que tenéis en mente: la librería proyectada. Ojalá al empezar ya se gane para pagar cuotas.

Por ahora no tenéis deudas pendientes de importancia (que en ese caso convendría reunificar), ni pagos por la herencia, ni hacer frente a embargos o a pagos a la Administración (o salir de listas de morosos, RAI…).

5. Insisto: Acude al Notario. Que cale hondo en las condiciones del préstamo hipotecario, en la cláusula de intereses, los remuneratorios y los moratorios. El TS con sus últimas SS ha revitalizado la Ley Azcárate de represión (nulidad) de los préstamos usurarios.

La Ley, de 1908, es obra de un jurista, no de economistas. Y cuidado con que os engatusen con ofrecimientos de dinero rápido a interés elevado: están proliferando los usureros, lo propio de épocas de crisis.

El Notario valorará si los arts. 1 y 9 de la Ley Azcárate cabe esgrimirlos preventivamente ante el contrato de préstamo pecuniario o ante "la operación sustancialmente equivalente…" (compra con pacto de retro, opción de compra, cláusula penal).

Máxime cuando se proyecta una nueva normativa: se habla de un régimen endurecedor de la cláusula de vencimiento anticipado con lo que para la entidad prestamista tendrá más importancia la garantía personal de los prestatarios. El Anteproyecto frena también las comisiones por amortización. Cortapisas para la banca que en definitiva repercutirán en el acceso al crédito (jóvenes y personas con escaso bagaje garantizador lo tienen duro).

Y hay que hablar, hay que profundizar y mucho acerca de los impuestos a satisfacer, y no solo en la c-v, el crédito, la hipoteca. ¿Es comprensible que sea en el año 2017 cuando se sepa con seguridad jurídica que si no hay plusvalía en la venta, no hay que pagarla a los ayuntamientos? Increíble.

6. El piso, defendedlo como lo que es, un tesoro. Y puede ser la

garantía de vuestra vejez, ancianidad, tercera edad o como queráis llamarla: en su caso "venda su casa y siga disfrutando de ella de por vida"; en el anuncio que constantemente tenemos a la vista, es la hipoteca inversa, a considerar si los avatares de la vida siguen adversos.

7. Y cuando llegue la firma de la hipoteca que no quede nada en el tintero, que el Notario cumpla escrupulosamente y que descartéis en consecuencia todo atisbo de "cantos de sirena": "diga que no le explicó correctamente, que no ha entendido tal y cual cláusula…". El ataque al "pacta sunt servanda" reinante hoy.

La hipoteca, el crédito garantizado con ella, es fundamental a través del Derecho en la economía de mercado: "con su escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad el valor de lo suyo sumado al de…, nos da la suma hablando lo que vale económicamente su nación" (Hernando de Soto: es el valor económico de la propiedad inmobiliaria formal). Cuidémolos.

SI ALQUILAS, ANTE NOTARIO

Cuando, con 23 años recién cumplidos, aprobé el primero de Notarías –cómo no, alojándome en la hospedería del Pilar, en Zaragoza– fui a saludar a miembros del tribunal ("adelante el benjamín de la oposición", me decía efusivamente José Luis Lacruz, a la vez que abría su despacho). Fernando de la Cámara, entonces notario de Tudela, en el hotel donde se alojaba, me abrazó a la vez que me preguntaba: ¿eres de Bartual? (preparador, en Valencia, cuya fama no estaba ya en su mejor momento). Categoría, en una palabra (sacrificio y responsabilidad).

La cosa es que comentándome algunas cuestiones, no de mi ejercicio, pero que jurídicamente le habían chocado, dichas por opositores, me decía convencido: ¿cómo va a ser el arrendamiento derecho real, por mucha protección que la ley brinde al arrendatario?; el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, dice el Código Civil. En su esencia está por lo tanto la dependencia del poseedor hacia el propietario arrendador, éste sí es titular de un derecho real, por antonomasia, la propiedad.

¿Quid iuris si el propietario pretende entrar en el piso y se encuentra a alguien dentro (ocupante; okupa)? En Madrid se divulgó ha poco unas recomendaciones municipales: no alterarse, dialogar pacíficamente, tratar de llegar a un acuerdo (la premisa, imagíneme, no será que el ocupante sea sorprendido robando). ¿Y en Barcelona?

El hecho reciente que he conocido por los medios de comunicación es que la dueña alquiló el piso, con la cláusula de "no subarrendar, no alquilar, no introducir para uso de la vivienda…". Enterada de que el inquilino estaba haciendo negocio –seis personas distintas en pocos días, según los vecinos– acudió al abogado, juzgado…, y llegó un momento en que su hija urdió un plan: la joven fingió ser una turista y alquiló el piso. Rápidamente cambió la cerradura.

Cuando el inquilino pretendió abrir con la llave proporcionada por la dueña… la voz que del interior escuchó: es mi casa, ha incumplido el contrato, y la que desde fuera se oyó: señora, soy el inquilino por contrato. Está allanando mi morada y lo primero, la voy a denunciar por okupa (en otras situaciones se está acudiendo a empresas que sitúan a un corpulento vigilante, el cual cuando se percata de que en el piso no hay nadie entra y cambia el cerrojo, quedándose dentro; todo ello contratado por la propiedad).

¿"Mantener en el goce pacífico de la casa…" Quien a quien". ¿El derecho al revés? Rodotá, fallecido ha poco, desde su visión del uso alternativo del Derecho, escribió del derecho de propiedad, "el terrible derecho".

Yo recomiendo: alquilen ante Notario. Seguridad jurídica preventiva.

DERECHO A RECOMPENSA EX. ART. 616 DEL CÓDIGO CIVIL

No procede cuando quien encuentra la cosa perdida tiene un deber profesional de evitar pérdidas o extravíos. Audiencia Provincial. S, 1-II-2017.

Una persona deja un bolso con dinero y otros efectos dentro de un carro de avituallamiento en la zona de minusválidos de un aparcamiento de un centro comercial. Al llegar a su casa, se percata del olvido y acude de forma inmediata a las dependencias de la guardia civil, desde donde se llama al centro comercial y desde allí se

comunica que ya están haciendo gestiones. Quien hace el hallazgo reclama la recompensa prevista en el artículo 616 del Código Civil.

El Tribunal, confirmando la sentencia de instancia, desestima el recurso, y entiende que no procede la recompensa reclamada por dos motivos:

1. El derecho al premio no corresponde a quienes tienen un deber profesional de evitar las pérdidas o extravíos (policías, vigilantes, guardas de seguridad, etc.)

2. Cuando se trata de cosas olvidadas que poco después son reclamadas por el propietario, tampoco se tiene derecho al premio.

En este caso, quien hizo el hallazgo tiene entre sus obligaciones laborales recoger las cosas olvidadas en los carros y llevarlas a las dependencias de seguridad del centro comercial, por lo que su actuación está dentro de un supuesto normal de gestión de negocios ajenos sin mandato. Además, la posesión de la cosa olvidada o extraviada en un lugar abierto y de forma controlada, cuando el propietario del bien, recordando dónde lo dejó, vuelve de inmediato a reclamarlo, permite hablar más de olvido que de pérdida, y por tanto no existe derecho a recompensa.

Ayer al comprar el periódico olvidé mis llaves en el mostrador del kiosko. Si hubiera sido la cartera, ¿derecho a recompensa ex art. 616 del Código Civil?

No tengo can, por lo que no pondré cartel alguno: "…al que lo encuentre se le recompensará", pero sí aprovecho la oportunidad, no para pedir "que me devuelvan el rosario de mi madre", ni "el carro que me robaron estando de romería", pero sí: la figura "pájaro bebiendo agua", el reloj-barómetro, el cuadro con figura taurina, libros de arte , que en la sala de espera de la Notaría que serví en Madrid treinta y cinco años estuvieron y cuyo principal destino era "amueblar o alhajar las habitaciones" (art. 346, a sensu contrario). Y aún dicen algunos que "el Notario es caro", o ¿eso lo dicen del pescado? (SOROLLA; vayan a su Casa Museo, en Madrid, Paseo del General Martínez Campos; es gratis para los mayores de… Trabajo enfrente –Consejo General del Notariado– y de cuando en cuando visitarlo me levanta el ánimo si necesario fuere).

ESCRIBE COMO HABLAS, PERO HABLA BIEN (AZORÍN).

Pérez Reverte propuso a la Academia que aceptara iros, "porque nadie escribe «idos a la mierda»".

A mí Arturo Pérez Reverte no me seduce: su forma de expresarse no me parece adecuada. "La tabla de Flandes, Alatriste, La carta esférica…) sí, tiene lectores; ahora "Falcó", tiene tirón para muchos, pero…"iros a jugar", "idos a la cama" … puede emplearse sin aludir a los excrementos (en el Semanal de ABC, núm. 1553, se enreda a decir tacos, con un argumento de medio pelo).

Y … el fondo: el librito acerca de la guerra civil contada a los jóvenes tiene parcialidad panfletaria. Yo nací en el 39, la posguerra la sufrió mi familia, yo no; y mis padres trabajaron para que el deber legal de los alimentos quedara corto en calidad y en tiempo (cuando "me emancipé" a los 25 años, me destinaron a 1100 km de distancia, pero libré a mis padres de que me mantuvieran, ciertamente los primeros años muy justito). "Ovejas, borregos…", los españoles trabajábamos con dedicación y ahínco, salíamos adelante y nuestros ancestros compraban piso y en casos segunda vivienda. Al Académico de la lengua se le ve el plumero: en sus artículos de ABC semanal: la historia de nuestra posguerra contiene más parcialidad todavía que en el citado librito a los jóvenes dirigido, para ¿formar, informar, deformar? Hay que mejorar el silencio.

Viene lo del "idos-iros" porque estoy escribiendo "La Redacción del instrumento público", y ello con tres pilares (hay alguno más): Sancho Tello, 1911, Rafael Núñez Lagos, años 50, y Antonio Rodríguez Adrados, años 70-80-90.

Ni "crocreta, toballa, albericoque, malocotón, mondarina, almóndiga, ni…". Arturo Pérez Reverte sostiene que la "RAE es notario de lo que hablamos, no policía". ¿Ya volvemos al belicismo?: si al levantar acta, oye el notario iros/idos a la mierda, dará fe de lo que oye, más no empleará la expresión en otro caso. Y es que el lema de la RAE es: "limpia, fija y da esplendor" a la lengua española. Vulgarismos no, por favor: si sigue así, yo haré lo que dijo Cervantes ante el túmulo de Felipe II, "caló el chapeo, requirió la espada, miró al soslayo, fuese y no hubo nada".

Vargas Llosa ha dicho hace poco que "la buena literatura se nutre más de la mugre que de la belleza". ¿Si se nacionaliza español tendrá méritos suficientes para acceder a la RAE de la lengua?

Dios nos coja confesados: sigo preparando "la Redacción del instrumento público" con el Diccionario de la RAE consultando y con "el Moliner" que me regaló Julio Burdiel, a quien Dios bendiga.

"LA SOCIEDAD ESTÁ BIEN ORDENADA CUANDO SE OBEDECEN LAS LEYES" (SOLÓN)

Estoy empezando a preocuparme y no es que me vaya a estas alturas enterando de que "la ley la cumple la clase de tropa, no los pasotas y tampoco los asesorados que con argucias se escurren", dicen los expertos (por de pronto en materia tributaria).

La preocupación, la mía, va hoy por hoy por otros conductos. Me explico: no solo por lo que se denomina el uso alternativo del Derecho: el filocomunismo ha sabido darle la vuelta al Derecho (el envés del Derecho), pero es más reciente lo que se cubre bajo el manto del análisis económico del Derecho: la sociedad merece un derecho eficiente, creador de mayor riqueza; la norma jurídica solo lo es si es eficaz, útil, razonable (al menos en términos generales y con agresión polémica: Coase, Postner…, son los autores que destacan).

Un caso concreto: los derechos al dividendo y de separación conforme al art. 348 bis Ley de Sociedades de Capital si es el socio el que vota a favor de la distribución de los beneficios…. Su ratio es clara dado que el ánimo de lucro es consustancial con el contrato de sociedad y hay que entender que la norma es imperativa: estoy de acuerdo por ello con quien considera que la cláusula estatutaria en contra –Marina García Tuñón– supone seguir un criterio excesivamente economicista y fuera del contexto de nuestro derecho; se refiere a Fernández del Pozo y a Álvarez Royo-Villanova.

¿Descartado todo encuadre del Análisis económico del Derecho? No. Seamos realistas y por ello si juristas somos no tengamos una visión plana, meramente economicista, pero tampoco neguemos el factor económico, viviendo en un mundo irreal.

Un caso concreto que acabo de considerar en mi actuación asesora: transmisión onerosa de acciones/participaciones de sociedades familiares: el valor razonable.

Los expertos realistas consideran factores a tener en cuenta, de un lado, el valor efectivo de la parte de los socios minoritarios en las empresas familiares (PYMES, casi siempre; en casos minipymes) y

también la inexistencia de un mercado de títulos– "telarañas en el cartel: se vende"- si hay o no confusión interorgánica; el socio ¿es administrador o no; y qué tipo de administrador, solo o en compañía ? El potencial derecho de separación ex art. 348 bis LSC supone la salida realista a la situación de taponamiento y asfixia sin nada que llevarse a la boca –pondría ciertos casos flagrantes de cuasi cárcel de socios minoritarios–, pero el valor razonable de los títulos ha de medirse con elementos de juicio diferentes a los medidores caso de empresas del IBEX, caso de sociedades de envergadura, de empresas de mayor fuste…

¿Es lo anterior análisis económico del Derecho? Lo que es, es realismo jurídico. Exagerar en este campo lleva a negar la imperatividad de ciertas normas, la existencia de las prohibitivas. "Mentes planas sin atisbo de "ratio-iuris" (García Cantero) y se llega así al incumplimiento de la Constitución (Gondra): el Juez y el intérprete están vinculados a la ley. La pretendida panacea anglosajona, ¿es el ejemplo –ha dicho Vicent Chuliá–, cuando en E.E.U.U. proliferan las injusticias sociales y el nivel de litigiosidad va in crescendo? Sirva al menos el apunte.

La autonomía de la voluntad sí, pero también todo lo que dice el 1255 del Código Civil: No debe tratarse de sustituir el paradigma institucional (los principios configuradores por ejemplo de los tipos sociales, de las figuras contractuales…, por el paradigma contractual en exagerada, desbocada medida). En este sentido otro mercantilista experimentado, Vicent Chuliá, y al profundizar en el enfoque, redacción e hilo conductor de la actual regulación del gobierno corporativo de las sociedades de capital Embid Irujo y el citado Marina García Tuñón (¿acáso no van a existir normas imperativas …?).

Cada vez me convenzo más de la verdad que contiene la afirmación de Carnelutti, "misión del Derecho es someter la Economía a la Ética". Tengámoslo presente para por de pronto no incurrir en equívocos, no dejarnos seducir por músicas sin fondo.

LA TIZONA. LA USUCAPIÓN. LA CAPILLA SIXTINA (TS, 16 - XI de 2016)

Ponente: Antonio Salas Carceller.

La propiedad de los bienes muebles se adquiere por usucapión al

poseerlos en concepto de dueño durante más de 6 años no requiriendo un contacto físico directo con la cosa.

Se discutía (discusión no baladí porque se vendió por 1.500.000 €) la propiedad de la espada Tizona que, al parecer, perteneció al Cid Campeador. El JPI y la AP atribuyeron la propiedad de la mitad indivisa a los herederos testamentarios de uno de los hermanos y la otra mitad al heredero del otro hermano (no se discutió que la espada era de los dos hermanos causantes).

Sin embargo el TS atribuye la propiedad exclusiva de la espada al heredero –Vicente– de uno de los hermanos porque su causante había adquirido la propiedad de la otra mitad por usucapión.

Así establece que:

"… atendiendo a lo argumentado hasta el momento resulta que el demandado don Vicente devino propietario exclusivo de la espada Tizona pues, sin necesidad de cualesquiera otras consideraciones y atendiendo a la justificación más evidente de su dominio, le pertenecía por donación de su madre doña Aurelia que a su vez era titular de tal derecho, en cualquier caso, al haberlo obtenido por prescripción adquisitiva o usucapión en cuanto había sido poseedora exclusiva de la espada en concepto de dueña durante más de los seis años que al efecto exige el artículo 1955 CC.

Es así porque cuando fallece su hermano don Bienvenido en el año 1987, queda doña Aurelia como única depositante de la espada que había sido de su padre don Jose Pablo y, aunque ello ni siquiera es necesario para la prescripción extraordinaria que se consumó a su favor, incluso cabría deducir su buena fe por entender que la titularidad de la espada estaba de algún modo vinculada al marquesado de …, y no podía pasar –ni siquiera en parte– a ser titularidad de personas extrañas a la familia, lo que venía corroborado además por el hecho de que su hermano don Bienvenido no hiciera mención en su testamento a la existencia de la espada. Pero aunque no fuera así, como se ha repetido, bastaba el transcurso de seis años desde el fallecimiento de don Bienvenido para que se consumara la usucapión a favor de su hermana doña Aurelia –madre del demandado– ya que no cabe duda de que poseyó en concepto de dueña durante todo ese tiempo– en que las demandantes y sus padres ignoraban que la espada había pertenecido en todo o en parte a su causante don Bienvenido –y buena prueba de ello es que el Museo del Ejér-

cito como poseedor inmediato– ella lo era con carácter mediato- se dirigió en todo momento exclusivamente a su esposo-reconociendo el dominio de ella-para cualquier gestión relacionada con la Tizona. En definitiva cabe afirmar que la usucapión extraordinaria se consumó a favor de doña Aurelia por el transcurso de seis años desde el fallecimiento de don Bienvenido, por tanto con efecto desde el 18 de marzo de 1993, y en consecuencia desde ese momento podía disponer íntegramente de la espada y, en consecuencia, donarla a su hijo don Vicente, como efectivamente hizo".

El resumen que leo de la Sentencia es que la espada del Cid Campeador ha sido adquirida –la mitad indivisa– por usucapión. Se alude a una controversia entre nobles –o alguno hay en la contienda– y el Supremo decide en el sentido expuesto (de Babieca, nada se dice; murió hace siglos).

Al comentar lo anterior surgió una animada conversación entre licenciados en Derecho cuyo centro fue la USUCAPIÓN.

Comenté que ni en la carrera ni durante la preparación de oposición profesional quedé contento con la figura: no acababa de dominarla (claro, es que el dominio se adquiere por ella).

No tuve la desgracia de tener profesor que le importara un comino si el Derecho Civil lo estudiábamos manejando o no el Código, pero ciertamente en el Castán no resultaba la figura la más lograda mente explicada, quizás el Código Civil no ayuda (posesión, prescripción adquisitiva, modos de adquirir la propiedad, la tradición, la adquisición "a non domino" y la L. H.– prescripción secundum y contra tabulas), la cosa es que al fin acabé, creo, que sabiéndola: Espín primero y luego Clemente de Diego y la monografía de Alas, (Clarín, el de "La Regenta"), De Buen y Ramos, consiguieron que poco antes de tener que explicar la institución en la Facultad de Santiago (hoy es 25 de julio), le sacara el jugo a : "nadie da lo que no tiene" y "solo puede adquirirse la propiedad de su dueño", y sus modalizaciones y excepciones.

1. El ladrón, sus cómplices o encubridores, ¿pueden convertirse en dueños de lo robado; el que okupa una casa , una finca rústica, una plaza de garaje, un puesto de atraque…?

2. Si yo adquiero de quien no es propietario (inmueble; cosa mueble).

3. Si yo soy arrendatario y aparento ser propietario "erga omnes" ,¿apariencia?

4. Si yo robo… prescribe el delito y … Y me comporto como dueño, y éste no hace nada (interrupción; reivindicar).

5. Si yo compro el reloj que llevo en mi muñeca a quien no es su dueño: lo compro en una relojería o taller de reparación; lo compro en el Rastro ; en un top manta … ¿?

El NEMO DAT, lleva a que para adquirir la propiedad o el derecho real in re aliena de quien no es su titular, sea necesario: poseer la cosa, en concepto de dueño (no alieno nomine…), pública, pacíficamente y sin interrupción y todo ello durante el tiempo que exige la ley. USU-CAPIO (adquisición por el uso).

El tiempo será mayor o menor dependiendo de si hay o no justo título: éste, éstos son los que posibilitan, son aptos para adquirir la propiedad o el derecho real de que se trate, pero siempre que el transmitente sea dueño o sea titular del derecho real transmitido (c-v, donación, sucesión,…); de lo contrario, hay que acudir a la usucapión que estoy apuntando), y de que haya o no buena fe. Sin olvidar que el artículo 34 L.H. posibilita la adquisición, fe pública, vía registral, y que si se trata de bienes muebles hay que considerar la aplicación ex art. 464 del Código Civil, de controvertida interpretación (combinada con el 85 C. de Comercio). Y desde luego, no confundir la usucapión con la OCUPACIÓN de las cosas vacantes, las que carecen de dueño (arts. 609 y 610 del Código Civil).

¿Y la CAPILLA SIXTINA a qué viene? Cuando escribo esto acabo de visitarla con mis familiares ¡La Roma de "Ben Hur", de "El tormento y el éxtasis" y la España de "El Cid", y un actor, Charlton Heston en la película de A. Mann.

LA VERDAD SOBRE EL ARTíCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

El 8 de mayo último estuve en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de Sevilla. Cátedra de Derecho Notarial, invitado por Pachi Aranguren.

Dirigió el acto y lo moderó con magisterio D. Francisco Capilla Roncero ("dale un gran abrazo a tu padre, Notario jubilado", fue mi despedida).

¿Qué pasa con el artículo 831 CC?; marea ver tanta modificación, marea su redacción, agolpada, atécnica; redactado el precepto a borbotones, con modos y formas propias de diario de provincias, Madrid incluída.

Pachi me decía durante el almuerzo posterior: se notó como empezaron a entender al explayarles el caso real con que iniciaste tu intervención. Vamos con el caso práctico, con el ejemplo.

Reforma del CC en 1975: "se pueden otorgar capitulaciones constante matrimonio". Con lo que ahora "la bella durmiente (el 831) ha sido despertada por el príncipe": en capitulaciones se puede establecer que muriendo…, pueda el supérstite…" distribuir los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes…". La traba que impedía –había constatado Roura Rosich– considerar el patrimonio de uno y de otro cónyuge, un solo patrimonio, había desaparecido.

Para hacer efectivo lo anterior: decisivo lo que García Goyena dejó escrito en sus Concordancias al Proyecto Isabelino de 1851 (léase y apréndase, como yo hice siguiendo el mandato imperativo de un sevillano ilustre, Pepe González Palomino. Desde su original mesa de trabajo madrileña y con su lazo de pajarita, me dijo años atrás, "si quieres investigar en Civil, sácale la leche a los juristas del XIX"). Lacruz nos había puesto delante de quien quisiera verlas, las Concordancias de G.G. Había que calar en ellas (echo de menos a maestros como los citados).

El caso.– Poco después de la reforma del 75, en mi estudio notarial madrileño, se presentó un matrimonio: le conocemos de cuando usted estuvo en Orense y le contamos lo que sigue: "El médico me da pocos meses de vida y quiero arreglarlo todo respecto a mi esposa e hijos".

Negocios en marcha, hijos-hijas de varios colores, calores y ardores. Sobre todo una, drogadicta y de vida disipada, nos está sacando dinero para sus vicios Mi esposa, dispuesta a llevar el timón y contamos con un amigo, amigo de verdad, jurista eminente.

Capitulaciones al canto: facultades al cónyuge viudo para liquidar si necesario fuera, la sociedad de gananciales, interviniendo ese amigo docto y fiel. Facultad de distribuir los bienes sin limitación, de mejorar a hijos y nietos, de disponer del tercio de libre disposición en favor de unos y de otros. Pudiéndolo hacer de una vez o las que

el cónyuge fiduciario considere, y ello por actos inter vivos, incluidas las donaciones aceptadas por el, la donataria, y también por la vía del testamento (hasta "el supremum exitum"). Congelada la satisfacción de las legítimas.

Durante la fase de pendencia: facultades de administración amplias (la sustancia jurídica se toma de: Aragón, Cataluña, Navarra; "las antiguas costumbres forales, G. G. dixit"). Disposición de bienes en cuanto precise la naturaleza de los mismos: para conservarlos, para que rindan su utilidad natural, para que no pierdan o quede mermada su entidad- valores, depósitos -; (se capta lo que dispone el Derecho Catalán de entonces respecto a la sustitución fideicomisaria, en fase pendet).

Se deshereda en testamento a la hija drogadicta y, atención, para su adecuada protección, el cónyuge fiduciario: la madre y el albacea especial designado, a escasos meses ya, atendieron a la desheredada, salvándole la vida; y estaba previsto que "si la causa de desheredación cesaba, la madre podía remitir y eliminar testamentariamente la desheredación".

Sí, el 831 es instrumento valioso: más allá de la Cautela Socini protectora del cónyuge viudo, está que si el cónyuge viudo asume, "coge la manija", (como dijo Capilla con agudeza, al cerrar el acto, tras el coloquio), la protección del interés familiar, puede asegurarse (como en su caso el de la familia empresaria, máxime con el reformado 1056, 2.º CC) y desde luego en el caso planteado se previó el usufructo universal y gerencial en favor del cónyuge viudo.

Sí, por las preguntas formuladas en el coloquio posterior y los parabienes, el ejemplo real fue decisivo. Como casi lo fue "para que tuviera que salir por pies", años atrás cuando expuse la problemática en Duque de Medinaceli, en el Instituto de Estudios Jurídicos madrileño: ciertamente al seguir profundizando, varios juristas asistentes recuerdo que me felicitaron al final (cinco o seis tardes con el art. 831 de 1975 ante aquel auditorio de excelencia).

Y desde luego, si en el caso real se considera que es bueno acudir a él, pero no es necesario llegar a lo máximo, se puede rebajar la dosis facultativa; lo ganará en salud el cónyuge fiduciario por de pronto.

[El recuerdo cariñoso para Gema Juberías, reciente Doctora, Sobresaliente cum laude: 1056.2; 831. A seguir profundizando.]

LA DESHEREDACIÓN. A VUELTAS CON LA LEGÍTIMA

La desheredación como correctora de la imposición de las legítimas la explica García Goyena así: "el número de hijos ingratos es mucho mayor que el de padres injustos, cuyo corazón está siempre abierto al perdón del hijo arrepentido…). Frase que transcribo, tomada del estudio sobre la desheredación, de Alberto Sáenz de Santamaría (RJN núm. 86-87 2013).

Y en este número aparece el estudio de Socorro Maldonado Rubio, con especial atención al maltrato psicológico (en torno a la reciente jurisprudencia del TS: 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, y en sede de donación la de 20 de julio de 2015).

1. Hay hijos (para todos los gustos y disgustos): hasta hace unos años era justa causa "haberse entregado la hija o nieta a la prostitución" (art. 853.3.º CC).

2. Ha poco una nini de Cantabria ("ni estudia ni trabaja") reclamó a su padre el pago de una pensión alimenticia mensual de euros. En la Sentencia, con todas las letras, los magistrados la califican de vaga.

"Dátile", era el autor de un chiste que recorté del diario YA: "Felicita a nuestro hijo, que hoy cumple sesenta años y me acaba de dar una alegría: mamá, si me buscáis novia y piso, me caso". De chiste, pero como la vida misma.

Niños de mamá, hijos boomerang y los del chiste, los de la sentencia de Cantabria y los hijos que valoran lo que tienen y aprovechan sus talentos.

3. Albaladejo, con agudeza, alude al deber de fidelidad conyugal ex. art. 68 CC: si el hijo se acuesta con la madrastra, el padre a quien aquél no le ha llamado pero sí le ha hecho cabrón, puede desheredar al hijo.

4. Pero el hijo puede necesitar protección: se le deshereda –frenando en muchos casos que siga dilapidando lo que sus padres tienen, realistamente la pensión…– y para protegerle se nombra albacea ad hoc que económicamente le atiende. Y no se olvide la figura del cónyuge viudo fiduciario ex. art. 831 CC.

5. Sorprenden algunos supuestos reales en que el Notario autorizante plasma el "no es no" a mi hijo y a su descendencia.

Desheredación ómnibus: la Resolución DGRN de 23 de mayo de 2012, rechaza que se desherede globalmente "a mis dos hijos y a todos sus descendientes" (y a aquéllos los designa sustitutos vulgares de la esposa y madre instituida heredera universal): La desheredación ha de ser nominatim (sanción civil, necesidad de justa causa; legal, expresa y cierta).

Desheredación de un hijo y legado a sus nietos, hijos de ese hijo, la legítima estricta, que se pagará en metálico. No designa el testador contador partidor.

El Notario autorizante del testamento, recurrente: la dicción del Código Civil ha de ser interpretada de conformidad con la realidad social y en línea con las reformas legales de los últimos años tanto en Derecho Común como en Cataluña.

La Resolución de 15 de septiembre de 2014 dice «a día de hoy en el Derecho común la legítima ha de ser abonada en bienes de la herencia; incluso en los casos en que cabe el pago en dinero de la legítima, se exige la conformidad y con ello la concurrencia de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (art. 847). Y es que la dicción del art. 806 CC: permanece íntegra (en igual sentido, la R. de 5 de julio de 2016).

Siendo los bienes reservables (reserva del cónyuge binubo), existen nietos del reservista, hijos de los reservatarios, a quienes también se deshereda, pero sin más: ni consta la causa, ni la edad, ni la aptitud para ser desheredados; todo ello sin prejuzgar el carácter justo o injusto de la desheredación por el testador (R. de 27 de marzo de 2017).

6. El sistema legitimario del C.C: está claro: es el que es. La legítima de los hijos –descendientes y ascendientes– es pars bonorum, y sus excepciones, sus modalizaciones han ido ajustando el sistema a los supuestos que la realidad depara, por la norma concreta: incapaces, discapacitados, empresa familiar, delegación en el cónyuge fiduciario ».

Recientemente J. M. García Collantes afirma algo innegable ("Escritura Pública", julio-agosto, 2016): hoy día la sociedad es diferente, los patrimonios diferentes a los del siglo XIX, y las necesidades también. Se quiere que el piso quede en propiedad para el cónyuge

viudo, que la empresa familiar quede en manos de un solo hijo, que el hijo necesitado de especial protección pueda recibirla con seguridad jurídica". Cierto ¿Y?

Y yo añado la segunda parte: el Código Civil ha ido asumiendo estas necesidades reales: el piso, si ganancial es, vide el art. 1406 y su complemento, el 1407, así como la vía del usufructo universal ex art. 820, 3.º perfeccionada por los testamentos abiertos notariales y no digamos caso de existir el supuesto del art. 831. La empresa familiar, ¿acáso no existe el art. 1056.2.º en conexión posible con el 831? Y qué decir de la protección a discapaces y discapacitados: arts. 831, 808, 782, 822, sustituciones pupilar y ejemplar con la interpretación consolidada del TS, la regulación del patrimonio especial protegido. No, hoy la legítima del Código Civil no es la de 1889.

¿De lege ferenda?: los datos que suministra Alberto Sáenz de Santa María Vierna (estudio cit. p. 416 y ss) le llevan a la conclusión de que "defender la absoluta libertad de testar no parece digno de apoyo".

A mi entender, lo prioritario es profundizar en los instrumentos que el CC suministra ¿Por qué no seguir el ejemplo de Luis Rueda Esteban que en su tesis doctoral (El artículo 831 CC) nos brinda donde y como investigar? No elucubremos sin profundizar.

Más. Como decía Díez Picazo, la defensa a ultranza de la total libertad dispositiva mortis causa no es democrática. Aristocrática, a estas alturas.

Addenda: bibliografía última sobre la DESHEREDACIÓN. M.ª Patricia Represa Polo. Madrid 2016. Y:

Nulidad de la desheredación del nieto por maltrato psicológico consistente en la falta de relación con la familia paterna que continúa una vez alcanzada la mayoría de edad, si no se prueba la culpabilidad del nieto. Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia de 15 de marzo de 2017.

El supuesto de hecho es la falta de relación de una menor con su familia paterna, imputable a la madre de la misma, que la privó desde los nueve años de toda relación con el padre y la familia paterna. Los intentos del padre y del abuelo por recuperar a su hija y nieta y mantener contacto con ella fueron infructuosos. Las acciones judiciales entabladas culminaron con un sistema muy restrictivo de co-

municación entre padre e hija impuesto por los tribunales alemanes. La consecuencia fue la falta de relación de la menor con su padre y abuelo desde los nueve años y la continuación de esta situación una vez alcanzada la mayoría de edad.

El abuelo en su testamento "deshereda expresamente a su nieta Doña X por la causa establecida en el art. 853.2 del CC al haberle injuriado gravemente, maltratado de obra psicológicamente y abandonado sentimentalmente desde hace 20 años de modo total y absoluto con gran desprecio y desconsideración".

La cuestión planteada por los recurrentes es que, si bien no es posible apreciar culpabilidad en el rechazo hacia su padre y su abuelo cuando la actora era menor de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad tal falta de contacto debe considerarse imputable a la misma, pues, se estima que una persona de 25 ó 26 años de edad ya es suficientemente madura como para tratar de ponerse en contacto con su progenitor y con su abuelo y averiguar la realidad de lo sucedido.

Sin embargo, la sentencia analizada concluye que, si la nieta por influencia de terceras personas había creído que era su padre el que había optado por perder la comunicación con ella, "es lógico pensar que no tratara de reanudar la comunicación, una vez alcanzada la mayoría de edad, albergando un sentimiento de rechazo hacia la figura paterna, sin que, en consecuencia, pueda apreciarse en ella culpabilidad alguna en el distanciamiento respecto del causante y su familia paterna ya que los sentimientos que conlleva esa conclusión no desaparecen por el solo hecho de llegar a los 18 años. No consta tampoco que la demandante siendo mayor de edad hubiera tenido acceso a las sentencias y documentación aportada por la parte demandada. Tampoco consta que, una vez alcanzada la mayoría de edad, su padre y su abuelo hubieran intentado ponerse en contacto con la misma, explicándole la realidad de los hechos. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

En la interpretación de la causa de desheredación del artículo 853.2, la sección 5 de la Audiencia Provincial reitera la reciente doctrina del Tribunal Supremo según la cual, el maltrato psicológico, debe considerarse como una modalidad del maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto. Ello sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores, principalmente, en la dignidad

de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos, con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de "favor testamenti".

¿VIENTRES DE ALQUILER, GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN? LA ADOPCIÓN HOY

En "El Notario del siglo XXI" de septiembre-octubre de 2015 ha escrito sobre el problema por tercera vez Manuel ATIENZA. Sí, no una, ni dos, tres veces ha sido acogido el Catedrático de Filosofía del Derecho, la última para rebatir al Tribunal Supremo (pleno de la sala de lo civil; Sentencia de 6 de febrero de 2014): la gestación por sustitución está prohibida en España y es contraria al orden público.

El inefable ("inexpresable", Dic. María Moliner) habla de prejuicios ideológicos ¿Tendrá una cuarta entrada en la revista para lo mismo?

¿Vientres de alquiler?: manipulación lingüística: no se alquila el vientre, se alquila una persona (M. T. López, presidenta del Comité de Bioética).

Al final –dice Julia Navarro– explotación del cuerpo de la mujer (se pueden contar con los dedos de las manos los casos en que no hay remuneración de por medio). Se la convierte en poco más que en un tubo de ensayo, una vasija; las mujeres no son ganado, simple campo de cultivo.

Y parir un niño y entregarlo no mide las consecuencias para la criatura: si uno quiere tener un hijo, que acuda a la adopción. Los niños ansían unos padres dispuestos a darles todo el cariño…, pero la adopción con todas las garantías legales.

Apunte personal: Hace bastantes años (¿qué son bastantes?) M. DE LA CÁMARA ingresaba en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Su discurso de ingreso versó sobre la Filiación (recuerdo que poco antes diserté sobre el Reconocimiento en el I. Colegio Notarial de Madrid Y Manolo me pidió el texto, por no haber podido

asistir; (algún tiempo después habló también sobre la figura en el Colegio quien ha poco abiit A. Rodríguez Adrados). Impresionante por el fondo y por la forma (De la Cámara impactaba por su verbo, elocuencia y bien decir: Años 80, recién reformado el Código Civil). La contestación corrió a cargo de D. Amadeo de Fuenmayor Champín (la última vez que coincidí con él –dos valencianos– estaba arrodillado rezando ante la sepultura del fundador del Opus Dei, en Roma). El sacerdote y catedrático de Derecho Civil, en su breve alocución, dijo lacónicamente: toda la problemática, existente e hipotéticamente previsible en un futuro, tiene en la figura de la Adopción la solución.

Año 2017: leo recientemente "hemos querido adoptar y no ha habido manera; pegas, retrasos, dilaciones…; hemos desistido y nos hemos ido al extranjero a…". Me pregunto: esa administrativización real que encapsula a la adopción en España, ¿no debería investigarse, sacarla a la luz; quién la controla, dirige,…? Más aborto sí; más "protección" pública para: "nosotros parimos, nosotras decidimos", sí: Comunidad Valenciana último ejemplo, pero ¿y la ADOPCIÓN?

¿MARVIN VERSUS MARVIN? AL MENOS EL RECUERDO POR LO INJUSTO DE LA SITUACIÓN. ANTE EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Lee Marvin, aquel actor al que Gloria Grahame arrojaba a su rostro ácido (inolvidable el director alemán Fritz Lang que, huyendo de los nazis, dejó películas para el recuerdo), abandonó en la vida real a su compañera. Demandó que al menos a falta de matrimonio tuviera el detalle de abonarle lo que hubiera tenido que satisfacer a una empleada del hogar. El enriquecimiento injusto estuvo en la base de la sentencia.

No es lo mismo, desde luego, pero caso de matrimonio con régimen de separación de bienes "el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas del matrimonio y dará derecho a obtener una compensación que…" Artículo 1438 del Código Civil.

Pedro del Rosal. Madrid (en "El Economista") dice:

Haber colaborado con el negocio o la actividad económica familiar genera el derecho a recibir una pensión compensatoria en caso de divorcio, incluso aunque se haya cobrado por ello un salario –siem-

pre que éste sea reducido o "precario"–. Así lo determina el Tribunal Supremo (TS), en una sentencia del 26 de abril de 2017, en la que revisa la interpretación que se había dado en la jurisprudencia a la expresión "trabajo para la casa" contenida en el artículo 1438 del Código Civil (CC).

La resolución ampara económicamente a aquellas mamas de casas que no sólo han dedicado su tiempo a las tareas del hogar, sino que, además, han trabajado activamente en los negocios de la familia –muchas veces sin formalizarse tal empleo a través de un contrato–.

El artículo 1438 del Código Civil determina que la contribución al "trabajo para la casa" será computado como contribución a las cargas del matrimonio y que debe ser compensado en caso de separación.

Hasta ahora, para conceder dicha compensación, el Tribunal Supremo había exigido que el cónyuge hubiera estado dedicado "solo y exclusivamente" al trabajo en el hogar, rechazando su reconocimiento a quien hubiera compatibilizado estas tareas con algún trabajo fuera del mismo –ya fuera a tiempo parcial o a jornada completa–.

El ponente de la sentencia, el magistrado Arroyo Fiestas, subraya que el artículo 1438 del Código Civil establece una compensación que únicamente responde a la dedicación a la familia durante el matrimonio. Dicha regla "pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada".

Sin embargo –razona–, "parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, fuera del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración". Especialmente, cuando dicha colaboración se organiza en función de las necesidades de la casa y la familia.

En el litigio, la demandante reclamó una compensación económica –de acuerdo con el artículo 1438 del Código Civil– después del divorcio, por las tareas en el hogar y en el negocio familiar.

Mientras duró el matrimonio en régimen de separación de bienes –ella había estado dos años dedicada a las tareas del hogar y, posteriormente, siete años compatibilizando tales funciones con un

trabajo en el negocio que regentaba su marido y que era propiedad de su suegra–. Un empleo que realizaba en régimen de autónomo y por el que percibía un salario de 600 euros.

En su demanda, la esposa alegó que había contribuido a la generación de patrimonio de su esposo, que se había duplicado durante los años que habían estado casados, mientras que el suyo se había mantenido tal cual.

La sentencia de Instancia estimó parcialmente de demanda, pero desestimó la pensión compensatoria, puesto que la actora, de acuerdo con la doctrina del TS, no había contribuido "sólo y exclusivamente" con el trabajo doméstico.

La Audiencia Provincial de Albacete, sin embargo, admitió el recurso de la esposa y fijó una indemnización de 27.000 euros por el trabajo desarrollado en casa y en el negocio familiar.

El TS, finalmente, rechaza el recurso de casación del marido, resaltando que, en este supuesto, resulta relevante que la esposa, además de trabajar en casa, lo había hecho en el negocio familiar "con un salario moderado y contratada como autónoma", lo que le privaba de una indemnización por despido.

He transcrito el acertado resumen de la sentencia.

LA DONACIÓN MORTIS CAUSA ¿CUÁNDO? LA DGRN

Una Resolución reciente afronta la figura ante un problemático supuesto real. ¿Aportación generosa, para la 2.ª próxima Miscelánea? La espero y más de una. Gracias.

revistajuridica@notariado.org

LAS PENSIONES ALIMENTICIAS: ESPECIAL REFERENCIA AL CÓNYUGE SEPARADO

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho
Abogada. Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía
de la Universidad de Cádiz

Palabras clave: Pensión; alimentos; cónyuges.

Resumen: La pensión alimenticia se configura como uno de los elementos integrantes del convenio regulador de efectos de separación y/o divorcio, cuando la crisis matrimonial se tramita de mutuo acuerdo, y en Sentencia, cuando se trata de un proceso contencioso. Especial problemática plantea la cuestión de los cónyuges separados de hecho, ya que la doctrina no se pone de acuerdo en punto a si cesa la obligación alimenticia entre ellos, o se mantiene ésta..

Abstract: The feeding rent is a factor that integrates de convention of separation and/or divorce, or through a juditial resolution when the separation or divorce is controversial.

It's specially problematic the question concerning separated consorts (not by juditial Sentence).

Key words: Rent; feedings; separated marriage.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Nuestro Código Civil regula la obligación de alimentos entre parientes en el Título VI de del Libro I, así como los alimentos debidos a los hijos por parte de sus progenitores en el Título IV del citado Libro, lo que, como deducción lógica, nos hace concluir que existe un diferente tratamiento legal para ambas instituciones, sin perjuicio, por supuesto, de las características comunes que pudieran darse y que, en efecto, se dan.

Lo primero que hay que plantear a continuación está referido a las características que posee la pensión alimenticia, para, más tarde, desarrollar un concepto de "alimentos", cuestiones éstas que abordo seguidamente.

CARACTERÍSTICAS DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

El artículo 151 de nuestro Código Civil establece que "no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho de alimentos. Tampoco puede compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas."

Como lógica consecuencia, se observan en este precepto del Código Civil unas notas o características que son comunes a la pensión alimenticia. Así, podemos citar las siguientes:

1.ª indisponibilidad: este carácter no hace sino recalcar la nota personalísima de este derecho. Una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 22 de noviembre de 2007, declaró nulo el convenio privado entre los progenitores eximiendo de la obligación de alimentos. La libertad de pactos, en consecuencia, tiene una excepción, ineludible, en la indisponibilidad de las pensiones por alimentos;

2.ª irrenunciabilidad: en este sentido, hay que resaltar que los padres no pueden pactar la renuncia a la pensión por alimentos en el supuesto de ruptura de la pareja y, de hacerlo, ese pacto carece de virtualidad, siendo nulo, por ser contrario a una norma impera-

tiva, conforme establece el artículo 6.3 de nuestro Código Civil. De ahí que el cumplimiento de la obligación alimenticia no pueda ser sometido a ninguna condición, de ningún tipo, lo cual supone que no es excusa, para el abono de la pensión, el incumplimiento del régimen de visitas por parte del otro progenitor o el hijo menor de edad, no pudiendo, tampoco, condicionarse al abono de deudas entre los progenitores o al cumplimiento de cualquier obligación que hayan convenido entre ellos. Esta irrenunciabilidad aparece recogida en el ámbito de nuestro Código Civil, en su artículo 166.1.º, al contemplar la prohibición de renunciar a los derechos de los hijos por parte de los padres, salvo por causa de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez con audiencia del Ministerio Fiscal;

3.ª intransmisibilidad: la pensión de alimentos no puede ser transmitida a un tercero, ni por actos inter vivos, ni mortis causa. Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de junio de 2005, declaró que la obligación de pagar alimentos no se transmite a los herederos, sino sólo una deuda vencida con anterioridad al fallecimiento y no satisfecha, concretada en el tiempo y la cantidad en su condición de heredero del obligado;

4.ª no compensabilidad: en las ejecuciones de pensión por alimentos, en materia de Derecho de Familia, se plantea, con bastante frecuencia, la posibilidad de que el progenitor no custodio se oponga a la misma, alegando compensación de los créditos que ostenta contra el ejecutante. Pero la doctrina jurisprudencial, en nuestro país, no considera compensables estos créditos; y, por último, como última característica;

5.ª imprescriptibilidad: es una lógica consecuencia del carácter irrenunciable. Implica que el derecho a percibir alimentos puede reclamarse en cualquier momento, mientras subsista el derecho, o sea, mientras el hijo no haya alcanzado independencia económica. No obstante, hay que subrayar que, si bien la acción para la solicitud de alimentos no prescribe, sobre los alimentos atrasados se aplica la prescripción de cinco años establecida en el artículo 1.966.1 de nuestro Código Civil, que expresamente contempla la prescripción de la acción para reclamar pensiones alimenticias.

CONCEPTO DE ALIMENTOS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA

En el marco del Derecho de Familia, el derecho de alimentos se puede definir como la facultad jurídica que una persona tiene, denominada alimentista o acreedor alimentario, para exigir de otra, denominada deudor alimentario, o alimentante, lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, o de la adopción, o del matrimonio.

Los alimentos, siempre en el ámbito de Derecho de Familia, comprenden, según el artículo 142 de nuestro Código Civil, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Pero también comprenden la educación e instrucción del alimentista mientras éste sea menor de edad e incluso después de haber alcanzado la mayoría de edad, siempre que aún no hubiere terminado su formación por causa que no le fuere imputable.

La pensión alimenticia ha de estar amparada en la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada la incapacidad para procurarse la subsistencia por sí misma. De ahí que la obligación de dar alimentos no termina, de forma imperativa, ni necesaria, cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

Si bien la Ley es la fuente de la obligación alimenticia, cabe subrayar que ésta se inspira en los lazos y vínculos de solidaridad que rige al grupo familiar, por lo que el legislador, al establecer esta obligación, no hace más que transformar en norma positiva lo que es, en un principio, una cuestión de hondo contenido ético, una a modo de obligación natural.

Los alimentos entre parientes han ganado autonomía frente a otras figuras con las que tiene en común la idea de satisfacción de necesidades personales vinculadas al sustento, habitación, vestido y/o educación.

Entre los alimentos entre parientes, cabe citar, como ha hecho Javier Seoane Prado (1), entre otros, los siguientes:

(1) Seoane Prado, Javier: "Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria", en *Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales,* SEPIN, Madrid, 2005.

1.º la prestación alimenticia integrada en la patria potestad del artículo 154 de nuestro Código Civil;

2.º la comprendida en el deber de socorro mutuo entre los cónyuges, que encontramos en el artículo 68, en sede de deberes conyugales;

3º los alimentos impuestos al donatario por el artículo 648 del Código Civil;

Los alimentos entre parientes tienen una naturaleza extrapatrimonial, porque responden a la necesidad de garantizar un derecho de la personalidad básico, cual es el de la vida. Asimismo, la personalidad se manifiesta en que los alimentos se establecen en atención a la condición y circunstancias de la persona afectada, o sea, el vínculo íntimo que representan las relaciones familiares y las circunstancias personales de cada alimentista y de su evolución, lo cual da lugar a una obligación de carácter personal y, por ende, intransmisible, que varía y se puede modificar en función del cambio en aquellas circunstancias. Lógicamente, otra cosa, bien distinta, es que esta obligación personal se traduzca en obligación de tracto sucesivo, cuyo contenido es una pluralidad de prestaciones patrimoniales que se suceden en el tiempo.

La obligación de alimentos es una obligación civil impuesta por la Ley, y no natural, ya que se halla expresamente articulada en preceptos de nuestro Código Civil, y para los hijos menores de edad el artículo 39.3 de nuestra Constitución la prevé. En función de ello, es por lo que algunos autores han concluido en la exclusión total de la autonomía de la voluntad, al desprenderse así de su naturaleza.

El principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 de nuestra Constitución es aplicable a las relaciones de los miembros de la pareja, debiéndose evitar que la desigualdad económica o social provoque acuerdos inadecuados. La dignidad humana, contemplada en el artículo 10 del citado Texto Constitucional, como valor superior del Ordenamiento Jurídico, y la intimidad familiar, reconocida en el artículo 18, están íntimamente relacionados con la obligación de los padres de procurar alimentos a sus hijos.

Es incuestionable, como ha expresado María Teresa Martín Nájera (2), la importancia que, para las familias monoparentales creadas

(2) Martín Nájera, María Teresa: "Problemática en tornoa la pensión

tras la ruptura de la convivencia, tiene el hecho de recibir mensualmente la cantidad estipulada en concepto de pensión por alimentos a cargo del progenitor no custodio, ya que los gastos de todo tipo que la manutención de un hijo supone necesitan de la aportación de ambos progenitores.

En consecuencia, la obligación alimenticia de los padres es de naturaleza distinta, y más amplia, que el derecho de alimentos entre parientes. La distinción entre ambas obligaciones resulta aclarada, con total evidencia, en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005, que establece que el deber de alimentos para con los hijos menores viene establecido expresamente en la Constitución, artículo 39, y está recogido en el artículo 154.1 del Código Civil, sobre la patria potestad, cuando contempla el deber de los padres de mantener a sus hijos, cuidarles y darles una educación. El artículo 92 del citado corpus legislativo civil recoge que ni la separación ni el divorcio eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, y el artículo 93 dispone que ésta se establecerá de forma adecuada a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Por el contrario, el fundamento de los alimentos a los parientes descansa en la situación de necesidad perentoria, o de subsistencia, en armonía con el artículo 148 del Código Civil, y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos, o incluso con el comportamiento del propio alimentista, en función del artículo 152.

Los alimentos a los hijos tienen su origen exclusivamente en la filiación, por lo que no precisan de demanda para que se origine el derecho, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

Una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de octubre de 2006, respecto a la pensión alimenticia, expresó muy claramente estas distinciones a las que me estoy refiriendo, al referirse a la prestación alimentaria a favor de los hijos como una obligación cuya naturaleza es de orden público, al operar en el ámbito de las relaciones paterno filiales y ser uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, expresando, asimismo, que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos

alimenticia", en Revista de *Derecho de Familia. Doctrina. Jurisprudencia*. Legislación, núm. 61, Valladolid, 2013.

ha de hacerse tomando como referencia no sólo sus ingresos, sino también las efectivas necesidades de los hijos, según los usos y circunstancias de la familia, así como los recursos y disponibilidades del progenitor custodio, aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda, y añadiendo que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su personal situación, tal como ya expresaron, en su día, las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982.

Nuestro Código Civil no define propiamente la obligación alimenticia, sino que, como ya expresé anteriormente, se limita a proponer un concepto de alimentos puramente descriptivo, al señalar el conjunto de prestaciones que integran su contenido. En todo caso, la finalidad de los alimentos es puramente asistencial, porque consiste en la satisfacción de las necesidades del acreedor, por lo que ese conjunto de necesidades es lo que va a configurar su contenido. De ahí que todo lo que el acreedor precise para hacer frente a la necesidad constituye el contenido de la prestación debida. No obstante, el artículo 142 del Código Civil se encarga de concretar este contenido, enumerando, de forma expresa, las necesidades específicas a las que han de destinarse. Se trata de necesidades que el ser humano puede experimentar, tanto desde el punto de vista físico o material, como el sustento, el vestido, la asistencia médica, los gastos de embarazo y parto, etc., como desde el aspecto puramente intelectual, como la instrucción, educación y formación, definiendo, parcamente, los alimentos como "todo lo que es indispensable" para la satisfacción de esas necesidades citadas.

Esta relación de las necesidades no ha de ser interpretada taxativamente, sino como una relación meramente enunciativa y no cerrada de éstas. Se recogen las necesidades más comunes que afectan a la persona, pero no todas, lo cual no implica la exclusión automática de otras similares Tal como expresaba Cobacho Gómez (3), dada la finalidad asistencial de los alimentos, cualquier otra

(3) Cobacho Gómez, José Antonio: "Deuda alimenticia de los padres respecto de su hija. Requisitos para que exista dicha deuda. Prestaciones que cubre", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 53, 2000.

prestaciones análoga destinada a cubrir "otra necesidad", tiene cabida en el concepto de alimentos. Así, a título ejemplificativo, cabe incluir los gastos de transporte, así como los gastos relativos al ocio, como libros, periódicos, asistencia a acontecimientos deportivos, cine, etc., y, del mismo modo, el dinero de bolsillo, y cualquier otra exigencia derivada de las relaciones sociales, si bien sobre esta última tesis hay autores que se pronuncian en contra, como Peña Bernaldo de Quirós (4).

Se trata, en definitiva, de gastos que, aun no siendo de mera subsistencia –lo necesario, lo indispensable para sobrevivir–, son también necesarios, si tenemos en cuenta que la necesidad debe apreciarse no en el plano de estricta supervivencia material, sino desde el derecho a disfrutar de una vida digna.

Por lo que respecta a los gastos funerarios del alimentista, contemplados en el artículo 1.894.2 de nuestro Código Civil, no deben ser incluidos en el contenido de los alimentos para completar la enumeración del artículo 142 del citado corpus legislativo civil, tal como ha expresado Nieves Martínez Rodríguez (5), pero también hay polémica sobre esta cuestión, ya que algún autor, como el anteriormente citado, Cobacho Gómez, se pronuncia en contra de esta última tesis. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en ningún momento el legislador ha dispuesto que tales gastos formen parte de los alimentos, sino simplemente que debe hacerse cargo de ellos quien en su momento hubiera asumido, o hubiera podido asumir, la condición de alimentante respecto al difunto.

Una mención especial, e individualizada, merecen los denominados gastos de educación, los cuales se extienden más allá de la minoría de edad del alimentista.

(4) Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: *Derecho de Familia*. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.

(5) Martínez Rodríguez, Nieves: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

ESPECIAL REFERENCIA A LOS ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES

En primer lugar, hay que resaltar que, mientras el matrimonio se mantenga en una situación de normal desarrollo de la convivencia, el deber de alimentos de integrará en el más amplio deber de socorro mutuo contemplado en el artículo 68 de nuestro Código Civil. En este sentido, el artículo 143 de nuestro Código Civil señala a los cónyuges como los primeros obligados con carácter recíproco. Es evidente que el deber de socorro mutuo comprende un indudable aspecto material, que incluye los deberes de asistencia económica, el mantenimiento de la familia y el cuidado del hogar, todo ello en el ámbito de las circunstancias sociales de los cónyuges y de las necesidades económicas del grupo familiar. Lógicamente, el problema suele plantearse cuando se produce la cesación de esa normalidad convivencial. Tanto en nuestra doctrina, como en la jurisprudencia española, se mantiene la tesis, prácticamente por unanimidad, de considerar extinguida la obligación alimenticia en el supuesto de que se haya dictado una Sentencia que declare la nulidad de matrimonio o el divorcio –éste último disuelve el vínculo matrimonio–, al no existir vínculo conyugal ni, en consecuencia, ninguna obligación entre los que, en su día, fueron cónyuges. No obstante, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2011 declaró que el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges, y el pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y, a menos que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior.

Por lo que respecta a esta cuestión, nuestra doctrina jurisprudencial mantiene que el convenio regulador es un negocio jurídico de Derecho de Familia, que se otorga con motivo de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. En todo caso, la autonomía de la voluntad de los cónyuges fue reconocida hace muchos años, en concreto en la Sentencia de 22 de abril de 1997, por lo que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el ámbito del convenio regulador, con las características propias del artículo 153 de nuestro Código Civil, o sea, se trataría de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se rigen por lo establecido en el artículo 1.791 del Código Civil, o bien gratuitos. El pacto de alimentos, tal como ha puesto de relieve nuestra doctrina

jurisprudencial, debe incluirse en esta categoría, ya que los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos, al haber cesado su status de cónyuges.

Lógicamente, la problemática jurídica sobre esta cuestión se suele presentar en el supuesto de separaciones de hecho o de derecho. En el caso de separaciones de hecho, libremente consentidas, parece que el deber de socorro mutuo, al que me refería anteriormente, cesa y, con ello, cesa la obligación alimenticia. La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012 se pronunció en el sentido de entender que la Sentencia sobre divorcio debía pronunciarse acerca de los alimentos solicitados con carácter provisional, con independencia de los solicitados con carácter definitivo, toda vez que, en caso de denegarse aquéllos, debían abonarse por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda, en aplicación de las reglas generales sobre alimentos.

No obstante, tal como se observa en la práctica forense, la pensión por alimentos es la única que opera desde la admisión de las medidas provisionales hasta la Sentencia, ya que, como es sabido, la pensión compensatoria sólo tiene efectos desde la Sentencia que la establece.

En cualquier caso, no es clara la doctrina a este respecto, ya que, en el supuesto de separación de hecho, parte de la doctrina jurisprudencial no estimó que fuera incompatible la falta de convivencia con la obligación legal de alimentos del artículo 143 del Código Civil. Así lo estimaron las Sentencias de 17 de julio de 1972 y 25 de noviembre de 1985, por lo que los cónyuges separados de hechos podían reclamarse alimentos legales en caso de que se dieran los presupuestos necesarios para ello: estado de necesidad y suficiencia de recursos, respectivamente.

Problemática, resulta, también, la situación de la separación legal, cuya consideración dependió, durante un largo período de tiempo, de la concepción de separación matrimonial vigente en cada momento: bien como separación-sanción, con los consiguientes conceptos de "culpable" e "inocente", o como separación-remedio, o incluso como separación de mutuo acuerdo.

En su redacción original, el Código Civil respondía a la primera de estas concepciones y, consecuentemente con ello, el artículo 73.5 del Código Civil disponía, como efecto de la Sentencia de separación, la conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el

culpable del derecho a los alimentos. En el supuesto de que no hubiera declaración de culpabilidad alguna, ambos cónyuges conservaban su derecho, tal como declaró la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de julio de 1985.

La Ley 30/1.981 supuso un cambio de esta concepción citada a la de separación-remedio, configurando una serie de causas de separación, de las cuales la doctrina jurisprudencial se hizo eco, tratando de eludir cualquier otra causa de separación que la pérdida del afecto marital, y, en consecuencia, suprimió aquel efecto de las Sentencias de separación, por lo que, desde entonces, se ha venido admitiendo la pervivencia de los alimentos legales entre los cónyuges judicialmente separados, son consideración a la causa de separación. Así, por citar algunas resoluciones carismáticas, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 13 de junio de 1995, y la dictada por la Audiencia de Barcelona, de 23 de febrero de 1999. No obstante, el legislador de 1.981 dejó algún vestigio o reliquia de la concepción anteriormente citada por lo que respecta a la separación, en preceptos que aún continuaban haciendo mención al "cónyuge culpable", tal como se observaba en el artículo 834 del Código Civil.

Con las modificaciones legislativas y, en concreto, con la Ley 15/2.005, se impuso un nuevo paso en esta evolución, al suprimir las causas de separación matrimonial y enfocar estas cuestiones a través del consenso, si bien exigiendo ciertos plazos para poder solicitar la separación, todo lo cual supuso la modificación del artículo 81 de nuestro Código Civil y la eliminación de los vestigios, aún imperantes, de la concepción tradicional de la separación matrimonial.

No obstante, hay que resaltar que han sido muchas las resoluciones judiciales que se han dictado en las que se ha afirmado que la única prestación que podía solicitarse, en el marco de la separación o del divorcio, era la pensión compensatoria. En este sentido, cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, el 26 de abril de 2005, que expresó que "declarada la separación definitiva, sólo procede, si se acredita, fijar pensión compensatoria para alguno de los cónyuges, pero no pensión alimenticia en sentido estricto." Siguiendo esta línea orientativa, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de marzo de 2006, declaró que "cualquier reclamación asistencial entre cónyuges, tanto en el

divorcio como en la separación, tiene su cauce adecuado a través de la pensión compensatoria, con la que se cubren no sólo finalidades estrictamente compensatorias, sino también alimenticias." La Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 9 de junio de 2005, también se pronunció en términos similares a lo expuesto.

No obstante, hay que decir, e insistir en ello, que pensión alimenticia y pensión compensatoria son dos conceptos diferentes, y se trata de dos prestaciones distintas. Nuestro Tribunal Supremo dio claridad a esta controvertida cuestión, en su Sentencia de 10 de octubre de 2008, al declarar que "la finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura. Se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente. Es cierto que, desde el punto de vista teórico, existe una clara diferencia entre ambas instituciones, lo que no ha impedido que algunas veces se hayan equiparado ambos conceptos. Sin embargo, esta Sala ha considerado siempre que el carácter familiar de la prestación alimenticia hace que ésta se extinga cuando los cónyuges han obtenido el divorcio, aunque se mantiene mientras subsiste el vínculo matrimonial, a pesar de se que se haya producido la separación, porque en este caso perdura aún la obligación de socorro, establecida en el artículo 68 del Código Civil, que desparece al disolverse el matrimonio por el divorcio…En consecuencia, de todo lo anterior, esta Sala debe confirmar su doctrina reiterada de acurdo con la que, constante matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos."

Esta doctrina fue mantenida por Sentencias posteriores y, en concreto, por las Audiencias Provinciales. En este sentido, cabe destacar la dictada por la Audiencia de Granada, de 23 de julio de 2010, que afirmó tajantemente que "aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos."

Javier Pérez Martín, hace algunos años (6), postulaba la tesis de que, en los procedimientos de divorcio tramitados de mutuo acuerdo, cabía defender la posibilidad de fijar pensiones alimenticias, ya que los cónyuges, en uso de la autonomía de la voluntad, pueden establecer un pacto de alimentos, que ya no serían propiamente alimentos entre parientes, sino alimentos derivados de un contrato. Este supuesto fue ya analizado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Sentencia dictada el 25 de noviembre de 2010, abordando una modificación de medidas de esa concreta pensión alimenticia.

Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón afirmaba que el deber de alimentos entre cónyuges no permanece inmune ni aún hoy en día al comportamiento de éstos (7), pues el artículo 152.4 del Código Civil señala, como causa de su pérdida, la comisión de una falta –en la actualidad, se han suprimido las faltas en el marco de nuestro Código Penal, subsistiendo, en cambio, la terminología de "delito leve"– de las que dieran lugar a la desheredación, y el artículo 855 del citado corpus legislativo civil establece, como una de las causas que pueden dar lugar a la desheredación, precisamente el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales y, entre esos deberes conyugales, se encuentra, no cabe duda, el deber de socorro mutuo, que, como ha quedado expuesto anteriormente, implica, sin lugar a dudas, a mi juicio, el derecho de alimentos entre cónyuges.

En el seno de nuestra doctrina, María Teresa Martín Nájera expresaba que, en el supuesto de ruptura del matrimonio, ya sea de hecho o de derecho, no subsiste la obligación de abonar alimentos (8), citando una Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2012, a la que anteriormente ya me he referido, en la que se expresa que el derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio, siendo medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo, ya que, entre las mismas, no se incluye la pensión compensatoria a favor de uno

(6) Pérez Martín, Antonio Javier: "La crisis económica y la pensión alimenticia", en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 57, 2012.

(7) Ruíz-Rico Morón, Julia: "La supresión de las causas de separación y divorcio (incidencia en otros ámbitos), en *Revista Aranzadi Civil y Mercantil*, 2005.

(8) Martín Nájera, María Teresa: Artículo citado en nota 2.

u otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Civil, ni tampoco resultan necesarias si, hasta el momento de la ruptura, se están cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio.

INCUMPLIMIENTOS DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Como es sabido, en el ámbito de nuestra doctrina, se ha aceptado, con toda razón, el fundamento privatístico del derecho de alimentos, e incluso nuestro Tribunal Supremo se ha referido a un deber natural y, también, a una deuda de consanguinidad. Entre los cónyuges, por ejemplo, uno de los deberes más fundamentales impuestos por nuestro Código Civil consiste, precisamente, en la ayuda mutua.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el deber de los progenitores de alimentar y educar a los hijos es esencialmente diverso del deber de prestar los alimentos en caso de necesidad, y no está condicionado al extremo de la carencia, ya que el hijo de corta edad, aún teniendo bienes suyos, al no estar en situación de proveer a todas sus exigencias, tiene siempre necesidad de cuidados personales que han de serle prestados por el alimentante.

El incumplimiento de las medidas de las pensiones alimenticias constituye, de forma abrumadora, el objeto principal de las ejecuciones de Derecho de Familia. Obviamente, para el pago de la pensión alimenticia ha de establecerse un plazo, plazo que puede fijarse tanto por convenio regulador, cuando la crisis conyugal se tramita de mutuo acuerdo entre los cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, o por resolución judicial, es decir, por medio de Sentencia. Ha de establecerse la cuantía de la pensión, así como las bases para su actualización. En la práctica forense, se ha impuesto, por lo general, el plazo de los cinco primeros días de cada mes, para que el obligado al pago de la misma ingrese su cuantía en la cuenta bancaria designada a tal efecto.

Los incumplimientos de la pensión por parte del obligado al pago de alimentos suponen, en muchas ocasiones, graves perjuicios para el alimentista, ya que, en muchas economías, el percibo de la pensión dentro de los cinco primeros días de cada mes sirve para que, desde ese momento, se pueda ir al supermercado a comprar lo bá-

sico –alimentación, artículos de limpieza, vestuario, etc.– y, en consecuencia, si se abona la pensión con retraso es altamente probable que se causen muchos perjuicios a las personas que dependen de dicha pensión alimenticia. Si bien se ha afirmado por la doctrina española que, junto con la ejecución por impago de pensiones, se practique al ejecutado un requerimiento a fin de que, en las próximas o siguientes mensualidades, abone la pensión dentro del plazo establecido, ese requerimiento, en la práctica, no suele acarrear ulteriores consecuencias o efectos.

Sí se deben solicitar medidas de garantía, como las que cito a continuación.

En la actualidad, el artículo 158 de nuestro Código Civil, en relación con los alimentos debidos a hijos menores de edad, establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de ese deber por parte del progenitor obligado a ello. Lo lógico es que estas medidas se soliciten a instancia del ejecutante, tal como admitió el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de febrero de 2006, pero también debe admitirse la posibilidad de que se adopten de oficio cuando, en la ejecutoria, se constata el impago reiterado de la pensión que se acordó en la Sentencia. El artículo 93 de nuestro Código Civil, en su párrafo 1.º, dispone que, en relación con los hijos sometidos a la patria potestad, el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas a las necesidades de los hijos en cada momento.

Las medidas a adoptar dependen, como es lógico, de las circunstancias económicas del alimentante. Así, cabe distinguir dos situaciones básicamente:

1.ª trabajador por cuenta ajena: si el obligado al pago de la pensión alimenticia es un trabajador por cuenta ajena, la medida más usual es la retención directa de la pensión por parte de la empresa en la que presta sus servicios. De este modo, se garantiza que los beneficiarios de la pensión la reciban mensualmente y dentro del plazo señalado;

2.ª trabajador autónomo o en situación de paro: en este supuesto, resulta mucho más complicado garantizar el pago de las pensiones alimenticias. Lo oportuno, en este caso, es acudir al abanico de garantías personales y reales de nuestro Derecho de obligaciones. Como garantías reales, cabe citar la prenda, la anticresis, la hipoteca, el embargo de bienes muebles o inmuebles, con anotación preventiva en el Registro de la Propiedad respecto de éstos, o la constitución de un depósito o la retención de cuenta corriente o depósito de dinero o valores.

LA CLÁUSULA TESTAMENTARIA PROHIBITORIA DE INTERVENCIÓN JUDICIAL

Javier Fajardo Fernández
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil.
Universidad de Navarra

Palabras clave: Derecho de sucesiones. Testamento. Cláusulas testamentarias. Cláusula prohibitoria de intervención judicial. Cautela socini o sociniana.

Resumen: La cláusula testamentaria en la que el testador prohibe a sus beneficiarios que acudan a los tribunales (cláusula prohibitoria) es paradójica. Por un lado, debe ser aplicada salvo que los beneficiarios acudan a los tribunales por causa de "nulidad declarada por la ley" (art. 675 II CC). Por otro, si la entendemos como una cautela sociniana, debería ser admitida siempre. Pero lo que ha hecho el Supremo desde siempre es inaplicar la cláusula. Esta solución es la que parece más correcta en defensa del acceso a la tutela judicial. Y las dos sentencias de 2014 que parecen querer cambiar la jurisprudencia en este punto (SSTS Pleno 10-6-2014 y 3-9-2014) no resultan en absoluto convincentes.

SUMARIO

I. LA PARADOJA DE LA CLÁUSULA PROHIBITORIA

II. CONCEPTO, ESTRUCTURA, CONTENIDO Y TIPOS DE CLÁUSULAS PROHIBITORIAS

III. CLÁUSULA PROHIBITORIA Y LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA IMPUGNAR

IV. TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN LEGÍTIMA

V. LA CLÁUSULA PROHIBITORIA COMO CAUTELA SOCINIANA

VI. LA CLÁUSULA PROHIBITORIA COMO CLÁUSULA ILÍCITA

VII. CONCLUSIÓN

TABLA DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

I. LA PARADOJA DE LA CLÁUSULA PROHIBITORIA

Llamamos cláusulas prohibitorias a aquellas en las que el testador prohibe a sus beneficiarios acudir a los tribunales para solucionar las controversias derivadas de su herencia, bajo sanción de perder su cuota testamentaria y recibir únicamente el mínimo legal (la legítima estricta si son legitimarios, nada en absoluto en caso contrario).

Estas cláusulas plantean fundamentalmente una cuestión principal: ¿Son válidas? También reducible a: ¿debe imponerse la sanción al impugnante?

Hay tres modos de responder esta pregunta:

a) La cláusula prohibitoria es en principio válida, salvo que la impugnación se haya producido por "nulidad declarada por la ley" (art. 675 II CC). Por tanto, para valorar si debe aplicarse la sanción habrá que atender a la causa por la que el impugnante acudió a los tribunales. Si lo hizo por una causa legítima, no sufrirá la sanción; en caso contrario sí tendrá que sufrirla. Llamaremos a ésta la "teoría de la impugnación legítima".

b) El testador puede imponer las condiciones que quiera, siempre que respete las legítimas. Por tanto, la cláusula es válida. Más aún si está configurada como una cautela sociniana. Llamaremos a ésta la "teoría de la cautela sociniana".

c) La cláusula es ilícita, por lo que no debe aplicarse ni la prohibición de impugnar ni la sanción prevista para este caso ("teoría de la nulidad de la cláusula prohibitoria").

Estas tres teorías se mueven en planos distintos y estancos. En cierto modo, pueden defenderse de forma coherente sin alcanzar a dañar (ni verse alcanzadas por) los argumentos de las otras. Por eso, en esta materia cualquier razonamiento tiende a volverse circular y no llegar a ningún puerto.

Veamos un ejemplo.

– El testador puede imponer una cláusula prohibitoria al llamado, como también puede imponerle cualquier otra condición. Los límites principales son que la condición sea lícita (art. 792 CC) y que respete las legítimas (art. 813 CC). El beneficiario que impugna el testamento incurre en la prohibición testamentaria y se le debe imponer la sanción prevista. Luego la cláusula es válida.

– Por otro lado, cuando el beneficiario sea un legitimario, la cláusula prohibitoria es un gravamen que vulnera su legítima cualitativa (art. 813 II CC), y debe tenerse por no puesto.

– Pero si el testamento ha configurado la prohibición de impugnar como una opción en la que se atribuye al legitimario la posibilidad de elegir entre recibir una porción mayor de la que le corresponde como legítima estricta y renunciar a toda impugnación judicial, o impugnar judicialmente el testamento y perder lo que se le dejó de más, esta cláusula es una cautela de opción compensatoria o cautela sociniana, perfectamente admisible en nuestro Derecho. Luego es válida.

– Pero la cláusula prohibitoria no es válida cuando "haya nulidad declarada por la ley" (art. 675 II CC). En esos casos la sanción prevista en el testamento no debería ser aplicada, pues no puede sancionarse al que insta un juicio que el Derecho impide prohibir. ¿Acaso podría un juez sancionar al que acude a él para protegerse contra una ilegalidad?

–Aunque admitamos que el beneficiario impugnó el testamento por un motivo legítimo, si el testador no estaba obligado a dejarle

más que la legítima estricta, ¿por qué habría que obligarle a darle más? ¿Por qué inaplicar una cláusula prohibitoria que respeta la legítima y atribuye la misma consecuencia jurídica prevista en la ley? Con lo que hemos vuelto al principio.

Por alguna razón, los argumentos expuestos parecen todos válidos, pero ofrecen soluciones opuestas, y no parece que ninguno se imponga claramente a los demás. Empezar por uno no impide continuar con otro hasta terminar volviendo al primero, en un auténtico razonamiento circular que provoca perplejidad y no ayuda a resolver el problema planteado. Y si el razonamiento no siempre es circular, esto se debe más bien a la necesidad de tomar una decisión. Allí donde ésta no es necesaria, todo corre el riesgo de terminar diluido en una confusa vaguedad. Esta peculiaridad, a la que llamaremos "la paradoja estructural", es, a mi entender, la principal causa por la que todavía no ha sido resuelta de modo satisfactorio, a pesar de la atención recibida por la doctrina (1).

---

(1) Cito ahora únicamente los trabajos más específicos sobre el tema, sin perjuicio de otros que saldrán más adelante (unos y otros constan en la bibliografía recogida al final): Fuenmayor, A., "Intangibilidad de la legítima", ADC, 1948, pp. 46-77 (también en *Estudios de Derecho civil*, II, pp. 1201-1248); Jordano Barea, J. B., "Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento", ADC, 1957, pp. 233-247; Vallet de Goytisolo, J. B., "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", Centenario del Notariado, 1964, sección 3ª, I, pp. 399-708; Albaladejo García, M., *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984, X-2, pp. 413-418; Aymerich de Rentería, R., *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Montecorvo, Madrid, 1985; Ruiz-Rico Ruiz Morón, J., *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, Universidad de Granada, Granada, 1986; Lacruz Berdejo, J. L., /Sancho Rebullida, F., *Elementos de Derecho civil*, 1988, V, pp. 339-341 y 522-525; Stampa Sánchez, "Cláusulas prohibitivas de intervención judicial en los testamentos", *Homenaje a Vallet*, 1988, III, pp. 849-879; Jordano Barea, J. B., en *Comentario al CC*, Edersa, Madrid, 1990, IX 1-A, pp. 274-283; Ragel Sánchez, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3º CC*, Dykinson, Madrid, 2004; Fajardo Fernández, "Comentario a la STS Pleno 17-1-2014", CCJC, 100, 2016, pp. 19-46; Fajardo Fernández, "Comentario a la STS 10-6-2014", en Yzquierdo Tolsada (dir). *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson, vol. 6, 2016, pp. 723-732; Pérez Velázquez, "Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela socini. Comentario a la STS Pleno 17-1-2014", RDPat., 35, 2014, pp. 473-492.

Mi propuesta para salir de la paradoja es prestar una atención especial a la jurisprudencia. ¿Cómo resuelve el Supremo este conflicto? ¿Qué prevalece, la libertad de testar o la libertad de impugnar? ¿Son sancionados los beneficiados del testamento que se atreven a impugnarlo en contra de lo mandado por el causante? Precisamente, en esta materia disponemos de un abundante número de sentencias que ofrece una continuidad y coherencia difícilmente superables. El Tribunal Supremo se ocupó de este asunto por primera vez en la STS 12-8-1839 (su primera sentencia en términos absolutos), desde entonces lo ha hecho en más de 70 ocasiones, y, a pesar de los múltiples cambios sociales y legislativos producidos en todos estos años, la pregunta acerca de las cláusulas prohibitorias sigue planteándose exactamente igual que el primer día.

Volviendo a las tres teorías básicas expuestas al principio, podríamos decir que la doctrina mayoritaria argumenta conforme a la teoría de la impugnación legítima, la jurisprudencia ha decidido desde siempre conforme a la teoría de la nulidad de la cláusula, pero las recientes SSTS Pleno 10-6-2014 y 3-9-2014 (en adelante, las sentencias de 2014)(2) parecen haber adoptado la teoría de la cautela sociniana. No creo que con ello hayan cerrado el debate, sino, más bien, que lo han hecho más urgente.

II. CONCEPTO, ESTRUCTURA, CONTENIDO Y TIPOS DE CLÁUSULAS PROHIBITORIAS

Antes de seguir adelante es necesario abordar algunas cuestiones conceptuales previas.

Como ya hemos dicho, son cláusulas testamentarias prohibitorias aquellas que prohíben a los beneficiarios acudir a los tribunales para solucionar las controversias derivadas de su herencia bajo sanción de perder lo que se les deja de más en el testamento y quedarse con el mínimo legal. El nombre de "cláusula testamentaria prohibitoria de intervención judicial" es el más completo, pero lo acortaré a "cláusula prohibitoria" (3).

(2) Las referencias de todas las sentencias citadas constan en una tabla que se adjunta al final.

(3) Este término convive con otras expresiones que podemos con-

Lo que caracteriza y distingue a la cláusula prohibitoria es que prohíbe acudir a los órganos jurisdiccionales y no otra cosa. La diferencia es suficientemente significativa como para justificar su estudio separado de cualquier otra prohibición testamentaria (4).

Lógicamente, todas las cláusulas prohibitorias se presentan en el marco de la sucesión voluntaria. Dado su carácter relativamente técnico, lo más normal es encontrarlas en testamentos abiertos notariales, pero pueden aparecer en cualquier otro instrumento sucesorio (5).

La cláusula prohibitoria restringe de algún modo las libertades de goce y disposición de los beneficiarios, y en este sentido es sin duda un gravamen (6). Esto tiene especial relevancia cuando el gravado es un legitimario, pues entonces el gravamen atenta contra su derecho a la legítima cualitativa (art. 813 II CC). Ésta es precisamente la

---

siderar totalmente sinónimas: "Cláusula por la que el testador prohíbe impugnar su testamento", "cautela dirigida a impedir cualquier intervención judicial", "cláusulas de prohibición de intervención judicial", "cláusulas prohibitivas de intervención judicial", "prohibiciones de impugnar el testamento", "prohibición de intervención judicial", "cláusulas de prohibición de contienda", "condición de no impugnar ante los tribunales", "prohibición de reclamar judicialmente", "prohibición testamentaria", "prohibición de intervención judicial", "prohibición de que se suscite contienda", "cláusula que impide a los herederos la intervención judicial", etc.

(4) Por tanto, no son prohibitorias las cláusulas que imponen otra condición suspensiva o resolutoria, ni las que prohíben cualquier otra conducta distinta de acudir a los tribunales, como la prohibición de contraer matrimonio (art. 793 CC) o la obligación de renunciar a otras herencias (STS 6-5-1953). Ruiz-Rico incluye la cláusula prohibitoria entre unas "cautelas dirigidas a la realización de una conducta que de otra manera no sería exigible", *Prohibiciones*, p. 12, pero al hacerlo deja en segundo plano precisamente lo que las caracteriza y diferencia de las demás. Como veremos más adelante, tampoco es una buena idea calificarlas como una cautela sociniana en general, aunque lo sean.

(5) P. e., en testamentos abiertos mancomunados (p. e., STS 14-5-1895, 22-10-1910), testamentos que incluyen una herencia de confianza (p. e., SSTS 30-10-1944 y 2-11-1944), testamentos cerrados (p. e., STS 3-11-1876, 22-11-1910), ológrafos (p. e., STS 4-4-1895), memorias testamentarias (p. e., STS 22-1-1898), codicilos (p. e., la STS 26-5-1876), donaciones inter vivos (STS 21-3-1902), etc.

(6) Ragel Sánchez, *Cautela Gualdense*, p. 92.

ratio originaria del art. 675 II CC: restringir la cláusula prohibitoria para impedir que se grave la legítima (7).

No hay inconveniente en considerar que la cláusula prohibitoria es un modo, es decir, un gravamen sin beneficiario, no configurado como derecho subjetivo de alguien (8). Aunque el Supremo tampoco tiene problemas en llamarla "condición", sobre todo cuando quiere afirmar expresamente su nulidad (p. e., SSTS 12-12-1959 y 3-3-1980).

Sus elementos subjetivos son el testador disponente (que impone la cláusula prohibitoria); los beneficiados testamentarios por cualquier título (heredero, legatario, legitimario) que resultan gravados por la prohibición de impugnar, y entre ellos especialmente el impugnante, que a pesar de la prohibición impuesta por la cláusula decide acudir a los tribunales; y el llamado que pretende hacer valer la cláusula frente al impugnante (9).

Atendiendo a su contenido, podemos diferenciar varios tipos de cláusula prohibitoria.

Según su supuesto de hecho, pueden prohibir cualquier actuación judicial (prohibitorias propiamente dichas o propias), la incoación del juicio de testamentaría, la impugnación de la partición, u otras conductas más vagas (p. e. "molestar" u "obstaculizar" al albacea o a los partidores en la STS 24-11-1900).

Según su consecuencia jurídica, las cláusulas son completas si sancionan al impugnante con perder cualquier atribución superior a la legítima, e incompletas si no imponen expresamente esa ni otra sanción (10).

De todas las combinaciones pueden encontrarse ejemplos en la jurisprudencia, pero las más frecuentes e interesantes son las cláusulas propias y completas (11).

---

(7) Así, ya Manresa, *Código Civil Español*, 1910, V, pp. 449-450.

(8) Ruiz-Rico, *Prohibiciones*, p. 256; Ragel Sánchez, *Cautela Gualdense*, pp. 100-101; cfr. Durán Rivacoba, R., "Modo y liberalidad", *Homenaje Vallet*, CGN, 1988, III, pp. 293-323.

(9) Otro enfoque distinto de los elementos subjetivos en Ruiz-Rico, *Prohibiciones*, pp. 256-262.

(10) Propone otra clasificación distinta Ruiz-Rico, *Prohibiciones*, p. 12.

(11) Ejemplos de cláusulas incompletas en las STS 4-10-1876, 3-11-1876, 29-9-1886, 20-1-1888, 28-12-1891, 8-2-1892, 17-10-1893, 28-12-1896, 8-11-1901, 1-2-1907, 24-11-1906, 24-11-1906, 17-5-1910,

Para comprender su estructura y tenor literal bastará con reproducir el texto de tres cláusulas prohibitorias que podemos considerar representativas del conjunto.

STS 27-2-1869

"Y prohibiendo que por razón de sus bienes se formase juicio ni expediente alguno de testamentaría, a cuyos efectos les daba y otorgaba los más amplias facultades para que en bien e interés de los referidos menores hicieran extrajudicialmente cuanto hacer pudieran con prevención de cualquiera de sus herederos o legatarios que impugnase aquel su testamento perdiera la parte en que estuviera beneficiado, y solo percibiera lo que por rigurosa legítima le correspondiese."

STS 26-5-1869

"Y siendo su deseo que la testamentaría se hiciera en buena paz y armonía sin malgastar en cuestiones judiciales el todo o parte de su caudal, previno que las particiones se habrían de hacer por sus albaceas… sin que los interesados ni ninguna autoridad civil ni eclesiástica pudiera entrometerse a frustrar ni a alterar el contenido de esta cláusula, pues lo prohibía absolutamente por ser así su voluntad; y si, lo que no era de esperar, algún heredero o legatario entablase demanda o reclamación judicial, cualquiera que fuere el motivo o pretexto sin excepción de ninguna clase, por solo este hecho, sin más comprobante que un testimonio de haberse incoado el primer acto judicial, se entendiera nula, sin efecto y como no hecha la institución de heredero, manda o legado con que lo hubiere

8-5-1926, 11-1-1950, 13-12-1986, TSJ Cataluña 16-9-1999. Ejemplos de cláusulas que no indican claramente ni supuesto de hecho ni sanción, pero son admitidas como cláusulas prohibitorias implícitas, en SSTS 27-2-1869, 4-10-1876. En el fondo, el problema planteado por todas es si deben ser interpretadas como si fueran propias y completas. P. e., en la cláusula de la STS 24-11-1900, "si cualquiera de los legatarios molesta de cualquier modo a los albaceas, por ese mismo hecho quedará excluido del legado que le hago". Como parece que ese "molestar" incluye "demandar", la cláusula debe interpretarse como propia y completa. Igualmente, la que ordena que "nadie fuera de los albaceas pueda inmiscuirse en este asunto con derecho" (STS 4-4-1895) solo es relevante jurídicamente si la interpretamos como una propia completa.

agraciado, quedando a elección de sus albaceas la distribución de su importe entre los demás interesados en su testamentaría."

STS Pleno 10-6-2014

"Octava. Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor.

Novena. Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes."

A pesar de sus diferencias, las tres son iguales en lo fundamental. Las tres son prohibitorias propiamente dichas, completas, tienen una redacción estandarizada, clara y correcta. No plantean dudas respecto a lo que pretendía el testador, la conducta prohibida o la sanción que se le atribuye. Y si la libertad de testar tiene como único límite la legítima estricta, las tres están redactadas de un modo en que siempre la respetan. Lo mismo podría decirse de la mayoría de las cláusulas prohibitorias que aparecen en casi todas las sentencias del Supremo.

La cláusula prohibitoria se puede formular como una prohibición unida a una sanción (p. e., "prohíbo a los beneficiarios que acudan a los tribunales, y el que lo haga perderá la atribución que le hago, salva su legítima") o en términos de opción (p. e., "los beneficiaros deberán elegir entre no acudir a los tribunales, en cuyo caso recibirán lo indicado en este testamento, o acudir a ellos, en cuyo caso no recibirán más que su legítima estricta"). Pero es irrelevante que el tenor literal sea uno u otro. La finalidad, la estructura y los efectos jurídicos son los mismos.

La validez de la cláusula no depende de ningún modo de la causa o la intención concreta que haya movido al testador a introducir la cláusula prohibitoria en su testamento. Porque el testador siempre persigue dos objetivos perfectamente honorables: proteger la ordenación que él mismo ha hecho del destino de sus bienes, y man-

tener la paz jurídica entre sus beneficiarios, familiares y amigos en general (12).

La gran mayoría de las cláusulas prohibitorias no plantean dudas de interpretación, y en los escasos supuestos en que surgen, el tenor literal concreto no ayuda a resolverlas, pues normalmente depende más del formulario notarial empleado que de las peculiaridades de la voluntad o de la declaración del testador (13). Pero las cláusulas prohibitorias tampoco son meras cláusulas de estilo, en el sentido de incorporadas al testamento por efecto de la inercia, sin conocimiento ni voluntad del testador (14).

Se afirma a veces que las cláusulas prohibitorias no admiten tratamiento unitario y deben analizarse según el caso concreto (15). Si con ello se quiere decir que su validez es puramente casuística y no susceptible de análisis, creo que ocurre más bien lo contrario: precisamente, como todas tienen finalidad, estructura y tenor literal muy similares, cabe analizarlas con mayor grado de generalidad que otras cláusulas testamentarias más personalizadas.

En conclusión, podemos afirmar que la inmensa mayoría de las cláusulas prohibitorias se encuentran en testamentos abiertos notariales, son claras, correctas, completas, estandarizadas, y apenas requieren interpretación o análisis de la causa o motivo específico que tenía el testador al incluirlas. Los problemas planteados por la cláusula prohibitoria no están relacionados con su tenor literal. Esto me eximirá en lo sucesivo de transcribirlas.

---

(12) Otra cosa es que junto a ese objetivo lícito el testador haya perseguido también otro menos defendible, como defraudar a uno de sus legitimarios. Pero en ese caso lo relevante no es la finalidad (subjetiva), sino la inoficiosidad (puramente objetiva). En el mismo sentido, Stampa, "Cláusulas prohibitivas", p. 855. En contra, consideran que el móvil o intención subjetiva del testador al incorporar la cláusula es un elemento definitivo para su validez Aymerich, *Cláusulas prohibitorias*, p. 76 y Ruiz-Rico, *Prohibiciones*, p. 40 y 156.

(13) Stampa, "Cláusulas prohibitivas", p. 851.

(14) Puede que esto fuera así antes de la aprobación del Código civil. En ese contexto se explica la cláusula presente en la STS 15-12-1860, excepcional y probablemente innecesaria: "entendiéndose que lo dicho en esta cláusula no era mera fórmula, sino que había de ejecutarse estricta e irremisiblemente desde luego que ocurriese alguno de los casos que indicaba".

(15) Albaladejo, *Comentario*, X-2, p. 415; también SSTSJ Cataluña 3-4-1995 y 16-9-1999.

Atendiendo a estos criterios, podríamos decir que en su mayoría son válidas y deberían ser aplicadas por los tribunales. Y, sin embargo, veremos que en la práctica ocurre precisamente lo contrario.

III. CLÁUSULA PROHIBITORIA Y LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA IMPUGNAR

La cláusula prohibitoria pretende conseguir la paz jurídica con dos medios: prohibir la impugnación del testamento, y sancionar al impugnante. En este apartado nos referiremos al primero de ellos.

Recordemos que la mayoría de las cláusulas prohibitorias prohíben cualquier intervención judicial. Pero también hay fórmulas que solo prohíben y sancionan la incoación del juicio de testamentaría (p. e., SSTS 4-10-1876, 20-1-1888, 14-5-1895, 22-11-1910, 30-10-1910).

La cuestión es: ¿Hasta qué punto puede el testador privar al impugnante de legitimación activa para acudir a los tribunales en lo que se refiere a su sucesión?

Para responder esta pregunta, debemos distinguir las acciones impugnatorias en general de la incoación del juicio de testamentaría.

a) Por lo que se refiere a los procesos contenciosos, puede ilustrar el problema el proceso que dio lugar a la STSJ Cataluña 16-9-1999. El testador nombraba albaceas contadores partidores, a los que atribuía muchas funciones, entre ellas la de resolver las controversias relativas a su sucesión, y prohibía la intervención judicial a sus hijos herederos. Cuando uno de los hijos demandó invocando que se había vulnerado su legítima, los albaceas opusieron la declinatoria para "denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a... árbitros o mediadores" (hoy en el art. 63.1 LEC-2000). El JPI estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por los albaceas por entender que la prohibición de litigar y la atribución de facultades a los albaceas podía equipararse a una cláusula arbitral o de mediación.

Pero aquella decisión no solo fue revocada posteriormente, sino que debe considerarse totalmente excepcional. Los tribunales nun-

ca consideran que la cláusula prohibitoria testamentaria afecte a la competencia judicial ni la entienden como una cláusula arbitral. Nunca ha sido elemento suficiente para privar de legitimación activa al llamado que pretende incoar un proceso plenario. Por mucho que el testador le prohíba impugnar, esa prohibición carece de consecuencias procesales.

Como excepción, cabe citar la STS 29-9-1886. La testadora nombró tres albaceas y contadores partidores e instituyó a varios sobrinos suyos coherederos. El testamento contenía una cláusula prohibitoria bastante escueta e incompleta en la que atribuía amplios poderes a los albaceas "sin que en ellos interviniera la autoridad judicial". Los albaceas cumplieron los encargos de la testadora y entregaron la cantidad que le correspondía a cada coheredero. Dos de los coherederos demandaron a los albaceas exigiendo que rindieran cuentas, a lo que éstos se opusieron. El JPI estimó la demanda y exigió que rindieran cuentas, y fue confirmado por la Audiencia. El Supremo casó la instancia y desestimó la demanda por incumplir la orden de la testadora prohibiendo la intervención judicial. Es la única sentencia que conozco que hace tal cosa.

b) Respecto al procedimiento de testamentaría (de jurisdicción voluntaria), la respuesta tiene que ser algo más matizada.

En efecto, el juicio de testamentaría, configurado por los arts. 404, 406, 407, 409 y 496 LEC-1855 (16) y conservado prácticamente igual en la LEC-1881, distinguía entre juicio de testamentaría necesario y voluntario. El necesario tenía lugar cuando alguno de los herederos fuera ausente, menor o incapacitado, y debía ser promovido de oficio por el juez (art. 1041 LEC-1881). El voluntario se daba en los demás casos y debía ser promovido por un heredero, el cónyuge supérstite, un legatario de cuota o un acreedor no afianzado (arts. 1038 y 1040 LEC-1881). El testador podía prohibir expresamente que se acudiera al juicio de testamentaría, tanto voluntario (art. 1039 LEC-1881) como necesario (arts. 1044 y 1094 LEC-1881), siempre y cuando hubiera nombrado albaceas o contadores partidores con facultades para practicar las operaciones extrajudicialmente (art. 1045 LEC-1881). En tal caso, la testamentaría quedaba impedida y era deber del juez no incoarla o sobreseerla

(16) Cfr. Escriche, *Diccionario razonado*, IV, pp. 1082-1092.

si ya había sido incoada (art. 1044 II LEC-1881). Por tanto, bajo aquella legislación, si el testamento nombraba contador-partidor que había aceptado el cargo, la presencia en el testamento de una cláusula prohibitoria bastaba para impedir la tramitación del juicio de testamentaría.

En muchas sentencias sobre cláusulas prohibitorias anteriores a 1930 lo que se cuestionaba precisamente era si debía admitirse a trámite o no la solicitud de testamentaría instada por un beneficiario de un testamento que contenía una cláusula prohibitoria (en algunos casos, prohibitoria únicamente de la testamentaría) (17).

Puede considerarse representativa de aquellas sentencias la STS 4-10-1876. Bartolomé instituía herederos a sus dos hijos y a los nietos hijos de otro hijo premuerto (estos últimos menores), nombraba partidor al albacea y prohibía la intervención judicial. El tutor de los menores instó el juicio de testamentaría, a lo que se opusieron el albacea y los otros herederos. El juez dictó auto afirmando que procedía la testamentaría voluntaria. Los demandados recurrieron. La Audiencia decidió que no cabía testamentaría y revocó el auto. El demandante recurrió. El Supremo estimó el recurso, casó la instancia, y afirmó que la normativa procesal "en nada altera los derechos concedidos… para promover el juicio voluntario, ni concede al testador el derecho de privar de este recurso a los herederos cuando les faculta para impedir el juicio necesario, caso de tenerlos menores o incapacitados". Es decir, aunque la prohibición testamentaria fuera clara y se cumplieran los requisitos legales, a juicio del Supremo eso no bastaba para impedir el juicio de testamentaría cuando era voluntario.

Parecería, por tanto, que la clave para admitir o no el juicio de testamentaría cuando hay cláusula prohibitoria es si es voluntario o necesario. Sin embargo, si atendemos a las sentencias en la materia, vemos que siempre que se pide, la solicitud es admitida.

Solo hay tres casos en que el Supremo ha desestimado la incoación de un juicio de testamentaría porque el testamento contenía una cláusula prohibitoria: las SSTS 30-6-1862, 30-11-1910 y 8-5-1926.

(17) Sobre este tema, *vid.* Stampa, "Cláusulas prohibitivas", pp. 870-873; Aymerich, *Cláusulas*, pp. 157-169; Gete Alonso/Munar Bernat, *Tratado*, I, pp. 673-4; Jordano Barea, "Dictamen", p. 244.

En la STS 30-6-1862 el testador, viudo casado en segundas nupcias, instituyó herederos a los cuatro hijos de su primer matrimonio y a los siete del segundo, y nombró albaceas y contadores partidores a su segunda esposa y a un amigo, en un testamento sin cláusula prohibitoria. Los comisarios realizaron la partición. Uno de los hijos del primer matrimonio impugnó la partición e instó juicio de testamentaría invocando que un heredero había sido declarado ausente y otros eran menores. Los tribunales, confirmados en casación, desestimaron la demanda, porque consideraron que, aunque el testamento carecía de cláusula prohibitoria, ésta debía entenderse implícita en el nombramiento de contador partidor.

En la STS 30-11-1910 el testador instituye herederas a sus sobrinas menores Isabel y Dolores, nombra partidor y "obliga a todos los interesados a estar y pasar en absoluto por la partición, aunque alguno se crea perjudicado". El padre de las herederas instó juicio de testamentaría, pero el juez lo desestimó interpretando la voluntad del testador. Audiencia y Supremo confirmaron el fallo.

En la STS 8-5-1926 el testador dejó viuda, a la que había que restituir la dote, nombró herederos a sus dos hijos, designó albaceas contadores e incluyó una cláusula prohibitoria incompleta (sin sanción al impugnante). Mientras se completaba la partición, los herederos instaron juicio voluntario de testamentaría. Los contadores se opusieron. El JPI dio prioridad a la partición extrajudicial ya incoada y suspendió las actuaciones. Los herederos demandaron entonces la nulidad de la partición invocando la prohibición testamentaria. El JPI desestimó la demanda y su decisión fue confirmada en este punto por Audiencia y Supremo. Según éste, "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…, no puede en realidad decirse que sustancialmente pugnen ambos derechos". Según el Supremo, los hijos habían pedido la testamentaría "cuando se convencieron de que los contadores no estaban dispuestos a compartir sus criterios en cuanto al modo de liquidar" la herencia.

Las tres sentencias resultan algo peculiares. En las dos primeras el testamento ni siquiera tenía cláusula prohibitoria y en la tercera ésta era incompleta. Más bien, parece que en los tres casos el Supremo buscó una solución en términos de justicia del caso concreto

(en la tercera los impugnantes actuaban de mala fe y en las tres la partición ya se había realizado o estaba incoada).

Pero lo que a mí me resulta sorprendente no es que en tres sentencias el Supremo haya rechazado el juicio de testamentaría, sino que haya tantas otras en las que ha admitido su tramitación, aun cuando concurrían todas las circunstancias exigidas por la ley procesal para no admitirlo.

Este el caso de las SSTS 25-9-1849, 10-11-1866, 27-2-1869, 4-10-1876, 3-11-1876, 29-1-1889, 1-12-1891, 8-2-1892, 17-10-1893, 14-5-1895, 24-12-1895, 28-12-1896, 22-1-1898, 11-7-1905, 24-11-1906, 22-11-1910, 2-12-1929, 11-1-1950. En todas ellas el testamento contenía una cláusula prohibitoria y nombraba comisario contador-partidor. Daba igual que el juicio fuera necesario o voluntario, que el testador tuviera o no legitimarios, o que entre los llamados hubiera menores o ausentes o no los hubiera. Aunque los argumentos invocados por cada sentencia varían, la solución era siempre la misma: la existencia de una cláusula prohibitoria en el testamento no es suficiente para privar de legitimación al llamado que insta el juicio de testamentaría, y los tribunales admiten su tramitación, siempre y cuando la partición no esté todavía completada (18).

Esto me lleva a pensar que la jurisprudencia ha interpretado la legislación procesal de 1855 y 1881 de un modo extremadamente favorable para el que instaba el juicio de testamentaría y ha admitido la tramitación del juicio de testamentaría a pesar de la prohibición testamentaria, casi *contra legem*.

De todos modos, basta con atender a las fechas de estas sentencias para observar que el conflicto entre la cláusula prohibitoria y el juicio de testamentaría pertenece a otra época. Parece que a partir de los años 30 del siglo XX este asunto dejó de ser conflictivo.

La LEC-2000, al contrario que sus predecesoras, no menciona expresamente la cláusula prohibitoria, pero sí prevé que se pueda excluir el procedimiento de división de herencias cuando el testa-

(18) "Una vez que se acredite en dicho juicio que aquella división se ha practicado en legal forma fuera del mismo, procede su sobreseimiento…, existiendo en los autos una partición auténticamente practicada no cabe continuar aquel procedimiento por carecer de finalidad el curso de las diligencias simplemente iniciadas" (STS 3-12-1931, RAJ 2287).

dor mismo haya realizado la partición o la haya encomendado a un contador-partidor (art. 782.1 LEC-2000, cfr. arts. 1056 y 1057 CC) (19). En cualquier caso, ante una cláusula testamentaria que prohíba acudir a este procedimiento, la respuesta debería ser hoy la misma que siempre ha aplicado el Supremo: la demanda debe ser tramitada. Porque el testador no tiene, ni ha tenido nunca, ni siquiera cuando la ley procesal afirmaba lo contrario, la facultad de privar a sus herederos de legitimación para acceder a la jurisdicción (20).

En conclusión, el problema que plantea la cláusula prohibitoria no es si puede limitar la legitimación del impugnante, pues eso no puede hacerlo ni ha podido nunca. Lo verdaderamente cuestionado es la validez y aplicabilidad de la sanción prevista en el testamento contra el impugnante por haber impugnado. De eso hablaremos en el resto de este trabajo.

IV. TEORÍA DE LA IMPUGNACIÓN LEGÍTIMA

Recordemos que, según el art. 675 II CC, "el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley".

Manresa lo comenta así: "el abuso que se hacía en nuestro anterior orden legal de la cláusula prohibitiva de la impugnación del testamento, bajo pena de pérdida de los derechos que pudieran corresponder con arreglo a él al impugnante, hizo necesario, o mejor dicho, conveniente, el precepto consignado en el párrafo 2.º…

(19) Aunque cabe imaginar que el testador de hoy tiene menos motivos para prohibir a sus coherederos que acudan a la partición legal, pues el procedimiento legal es (o se redactó aspirando a que fuera) "mucho más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881" (EdM LEC-2000). No debemos olvidar que los coherederos pueden alcanzar un acuerdo en cualquier momento, siempre que lo hagan unánimemente y no haya coherederos con capacidad de obrar limitada (arts. 1058 CC, 782.1 y 789 LEC-2000). Desde la reforma de 2015, el expediente de jurisdicción voluntaria de partición de herencias está a cargo del Letrado de la Administración de Justicia (arts. 782.1 LEC y 92 LJV).

(20) En contra, De la Cámara, que en línea general considera que las cláusulas prohibitorias son nulas, sin embargo las admite cuando prohíben el juicio de testamentaría, salvo que el impugnante sea heredero forzoso, *Compendio*, 2011, pp. 140-141.

Si la cláusula pudiera prosperar, quedaría anulado el derecho de los herederos legítimos y forzosos para impugnar. A lo sumo, podrá imponerse al legatario o al heredero voluntario, pero al forzoso de ningún modo, porque sería un gravamen prohibido" (21). Es decir, el art. 675 II CC pretendía modificar el Derecho anterior y limitar la posible arbitrariedad del testador contra sus legitimarios. Pero en la mente del legislador la cláusula (incluida la sanción) seguía permitida y debía aplicarse, salvo en el supuesto, bastante restrictivo, de "nulidad declarada por la ley" (que incluía la impugnación por el legitimario).

Si la prohibición de impugnar es válida salvo "en los casos en que haya nulidad declarada por la ley" (art. 675 II CC), la clave para resolver el problema está en identificar cuáles son los criterios que convierten la impugnación en lícita y hacen que deba prevalecer frente a la cláusula. Según esto, existe, al menos idealmente, una lista de "criterios legítimos de impugnación" (amparados por el art. 675 II CC y cuya concurrencia hace que el beneficiario no se vea afectado por la sanción prevista en la cláusula prohibitoria), y otra de "criterios de impugnación no legítimos" (que no pueden considerarse fundados en una "nulidad declarada por la ley", resultan insuficientes para legitimar la impugnación y no pueden impedir que se aplique la sanción). Buena parte de la reflexión doctrinal y de la argumentación jurisprudencial acerca de las cláusulas prohibitorias está enfocada adoptando implícitamente este punto de vista.

Obviamente, cuanto más larga sea la lista de los criterios legítimos de impugnación y más supuestos cubra, mayor será el número de casos en los que el impugnante no deberá sufrir la sanción. Una interpretación extensiva del art. 675 II CC y de los supuestos cubiertos por la "nulidad declarada por la ley" convertiría en nulas todas las cláusulas prohibitorias (22), y una interpretación extremadamente restrictiva supondría prácticamente la validez de todas ellas.

La lista de casos en que se ha sugerido que la impugnación es legítima y no sancionable se ha ido alargando hasta incluir, al menos: a) Impugnación de testamento contrario a normas imperativas, b) Impugnación de testamento inoficioso, c) Impugnación de un acto

(21) *Código civil español*, 1910, V, pp. 449-450.
(22) Stampa, "Cláusulas prohibitivas", p. 861.

de tercero contrario a la voluntad del testador, d) Impugnación de partición testamentaria que contiene bienes ajenos, e) Regla del vencedor, f) Segundo impugnante, y g) Defensa del propio derecho.

a) Impugnación de testamento contrario a normas imperativas

Nadie duda que en los casos de impugnación del testamento por defecto de forma, incumplimiento de normas imperativas sobre el contenido del testamento o defecto de capacidad del testador, hay una nulidad "declarada por la ley", la cláusula que prohíbe impugnar el testamento debe tenerse por no puesta, y el impugnante no debe ser sancionado cuando insta la impugnación (23). En este sentido, se puede decir que, "respecto del testador, las causas de ineficacia son de Derecho imperativo" (24).

Aunque no conozco ninguna sentencia en que se plantee este conflicto entre una impugnación por defecto de forma y una cláusula prohibitoria, el defecto de forma es uno de los supuestos más claros del art. 675 II CC (cfr. art. 687 CC). Es precisamente la nulidad en la que estaba pensando el art. 722 del Proyecto de 1851, antecedente del art. 675 II CC: "La cláusula por la que el testador prohibe impugnar su testamento no se extiende a las demandas de nulidad por falta de solemnidades (…)" (25).

En cuanto a impugnaciones por contenido del testamento contrario a normas imperativas, en la STS 11-12-1861 el impugnante reclamaba que el testamento era contrario a la normativa desvinculadora; en la STS 28-12-1891, que el testador había nombrado he-

(23) Lacruz/Sancho, *Elementos*, V, p. 341; Jordano Barea, *Comentarios*, IX, 1-A, p. 278; Stampa, "Cláusulas prohibitivas", p. 862; Ruiz-Rico, *Prohibiciones*, p. 94; Fernández Piera, *Instituciones*, V, 2.º, p. 1061.

(24) Capilla, "Nulidad", p. 17.

(25) Sus fuentes eran el art. 720 del Código austríaco (según el cual "La disposición del testador en que se prohibe al heredero o al legatario impugnar el testamento, no se extiende a su sinceridad…"), el parágrafo I, 12, 457 del Código prusiano ("Las disposiciones por las que el testador impone ciertas cargas a los herederos o legatarios que impugnen el testamento, no comprenden las demandas de nulidad con motivo de la falta de autenticidad o de verdad respecto de las últimas voluntades"), el 1752 del antiguo Código portugués, y el 2148 del Código sajón. García Goyena, *Concordancias*, II, p. 153; Saint Joseph, *Concordancia*, pp. 90-91; Aymerich, *Cláusulas*, p. 29-30; Jordano Fraga, *Comentarios al CC*, IX, 1-A, p. 274.

redero a un hijo adulterino e incestuoso, contra el Derecho vigente; en la STS 2-11-1944, que el testador eximía al heredero de confianza (en Derecho catalán) de rendir cuentas; en la STS 10-7-1954, la nulidad de varias disposiciones simuladas. En ninguno de estos casos el impugnante sufrió la sanción prevista por el testamento, por lo que podemos pensar que los tribunales consideraban que el motivo de la impugnación había sido legítimo (26).

Respecto a la impugnación del testamento por defecto de capacidad del testador al otorgar el testamento, también parece claro que no le debe afectar la prohibición ni su sanción [aparte de que, si la impugnación es estimada, la cláusula prohibitoria resultará irrelevante (27)].

En la STS 15-2-1911 la testadora, una señora mayor sin hijos, otorgó dos días antes de morir un testamento abierto en que nombraba herederos a dos sobrinos, atribuía legados a favor de otros sobrinos (entre ellos, Elías) e incluía una cláusula prohibitoria. Elías impugnó el testamento por falta de capacidad natural de la testadora. Los herederos reconvinieron que Elías debía perder su legado por incumplir la cláusula prohibitoria. El JPI desestimó la demanda y estimó la reconvención, y fue confirmado por la Audiencia. El Supremo casó y desestimó tanto la demanda como la reconvención, indicando que el impugnante no debía ser sancionado porque "la prohibición [testamentaria] es contraria a Derecho, como lo es toda modalidad que contribuya a que prevalezca un acto nulo". Es decir, no cabía sancionar al que impugnaba un testamento con base en motivos que llevaban a la ley a considerarlo nulo, aunque en este caso los tribunales hubieran rechazado la nulidad pedida.

(26) Para una argumentación explícita, en la STS 10-7-1954 el Supremo dice que si la demandante sólo hubiera discutido las facultades de la heredera, se le podría haber aplicado la sanción, "pero como al propio tiempo se impugnan actos simulados o meramente aparentes, cuya ilegalidad puede combatirse no obstante las prohibiciones del testador", el recurso debía ser desestimado.

(27) Capilla, "Nulidad", p. 17.

b) Impugnación de testamento inoficioso

El legitimario que recibe por testamento menos de lo que le corresponde según la ley tiene derecho a ejercer las acciones legales que protegen su derecho sin que se le aplique la prohibición de acudir a los tribunales impuesta por el testador ni su correspondiente sanción.

Hemos visto que Manresa justificaba la restricción de la cláusula prohibitoria por la necesidad de proteger a los legitimarios, pues prohibirles impugnar el testamento suponía un gravamen contrario a la legítima: "igual que a ellos no se les puede imponer la prohibición del juicio de testamentaría o la intervención judicial, tampoco se puede limitar su derecho". La cláusula "a lo sumo, podría imponerse al legatario o al heredero voluntario, pero al forzoso de ningún modo, porque sería un gravamen prohibido" (28).

En efecto, afirmar el derecho del legitimario a reclamar su cuota legitimaria frente al testamento que le deja menos parece algo poco menos que obvio (29).

La jurisprudencia tampoco tiene duda en este punto. Ya desde un primer momento el Supremo afirmó que la prohibición de impugnar "solo alcanza a los herederos voluntarios" (STS 3-11-1876). Son muy numerosas las sentencias en las que un legitimario del causante impugna en contra de la prohibición testamentaria sin que se le aplique la sanción (SSTS 27-2-1869, 4-10-1876, 23-10-1886, 20-1-1888, 29-11-18889, 1-12-1891, 8-2-1892, 14-5-1895, 11-7-1905, 22-11-1910 , 8-5-1926, 1-6-1946, 12-12-1958, 12-12-1959, 21-5-1963, 20-12-1963, 12-11-1964, 8-11-1967, 25-1-1971, 3-3-1980, 13-12-1986, TSJ Cataluña 10-7-2000, 8-6-1999). Bastará con ver en detalle dos de ellas.

En la STS 19-11-1901 el testador otorgó un testamento que contenía cláusula prohibitoria, nombró herederos a sus sobrinos y dejó un legado a su esposa. Después de fallecer el causante, la viuda

(28) *Código Civil*, V, pp. 449-450.

(29) Fuenmayor, "Intangibilidad", II, p. 1238; Vallet, *Panorama*, I, p. 643; Albaladejo, *Comentario al CC*, X-2, p. 415; Stampa, "Cláusulas prohibitivas", pp. 862 y 877; Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones*, I, p. 881; Gete Alonso/Munar Bernat, *Tratado*, I, p. 674; Fernández Piera, *Instituciones*, V-2.º, p. 1061.

se casó en segundas nupcias e impugnó la partición. Su demanda fue desestimada. Posteriormente, uno de los herederos demandó a la viuda la restitución del legado por haber incumplido la cláusula prohibitoria. El TS, confirmando la instancia, desestimó la demanda porque la viuda solo había pedido lo que le correspondía legalmente.

En la STS 21-5-1963, un viudo que dejaba una hija (Rosa) se casó en segundas nupcias con Margarita y tuvo con ella otros dos hijos (Fermín y Antolín). En su testamento (con cláusula prohibitoria) nombró albacea a la viuda. La hija del primer matrimonio pidió a la viuda que rindiera cuentas en demanda que fue estimada. Posteriormente fue ella la demandada para que se aplicara la sanción testamentaria y su cuota quedara reducida a la legítima estricta. El Supremo rechazó la petición, porque la cláusula "nunca sería suficiente… para impedir a los herederos forzosos la actuación de cuantas pretensiones crean van encaminadas a demostrar que les han perjudicado en su legítima".

Según razona el Supremo en estos y otros casos, la protección debe alcanzar a los legitimarios que reclaman su derecho tanto si éste ha sido vulnerado como si no, porque "no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión" (STS 12-12-1959). "No se puede privar al heredero forzoso de la única vía de averiguación de la cuantía de su cuota" (30).

Algunas afirmaciones realizadas ocasionalmente por el Supremo podrían sugerir que la defensa de la legítima es el único fundamento y el único supuesto en que no se debe sancionar al impugnante (31). Pero no me parece correcto. El hecho de que el testamento sea inoficioso o el impugnante sea legitimario no es lo que explica cuándo se inaplica la cláusula prohibitoria. También hay muchos casos en que el impugnante no era legitimario del testador (o lo era pero no reclamaba su legítima), y tampoco entonces se le aplica la sanción (p. e., SSTS 25-9-1849, 11-12-1861, 27-2-1869, 26-5-1870,

(30) Fuenmayor, "Intangibilidad", II, p. 1238.

(31) P. e., la cláusula debe aplicarse "salvo que los legitimarios no reciban su parte" (STS 8-5-1926); "el límite para la aplicación de la cláusula prohibitoria son los derechos de los legitimarios" (STSJ Cataluña 10-7-2000). También en la doctrina: sufrirán la sanción "a no ser que no se haya respetado su derecho a la legítima estricta", Jordano Barea, "Dictamen", p. 247; la cláusula "afecta al heredero forzoso si no afecta a su legítima", Gete Alonso/Munar Bernat, *Tratado*, I, p. 674.

26-5-1876, 22-1-1898, 24-11-1900, 19-11-1901, 21-3-1902, 13-10-1903, 27-2-1907, 24-11-1906, 22-10-1910, 22-11-1910, 30-11-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 30-10-1944, 2-11-1944, 11-1-1950, 10-7-1954, 29-1-1955, 21-2-1962, 20-12-1963, 6-6-2014, 3-9-2014).

Además, si ponemos en relación la cláusula prohibitoria con la posibilidad que tiene el testador de distribuir sus bienes entre sus legitimarios como quiera, respetando su legítima estricta, el razonamiento se enturbia. Lo abordaremos al hablar de la teoría de la cautela sociniana.

c) Impugnación de un acto de tercero contrario a la voluntad del testador

Un buen número de impugnaciones se dirigen no contra el testamento mismo, sino contra un acto de un tercero, y especialmente contra la partición realizada por partidor testamentario. Desde el punto de vista del cumplimiento del testamento que contiene una cláusula prohibitoria, no hay diferencia entre impugnar una cosa u otra. Pero parece claro que no es lo mismo impugnar el testamento que un acto de un tercero. Más aún cuando la causa por la que se impugna es precisamente la infidelidad de la partición con lo indicado en el testamento.

La impugnación por causa de interpretación del testamento estaba prevista ya en el art. 722 del Proyecto de 1851: "La cláusula por la que el testador prohibe impugnar su testamento no se extiende a (…) las [demandas] de interpretación de voluntad" (32).

García Goyena dedica a este supuesto su único comentario a la cláusula prohibitoria: "ningún agravio hace al difunto el que aspiren a poner en claro su verdadera voluntad por las reglas de la buena interpretación y la autenticidad de su testamento". Esto nos indica que para él la ratio de la cláusula prohibitoria era proteger el honor del testador, ofendido por quien pone en cuestión su última voluntad. Una ratio legítima, pero no necesariamente coincidente con las

(32) Inspirado en el art. 720 del Código austríaco: "La disposición del testador en que se prohibe al heredero o al legatario impugnar el testamento, no se extiende a (…) su interpretación". García Goyena, *Concordancias*, II, p. 153; Saint Joseph, *Concordancia*, pp. 90-91; Aymerich, *Cláusulas*, p. 29-30.

que subyacen a otros de los criterios, pues si impugnar una interpretación contraria a la auténtica voluntad del testador "no agravia al difunto", podríamos pensar que impugnar el testamento por defecto de capacidad de obrar o por defecto de forma sí lo hace.

Por eso, no está afectado por la cláusula prohibitoria el que pide el cumplimiento del testamento impugnando actos extraños a la voluntad del testador (33), cuando aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador porque "disposición y partición discrepan" (34), solo son responsables a efectos de la sanción "los que impugnan la voluntad del testador" (STS 13-10-1903). Según esto, la clave para aplicar o no la sanción es si la demanda del impugnante pretendía "impugnar" (STS 13-10-1903), "quebrantar o anular" (STS 27-2-1907), "entorpecer" (STS 8-11-1967), "ser contraria" (STS 25-1-1971) a la voluntad del testador. "El acceso a la vía jurisdiccional no le puede ser privado cuando (…) no se trata de quebrantar o anular la voluntad del testador y sí solo de que tenga más debido y efectivo cumplimiento" (STS 29-1-1955). Con palabras de la STS 6-4-2009, "aplicar la cláusula que impide a los herederos la intervención judicial en este supuesto sería lo mismo que dejar las manos libres a quien efectúa la partición y, en consecuencia, equivaldría a permitir la vulneración de la voluntad del causante".

El Supremo ha pretendido recientemente reformular este criterio en la STS Pleno 10-6-2014 (ponencia de Orduña Moreno) diciendo que el impugnante solo debe sufrir la sanción cuando su impugnación "combate el ámbito distributivo ordenado por el testador". El razonamiento completo dice así:

"Solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por el contrario, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la

(33) Stampa, "Cláusulas prohibitivas", p. 874.
(34) Jordano Barea, "Dictamen", p. 245.

inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción" (FdD 2.º-11).

Sin perjuicio de un análisis más detallado de la sentencia, que haremos posteriormente, y centrándonos solo en la doctrina expuesta en este párrafo, parece que el Supremo distingue en la cláusula prohibitoria dos voluntades distintas: una específica de proteger la distribución patrimonial realizada en el testamento (el ámbito distributivo del testador), y otra genérica de evitar el recurso a los tribunales. Hay también dos tipos de impugnaciones: a) las que "se dirigen a combatir el ámbito distributivo ordenado por el testador", y b) las que impugnan irregularidades del proceso de ejecución testamentaria. Según esta doctrina, la sanción prevista en la cláusula prohibitoria solo debería aplicarse cuando lo que se contraría es lo primero, pero cuando lo impugnado es un acto realizado por un tercero (el administrador, albacea, contador-partidor, heredero) las impugnaciones "escapan a la sanción prevista en la medida en que el testador no puede imbricarlas… en la prohibición testamentaria".

¿Hasta qué punto es esta doctrina capaz de explicar cómo decide la jurisprudencia?

En efecto, son muchas las sentencias en las que el impugnante ataca una partición no testamentaria realizada por un contador-partidor testamentario y no es sancionado por ello (SSTS 23-10-1886, 20-1-1888, 19-11-1901, 17-5-1910, 22-10-1910, 12-12-1959, 20-12-1963, 25-1-1971, 6-6-2014). Por ejemplo, en la STS 25-1-1971 el testador instituyó herederos a sus seis hijos, nombró contador-partidor e incluyó una cláusula prohibitoria. Una de las hijas demandó la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte. El Supremo, confirmando la instancia, afirmó la existencia de la lesión y descartó sancionar a la demandante, pues la cláusula prohibitoria había devenido inmoral "al ser contraria la partición por el contador a la voluntad del testador".

Sin embargo, esta regla no explica por qué tampoco se sanciona al impugnante cuando lo impugnado es el testamento mismo (como en las SSTS 11-12-1861, 28-12-1891, 15-2-1911) o la partición testamentaria realizada por el mismo testador (como en las SSTS 29-11-1889, 3-3-1980, 8-6-1999), ni al impugnante cuya impugna-

ción fue rechazada porque el que en verdad defendía la voluntad del testador era el tercero demandado (como ocurrió en las SSTS 17-5-1910, 22-10-1910, 24-11-1911, 10-7-1954, 20-12-1963). En todos estos casos parece que el impugnante sí se dirigía directamente "a combatir el ámbito distributivo ordenado por el testador", y, a pesar de todo, no se le aplicó la sanción.

Luego el esfuerzo conceptual realizado por la STS Pleno 10-6-2014 tampoco explica satisfactoriamente cómo y por qué decide la jurisprudencia.

d) Impugnación de la partición testamentaria que comprende bienes ajenos

Un grupo de sentencias responde al modelo marcado por la STS 12-12-1959 (35). La viuda, Pilar, instituyó herederos a sus cuatro hijos e hizo la partición testamentaria, en la que incluía sus bienes, los gananciales indivisos y los privativos de su difunto esposo. Después de fallecer la madre, dos de los hijos demandaron a los otros dos pidiendo la nulidad de la partición por incluir bienes del padre. La demanda fue estimada en todas las instancias. Para el Supremo, la partición realizada por la testadora había incurrido en nulidad (36).

Vallet de Goytisolo criticó la decisión del Supremo de declarar nula la partición, recordando que la cláusula respondía a un modo de ordenación de la sucesión de la explotación agrícola familiar en la que se intenta conservar la unidad de explotación sin contar con el instrumento sucesorio más adecuado, que sería el pacto sucesorio, y que, aun así, también en Derecho común se permite el legado de

(35) Sobre ella, Jordano Barea, "Dictamen", pp. 233-247; Díez Picazo, *Estudios*, III, pp. 538-540; Vallet de Goytisolo, *Panorama*, II, p. 876.

(36) "Hace la testadora la partición no solo de sus privativos bienes, sino también de los quedados al fallecimiento de su marido… y la de los que tenían carácter de gananciales, adjudicando todos ellos, sin especificar sus distintas procedencias, ni diferenciar los lotes que a cada uno de los herederos formaba con los bienes de su exclusiva propiedad que hubieses permitido distinguir y separara la partición de cada una de las sucesiones, sino por el contrario, como si todos ellos tuviesen idéntica condición y de todas pudieses disponer a su arbitrio, pero consciente, a pesar de ellos, de la realización de acto para el que no estaba autorizada" (STS 12-12-1959).

cosa ajena (37). Pero su crítica no tuvo eco en la jurisprudencia, y en otras sentencias posteriores cuyo conflicto era esencialmente el mismo el Supremo ha declarado igualmente la nulidad de la partición (p. e., SSTS 12-11-1964, 3-3-1980, 8-6-1999).

Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, en todas las sentencias citadas había una cláusula prohibitoria, pero en ninguna de ellas el impugnante fue sancionado. Como la finalidad de la cláusula era "hacer posible lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho, y por ello, como no puesta" (STS 12-12-1959). Por tanto, parece que también en estos casos el Supremo considera que el impugnante actuó amparado por una causa legítima de impugnación.

e) Regla del impugnante vencedor

En uno de sus primeros trabajos sobre este tema, Vallet de Goytisolo afirmó que la cláusula prohibitoria es válida con carácter general, pero la jurisprudencia sólo aplica la sanción al impugnante cuando éste resulta vencido en juicio, "no si tiene éxito" (38).

No sancionar al impugnante vencedor resulta una solución indudablemente atractiva, pues logra "el difícil camino intermedio que intenta dotar de eficacia a la cláusula cuando resulta razonable y el impugnante actúa torcidamente o sin fundamento suficiente" (39) con el derecho del impugnante a acudir a los tribunales en defensa de un interés legítimo. Si el impugnante tiene base racional para impugnar, ganará el juicio y no será sancionado, pero si acude a los

(37) Eso sí, reconociendo que el cónyuge supérstite no estaba vinculado por el testamento del premuerto, pues otra cosa habría sido un pacto sucesorio prohibido por el Código, *Panorama*, II, p. 876.

(38) La explicación más detallada tiene lugar en "Cautelas", 1964, I, notas 7 y 8, en pp. 411-416. Posteriormente siguió manteniendo la misma postura, pero ya de modo más breve: *Estudios de Derecho sucesorio*, 1981, III, pp. 243-581; *Las legítimas*, 1974, II, p. 1066; *Panorama*, I, p. 643 y II, p. 146. Se apoya en él para afirmar lo mismo Capilla Roncero, "Nulidad", pp. 15-16. No tan claramente, Albaladejo dice que los tribunales diferencian en concreto cuándo la cláusula es admisible "por tender a evitar ejercicios de impugnación o peticiones que persiguen entorpecer el desarrollo normal y sin litigar de la sucesión", *Comentario*, X-2, p. 415.

(39) Capilla, "Nulidad", p. 16.

tribunales por razones estratégicas o torticeras, perderá el juicio de la impugnación y merecerá que se le aplique la sanción, que cumplirá entonces la finalidad para la que fue destinada.

Alguna sentencia justifica expresamente su decisión en la regla del impugnante vencedor, como la SAP Pontevedra 8-10-1996. Unos esposos habían nombrado herederos a los hijos comunes y prohibido la intervención judicial. Varios de los hijos impugnaron la partición por lesión en más de un cuarto, pretensión que fue desestimada. Posteriormente, los otros hijos no impugnantes demandaron que se privara a los primeros de su cuota, en cumplimiento de la sanción testamentaria. El JPI estimó la demanda. La Audiencia, después de una argumentación detallada de las posibles soluciones y sus argumentos respectivos, confirmó la instancia invocando expresamente la regla del vencedor: "la cláusula testamentaria que prohíbe acudir a la vía judicial, y sanciona al heredero que lo haga con ver reducida su participación en la herencia a la legítima estricta, sólo es aplicable al reclamante cuya pretensión es infundada y ve consiguientemente rechazada la impugnación de las operaciones particionales extrajudiciales, pero no cuando han tenido éxito, o lo que es igual cuando se ha estimado justificada esa impugnación". Aunque no mencione expresamente a Vallet de Goytisolo, no hay duda de que su doctrina está detrás del razonamiento y la decisión de la Audiencia.

El principal argumento contra la teoría del impugnante vencedor es que se presenta como una descripción de cómo decide efectivamente el Supremo, y desde ese punto de vista no se puede considerar correcta (40).

---

(40) "Cautelas", 1964, I, notas 7 y 8, en pp. 411-416. La afirmación de Vallet de Goytisolo está basada en el análisis de las SSTS 15-12-1860, 26-6-1869, 23-10-1886 (por errata la cita como del día 20) y 1-12-1891. Son pocas, no representativas, y ni siquiera todas respaldan su teoría. Las SSTS 15-12-1860 y 26-6-1869 condenan a los impugnantes (que no eran legitimarios) a perder su atribución patrimonial testamentaria, por lo que sí le da la razón. En la STS 1-12-1891 el Supremo admite que se tramite el juicio de testamentaría pedido por los hijos y herederos y prohibido por el testador sin sancionarles, por lo que también puede considerarse un ejemplo de no sanción al impugnante vencedor. Pero en la STS 29-9-1886 el Supremo casa la instancia, absuelve a los partidores de la rendición de cuentas demandada por varios de los sobrinos herederos impugnantes, pero no por ello priva de su herencia a los impugnantes derrotados.

El impugnante vencedor en la demanda impugnatoria no suele ser sancionado con perder su cuota hereditaria, pero el problema no es ese, sino qué ocurre cuando la impugnación es desestimada. Según la teoría, la sanción debería aplicarse, y el impugnante condenado a no recibir su cuota por encima del mínimo legal (o a devolverla si ya la había recibido). Y esto ocurre muy pocas veces. Concretamente, en cinco sentencias: las SSTS 15-12-1860, 3-3-1866, 26-6-1869, 8-7-1924 y 2-12-1929. Pero lo normal es que, cuando la demanda impugnatoria es rechazada, el impugnante no pierda nada (SSTS 11-12-1861, 26-5-1876, 29-9-1886, 19-11-1901, 1-2-1907, 17-5-1910, 22-10-1910, 22-11-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 8-5-1926, 10-7-1954, 20-12-1963). De nuevo dos ejemplos bastarán para ilustrarlo.

En la STS 19-11-1901 (ya analizada anteriormente) el causante murió casado y sin hijos, nombró herederos a sus hermanos, designó albaceas, e incluyó una cláusula prohibitoria. La viuda se volvió a casar e impugnó la partición sin éxito. Uno de los herederos la demandó posteriormente solicitando que se le privara de sus derechos por virtud de la sanción testamentaria. El Supremo lo desestimó.

En la STS 15-2-1911 un sobrino y legatario de la testadora impugnó el testamento (que contenía una cláusula prohibitoria) invocando su nulidad. Los herederos reconvinieron que el impugnante debía perder el legado. El Supremo desestimó tanto la demanda como la reconvención porque “la prohibición de impugnar no puede alcanzar al que, como el recurrente, pide la nulidad del testamento… precepto que tiene su aplicación, sea cualquiera el resultado del litigio, con tal que la impugnación descanse en causa legal de nulidad”.

Por tanto, si la jurisprudencia no aplica la sanción al impugnante aunque su impugnación haya sido desestimada, y cuando le priva de la cuota lo hace en el mismo proceso sin hacerlo depender del éxito o no de la impugnación, no se puede afirmar que la teoría del impugnante vencedor refleje cómo decide la jurisprudencia.

f) El segundo impugnante

Cuando uno de los beneficiarios tiene la iniciativa para impugnar el testamento o la partición, los demandados que se limitan a contestar a la demanda no incurren en la prohibición de impugnar ni deben ser sancionados por ello. Lo mismo ocurre cuando el deman-

dado reconviene al impugnante en el mismo proceso impugnatorio, o cuando le demanda en un proceso posterior.

Así lo indican las SSTS 19-11-1901 y Pleno 10-6-2014.

El proceso que terminó con la STS Pleno 10-6-2014 ilustra bien el problema y su solución. Los hijos y coherederos de la causante demandaron a sus hermanas y también coherederas pidiendo que se les privara de sus derechos menos la legítima estricta porque ellas habían impugnado el testamento en un proceso anterior, contraviniendo la cláusula prohibitoria del testamento de la madre. Las hermanas contestaron que, aunque ellas habían demandado las primeras, también sus hermanos estaban incumpliendo el testamento al demandarlas después a ellas. Este argumento fue rechazado en todas las instancias. Con palabras de la SAP Madrid (s. 9.º) 26-1-2011, confirmada luego por la STS Pleno 10-6-2014, "no puede incurrir en la prohibición quien pretende por la vía judicial que se cumpla la voluntad de la testadora una vez infringida la prohibición por una parte de los herederos y, por ello, los actores no han incurrido en la prohibición". En efecto, parece claro que la prohibición de litigar debe aplicarse solo contra el primero que lo haga. Una vez interpuesta la primera demanda, los que no han sido los primeros en demandar tienen en cierto modo vía libre para contestar, reconvenir o demandar posteriormente, sin que a ellos se les pueda aplicar la sanción.

Esta teoría me parece convincente para explicar por qué no se sanciona a los que no son el primer impugnante. Pero no explica por qué tampoco se sanciona al primer impugnante.

g) Defensa del propio derecho

Algunas sentencias justifican la inaplicación de la sanción porque el impugnante no hacía otra cosa que reclamar su derecho: "se limitó a reclamar lo que le pertenece" (STS 13-10-1903); reclamaba un derecho procedente de la ley, no de la voluntad del testador (STS 19-11-1901); reclamaba "lo que legítimamente le pertenece" (STS 24-11-1911); "la prohibición no obsta a reclamar su derecho" (STS 1-6-1946); los demandantes "no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión" (STS 12-12-1959).

Esto es una derivación del clásico principio *qui iure suo utitur neminem laedit* (a nadie daña quien defiende su propio derecho). Pero

¿se puede aplicar este principio en este caso? Entendido con laxitud, sería aplicable a todo posible impugnante sin excepción, pues todo el que impugna lo hace para defender su propio derecho (o lo que él cree que es su derecho).

Si lo relacionamos con la regla del abuso de derecho, parece que el impugnante solo debería ser sancionado cuando su demanda sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio atendiendo a su intención, objeto o circunstancias (art. 7.2 CC) (41). Según entiende la jurisprudencia, el que ejercita una acción ante los tribunales solo incurre en abuso de derecho cuando existe abuso subjetivo, es decir, cuando demanda sabiendo que no tiene razón (42). Luego lo importante no es si al demandar el impugnante estaba defendiendo su derecho (o lo que él creía tal), sino si al demandar lo hacía con finalidad torticera. En definitiva, si pretendía alargar un proceso en el que sabía que carecía de posibilidades de ganar, ya sea para forzar una negociación favorable, o simplemente para hacer daño a la otra parte.

En la gran mayoría de las sentencias parece que el impugnante ha demandado en defensa de un derecho propio que no carecía de cierto fundamento. Pero también hay algunas en las que la impugnación parece haber sido hecha con abuso subjetivo de derecho.

En la STS 1-2-1907, el impugnante, uno de los cinco hijos del testador, después de haber dilapidado su parte en la herencia, demanda a su hermana mejorada exigiendo que le ayude en sus problemas económicos, basándose en que en su testamento el padre había afirmado genéricamente que la hija "atendería en lo posible" a sus hermanos. En la STS 17-5-1910 la testadora instituye herederos a sus dos hijos y nombra partidor. Uno de los hijos está cargado de deudas y es instado a aceptar la herencia por sus acreedores, que también intervienen en la partición. Posteriormente, el hijo deudor impugna la partición para frenar los embargos de sus bienes alegando que él no ha intervenido en la partición. En la STS 8-5-1926 el Supremo afirma que la partición impugnada estaba bien hecha y

(41) Gete-Alonso Calero, *Comentario al CC*, Edersa, I-1, 1990, pp. 898-931; Roca Juan*, Comentario a las reformas del CC*, Tecnos, 1977, I, pp. 371-397.

(42) Gil Rodríguez, "Comentario a la STS 17-3-1984", CCJC, 5, 1984, pp. 1509-1524.

que los dos hijos y herederos del testador la estaban impugnando únicamente porque veían que los albaceas contadores testamentarios no iban a ceder a su criterio personal de cómo debía realizarse.

En estos tres casos parece claro por los hechos que el impugnante actuaba de mala fe, y así lo reconoce el Supremo. Y, sin embargo, ni siquiera en ellos se priva al impugnante de su parte, como indicaba la cláusula prohibitoria. Por tanto, tampoco se puede decir que esta tesis esté respaldada por la jurisprudencia.

Hasta aquí, las causas de legitimación del impugnante de las que se ha dicho que podrían justificar la demanda impugnatoria para impedir la sanción prevista en la cláusula prohibitoria (43).

Con todas las teorías analizadas ha pasado lo mismo: el criterio parece razonable y hay sentencias que parecen aplicarlo de forma coherente, pero no es capaz de explicar por qué hay otro grupo de sentencias en las que aplicarlo debería llevar a aplicar la sanción, y sin embargo tampoco entonces se sanciona.

Si el art. 675 II CC se introdujo con la finalidad de reducir el uso de la cláusula prohibitoria y limitar sus posibilidades al mínimo para proteger al legitimario, hoy podemos decir que el modo de entenderlo por la doctrina y la jurisprudencia ha producido un resultado prácticamente opuesto. Hoy por hoy, la lista de las "causas declaradas por la ley" se ha ampliado hasta cubrir prácticamente todos los supuestos. Y la jurisprudencia ha ido incluso más allá al no sancionar tampoco otras impugnaciones que ni siquiera encajan en alguno de los generosos criterios de impugnación legítima propuestos. Porque en los casos de las SSTS 11-12-1861, 26-5-1876, 19-11-1901, 22-10-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 8-5-1926, 10-7-1954, 20-12-1963 no concurría ninguno de los supuestos mencionados: no se pedía nulidad del testamento por falta de forma, no se impugnaba la partición realizada por un tercero contraria al testamento, el testamento no era inoficioso, el impugnante no había vencido, y a pesar de todo la sanción prevista en la cláusula prohibitoria tampoco fue aplicada.

(43) Podríamos prolongar la lista brevemente (p. e., los albaceas no debían haberse pronunciado porque el asunto discutido era una cuestión legal en la STS 12-5-1870, había menores implicados en la STS 4-10-1876), pero creo que con lo visto hasta ahora ya basta para sacar algunas conclusiones.

Todo esto me hace pensar que la teoría de la impugnación legítima no es convincente. Siempre que se cumple alguno de los criterios propuestos, la cláusula prohibitoria es inaplicada. Pero la teoría es incapaz de ofrecer un listado complementario de supuestos de impugnación ilegítima en los que la cláusula se aplica efectivamente. A mi entender, si la sanción se inaplica tanto cuando los criterios se cumplen como cuando no, es que los criterios son irrelevantes.

Además, los argumentos de la teoría de las causas de impugnación legítima se muestran inermes frente a la teoría de la cautela sociniana.

V. LA CLÁUSULA PROHIBITORIA COMO CAUTELA SOCINIANA

La teoría de la cláusula prohibitoria entendida como cautela sociniana afirma que la cláusula y la sanción que lleva aparejada son válidas y deben aplicarse siempre como manifestación lícita de la libertad de testar.

Los argumentos en su favor pueden resumirse en cinco: a) el único límite a la libertad de testar es la legítima, b) la cláusula prohibitoria puede entenderse como una cautela sociniana, y esto basta para protegerla, c) la sanción testamentaria coincide con la sanción legal, y en cualquier caso quedaría salvada aplicando la sociniana tácita, y d) todo esto es coherente con la tendencia social y legislativa en favor de la libertad de testar.

a) La regla general de la que se debe partir es la libertad de testar: nadie tiene derecho a suceder al causante (44). Y el principal límite a la libertad de testar es el respeto a las legítimas. Respetada la legítima, el testador puede hacer lo que quiera con sus bienes. Cuando no hay legitimarios ni titulares de otros derechos que le limiten (p. e., reservatarios), la libertad del testador será total y no habrá argumentos que oponer a la validez de la cláusula prohibitoria. Y cuando los hay, como ninguno tiene derecho a recibir del testador más que su legítima estricta, todas las condiciones que se les impongan deben ser admisibles. Si el testador podía no haber ofre-

(44) Ragel Sánchez, *Cautela Gualdense*, p. 116; Vaquer Aloy, "Libertad de testar y condiciones testamentarias", Indret, 3, 2015, p. 10.

cido nada más que el mínimo legal, las condiciones o limitaciones que imponga para recibir más del mínimo legal deben ser cumplidas para poder ser exigidas.

b) Si el beneficiario es un legitimario, la prohibición de impugnar es un gravamen prohibido por el art. 813 II CC. Pero ya Fuenmayor sugirió la posibilidad de admitirla si se configuraba como una cautela sociniana (45). Me parece claro que la cláusula prohibitoria completa, que permite al beneficiario, una vez abierta la sucesión, elegir entre aceptar el total de la cuota testamentaria con su gravamen (la prohibición) o incumplir la prohibición y ver reducida su cuota a la legítima estricta, encaja perfectamente en el concepto de cautela sociniana, que se define por la existencia de una opción compensatoria (46). Y si en otro momento la cautela sociniana pudo generar dudas, hoy ya nadie discute su validez (47).

---

(45) Fuenmayor, "Intangibilidad", II, p. 1239; Roca-Sastre Mununill, *Derecho de sucesiones*, I, pp. 360-361; Lacruz/Sancho, *Elementos*, V, p. 524; Ragel Sánchez, *Cautela gualdense*, pp. 91, 92 y 100-101.

(46) Los autores que cuestionan esto, lo hacen porque adoptan un concepto muy estrecho de cautela sociniana. Vallet de Goytisolo piensa que no porque considera que la prohibición de litigar no es un gravamen ("Cautelas", pp. 409-419; *Legítimas*, II, p. 1066; *Panorama*, I, p. 643 y II, p. 146). Stampa cree que la esencia de la sociniana es que exista una opción entre dos atribuciones distintas, cosa que no ocurre en la prohibitoria ("Cláusulas prohibitivas", p. 857). Pero no debe dudarse que la prohibición de litigar es un gravamen, en el sentido de prohibición o imposición del testador que restringe de algún modo la libertad de goce y disposición del beneficiario sobre los bienes que recibe de éste. Y el término "gravamen" del art. 813 II CC debe entenderse en sentido amplio, como cualquier imposición que restrinja de cualquier modo la libertad del legitimario, Ragel Sánchez, *Cautela Gualdense*, pp. 91, 92 y 100-101.

(47) Vallet de Goytisolo, J. B., "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", Centenario del Notariado, 1964, sección 3ª, I, pp. 399-708; Real Pérez, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988; Fernández-Costales Muñiz, J., *El usufructo voluntario de herederos*, Tecnos, Madrid, 1991; Cabezuelo Arenas, A. L., *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant, Valencia, 2002; Ragel Sánchez, L. F., *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3.º CC*, Dykinson, Madrid, 2004.

c) La sanción prevista por la cláusula prohibitoria no puede ser ilegal, ya que coincide exactamente con la prevista por la ley.

La legítima estricta es la medida exacta en que el Código soluciona el conflicto entre libertad de testar y derechos del legitimario. Así ocurre ante el testamento inoficioso (arts. 813 I y 815 CC), la partición testamentaria inoficiosa (arts. 1056 y 1075 CC), la preterición intencional (art. 814 I CC), la desheredación injusta (art. 851 CC) o la imposición de un gravamen que atente contra la legítima cualitativa (arts. 813 II y 820.3.º CC). En cualquiera de estos casos, el legitimario cuya legítima se ha vulnerado tiene derecho a reclamar únicamente su legítima estricta, y no más. Entre descendientes del causante, si es el único legitimario, la legítima estricta coincidirá con la larga, pero si hay otros legitimarios, éstos deberán considerarse beneficiados por una mejora implícita (p. e., STS 23-1-1959).

Si esto es así, la sanción habitualmente prevista por las cláusulas prohibitorias testamentarias es exactamente igual que la prevista por la ley frente al mismo supuesto. Esto hace inevitable admitirla. No puede considerarse ilegal una sanción que coincide con la establecida por la ley. Y aunque se admitiera la nulidad, su efecto nos llevaría a aplicar la misma solución.

Incluso puede defenderse la aplicación de la cláusula prohibitoria tácita para los casos en que la testamentaria carece de sanción (cláusula incompleta), como también es admisible la cautela sociniana tácita por aplicación analógica del art. 820.31 CC cuando el testamento impone un gravamen pero no prevé cautela de opción compensatoria expresa (48).

(48) En efecto, si la prohibición de impugnar es una gravamen incluido del art. 813 II CC, y el testamento carece de opción, el beneficiario debería poder elegir entre admitir la prohibición o impugnar y sufrir la sanción no prevista por aplicación analógica del art. 820.3º CC. Defiende la cautela sociniana tácita convincentemente Ragel Sánchez, *Cautela gualdense*, pp. 304-318. En sentido contrario Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 50; Busto Lago, "Legítimas y reservas", en Bercovitz (coord.), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 461-466.

d) Todo esto es plenamente coherente con la fuerte tendencia a subrayar la libertad de testar y limitar al máximo (o incluso suprimir) las legítimas, claramente creciente en la sociedad y en la doctrina españolas actuales (49).

Entender la prohibitoria como una cautela sociniana eleva la libertad de testar a su nivel máximo y reduce al mínimo el supuesto de hecho cubierto por las causas de "nulidad declarada por la ley" del art. 675 II CC. Lógicamente, si el impugnante pide la nulidad del testamento por defecto de forma o falta de capacidad del testador y vence en juicio, la cláusula prohibitoria no se aplicará, pues le afectará la nulidad de todo el testamento. Fuera de este caso, cualquier impugnación, por cualquier causa, y con cualquier resultado, deberá ser sancionada con la pérdida de cualquier atribución superior a la legítima estricta, conforme a la cláusula prohibitoria.

Hasta aquí, la exposición de la teoría de la cláusula prohibitoria entendida como cautela sociniana. Pero ¿es convincente?

A mi entender, caben varias objeciones: a) La cláusula prohibitoria puede ser un subtipo de cautela sociniana, pero no debe identificarse con ella; b) la jurisprudencia anterior a 2014 no avala la teoría de la prohibitoria entendida como sociniana; y c) las sentencias de 2014 que pretenden replantear la cuestión no son en absoluto convincentes.

a) Como hemos visto, la cláusula prohibitoria puede considerarse un supuesto de cautela sociniana. Pero esto no significa que sean lo mismo. Nunca es bueno usar un único nombre para dos cosas distintas, así que conviene distinguirlas.

Si admitimos que la sociniana en sentido amplio se caracteriza por proponer una opción compensatoria, podemos llamar clásica a

(49) Por citar solo algunas propuestas significativas, Valladares Rascón, "Por una reforma del sistema sucesorio del CC", *Homenaje Albaladejo*, CNRP, Murcia, 2005, II, pp. 4893-4902; Magariños Blanco, "La libertad de testar", RDPriv., 89, mayo 2005, pp. 3-30; Delgado Echeverría, "Objetivos de una reforma del derecho de sucesiones", en APDC, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, SPUM, Murcia, 2006, pp. 85-171; Vaquer Aloy, "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", Indret, 3, 2007; Barrio Gallardo, *El largo camino hacia la libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2012, especialmente pp. 441-577.

la que impone al beneficiario un derecho real (típicamente, un usufructo que grava su legítima) y prohibitoria a la que prohibe litigar.

El Supremo se ha planteado la relación entre sociniana y prohibitoria antes de 2014 en las SSTS 29-12-1939, 11-1-1950, 12-12-1958, 12-12-1959, 25-1-1971, 6-4-2009.

En la STS 29-12-1939 el testador había instituido herederos por igual a sus cuatro hijos y legado una casa gravada con hipoteca a uno de ellos. El testamento contenía una sociniana clásica (una sustitución fideicomisaria *si sine liberis* con los hijos puestos en condición y también en sustitución) y una prohibitoria ("si impugnan todos, o alguno de ellos, quedará tal disposición sin efecto, y en su lugar le lega lo que le corresponda como legitimario"). El legatario aceptó la herencia. Años después, falleció dejando hijos menores y viuda, y ésta, en nombre de sus hijos, repudió la herencia de su marido y aceptó el legado fideicomisario. Cuando el acreedor hipotecario demandó a viuda e hijos el pago del crédito, éstos opusieron que no estaban obligados a pagar, y los tribunales les dieron la razón. El Supremo realizó uno de sus primeros análisis de la cautela sociniana y admitió su validez, pero no se planteó ningún problema respecto a la prohibitoria. El único que había litigado era el acreedor hipotecario, por lo que nadie había llegado a incumplir la prohibición de litigar.

En la STS 11-1-1950, el testador, casado y sin descendientes, dejaba el usufructo universal a su esposa y nombraba herederos a sus hermanos, sometidos a una cautela sociniana clásica reforzada con una prohibitoria incompleta y bastante vaga ("sin que le pidan [a ella] nada relacionado con la herencia ni la molesten con ninguna pretensión judicial"). Los hermanos aceptaron la herencia, pero luego incoaron el juicio de testamentaría. Los tribunales estimaron la demanda, considerando que la cláusula no imponía una prohibición en sentido estricto y que la demanda no era una falta de respeto a la viuda ni de acatamiento a la voluntad del testador. En ningún momento se planteó que los herederos perdieran la herencia por haber demandado.

La STS 12-12-1958 se refería a un testamento en que el testador nombraba herederos a sus hijos y les imponía la indivisión mientras viviera su viuda. El testamento no contenía una cautela sociniana clásica, pero la indivisión impuesta por el testador pretendía una finalidad parecida. Sí había cláusula prohibitoria. Todos los implicados

aceptaron el testamento y luego acordaron mediante transacción una indivisión en términos distintos a los indicados por el testador. Cuando una de las hijas demandó pidiendo que se declarara la existencia de una comunidad, el Supremo estimó la demanda, fundado en que todos los herederos la habían acordado en transacción. La impugnante no perdió ninguno de sus derechos hereditarios.

La STS 12-12-1959 tuvo por objeto una partición testamentaria en la que la testadora, viuda y con hijos, repartía entre sus hijos tanto sus propios bienes como otros procedentes de la sociedad de gananciales no disuelta tras la muerte de su esposo. No había cautela sociniana clásica, pero sí cláusula prohibitoria. Dos de los hijos impugnaron la partición realizada por su madre y los tribunales estimaron la demanda. No se aplicó a los impugnantes ninguna sanción.

En la STS 25-1-1971, el testador instituye herederos a sus seis hijos y nombra partidor testamentario. No hay sociniana clásica y sí prohibitoria. Uno de los hijos impugna la partición por lesión. Los tribunales estiman la demanda, corrigen la partición y no aplican ninguna sanción al impugnante. El Supremo llama a la cláusula prohibitoria "cautela sociniana" (probablemente sea la primera en que lo hace), pero esto no le lleva a declarar su validez, sino al contrario: "al ser contraria la partición por contador-partidor a la voluntad del testador, la cautela socini devenía inmoral".

La STS 6-4-2009 se refería a un testamento en el que el testador instituía herederos a sus tres hijos, gravados por una sociniana clásica en favor de su esposa, y nombraba partidor testamentario, todo ello protegido por una cláusula prohibitoria. Varios de los hijos demandaron la rescisión de la partición por lesión, y su demanda fue estimada, pero los tribunales no aplicaron la sanción.

Estas sentencias nos muestran que sociniana clásica y prohibitoria son dos cláusulas diferentes que pueden encontrarse juntas en un mismo testamento (como en las SSTS 29-12-1939, 11-1-1950 y 6-4-2009) pero no se exigen recíprocamente, pues hay testamentos con prohibitoria y sin sociniana (SSTS 12-12-1958, 12-12-1959, 25-1-1971) y testamentos con sociniana y sin prohibitoria (aunque éstas no forman parte de este trabajo, vid. p. e. SSTS 3-12-2001, 10-7-2003, 27-5-2010). En las seis el Supremo identifica y califica las prohibitorias correctamente. No ha empezado a llamar "sociniana" a la prohibitoria hasta la STS 25-1-1971 (y especialmente, como veremos, hasta las de 2014).

Las diferencias entre sociniana clásica y prohibitoria se ven mejor si nos fijamos en la STS 27-5-2010, que contiene una cautela sociniana clásica pero carece de prohibitoria (50). El testador había nombrado coherederos y legatarios a sus cuatro hijos, gravados con numerosos legados en favor de su esposa, una prohibición de dividir la herencia por un periodo de diez años y la imposición de un administrador único de su confianza. El testamento indicaba que "si algún legitimario se opusiera específicamente, si pretendiese impugnar o reducir por inoficiosos todos o algunos de los legados ordenados a favor de la esposa del testador" o se opusiera a la indivisión o a la administración única, "quedará reducido a la legítima estricta". Uno de los herederos demandó a la viuda por incumplimiento del testamento, y ella reconvino que el demandante debería perder su legado por haber acudido a los tribunales. El JPI desestimó demanda y reconvención, y la demandada recurrió. La AP confirmó la instancia y el TS declaró no haber lugar al recurso. La solución es correcta. El testamento tenía sociniana pero no prohibitoria. El impugnante había cumplido la primera al aceptar el gravamen y no cuestionar los legados. Pero nada en el testamento le impedía acudir a los tribunales por otros motivos, como de hecho hizo.

La prohibitoria se diferencia de la sociniana clásica al menos en tres puntos: a) el gravamen que impone no es patrimonial, sino precisamente la prohibición de impugnar (la diferencia más relevante, sobre la que volveremos luego); b) su función no es sustantiva, sino adjetiva, dirigida a proteger la ordenación sucesoria diseñada por el testador; c) la conducta impuesta es negativa durativa (no impugnar), frente a la sociniana clásica, que pide al beneficiario determinar su voluntad instantáneamente decidiendo entre los dos términos de la opción (51).

---

(50) Comentada por Imaz Zubiaur, L., "Comentario a la STS 27-5-2010", CCJC, 86, 2011, pp. 749-766.

(51) En la sociniana clásica, con el ejercicio de la opción la aceptación o renuncia deviene irrevocable, desaparece la facultad de elegir la posibilidad excluida y el optante queda sujeto por la doctrina de los propios actos. Por el contrario, el beneficiario sometido a la prohibición de impugnar no se determina con una sola acción, sino que está permanentemente amenazado por la posibilidad de perder su atribución en el momento en que acuda a los tribunales. En teoría, podrían aplicarse las previsiones del art. 800 CC, pero no las de los arts. 1118 II y 1119 CC.

Por tanto, la cláusula prohibitoria puede calificarse como una cautela sociniana en sentido amplio, pero no se identifica con ella. Ambas imponen un gravamen y plantean una opción al beneficiario, pero tienen distinto objeto, distinta función y distinta estructura obligacional. Los problemas que plantea la prohibitoria no se arreglan llamándola "sociniana", porque se deben precisamente a aquello que las distingue: el hecho de que lo prohibido sea litigar sobre cualquier cosa.

b) Pero qué nombre dé el Supremo a la cláusula prohibitoria es en el fondo una cuestión secundaria. Lo importante es si aplica la sanción al impugnante o no.

De acuerdo con la teoría de la cautela sociniana, en el conflicto entre la sanción prevista en el testamento y la impugnación, la libertad de testar debe prevalecer en todo caso, y por tanto la sanción debería aplicarse siempre. Si el testamento contenía una cláusula prohibitoria, el impugnante sólo tendrá derecho a recibir su legítima estricta si es legitimario (nada, si no lo es).

Pero lo que nos encontramos en la jurisprudencia anterior a 2014 es exactamente lo contrario.

La teoría de la cautela sociniana puede explicar únicamente las SSTS 15-12-1860, 3-3-1866, 26-6-1869, 8-7-1924 y 2-12-1929. En las cinco había una cláusula prohibitoria, un beneficiario impugnó, y los tribunales le aplicaron la sanción prevista. En este sentido, respaldan que debe prevalecer ante todo la libertad de testar, la cláusula prohibitoria es válida y debe aplicarse. El problema es que son pocas y antiguas. Como veremos, las tres primeras se dictaron en una época en que el Supremo todavía mostraba cierta indeterminación. Las SSTS 8-7-1924 y 2-12-1929 no son más que dos gotas aisladas en un mar de decisiones contrarias.

En todas las demás sentencias, la cláusula prohibitoria es inaplicada sistemáticamente por el Supremo.

Me parece especialmente relevante observar qué relevancia da el Supremo a la aplicación de la cláusula prohibitoria dependiendo de si el impugnante es o no legitimario. En efecto, si realmente se protege la libertad de testar y la cláusula prohibitoria como su manifestación, y si la legítima es su límite principal, esperaríamos que el impugnante legitimario esté más protegido que el que no lo es. El

primero debería ver su cuota reducida hasta la legítima estricta, y el segundo reducida a cero.

Sin embargo, la jurisprudencia no nos muestra tal cosa. Cuando el impugnante es un legitimario que reclama su legítima, la sanción no se le aplica, ni para reducirla a su legítima estricta ni de ningún otro modo (así, en las SSTS 27-2-1869, 4-10-1876, 23-10-1886, 20-1-1888, 29-11-1889, 1-12-1891, 8-2-1892, 14-5-1895, 11-7-1905, 22-11-1910 , 8-5-1926, 1-6-1946, 12-12-1958, 12-12-1959, 21-5-1963, 20-12-1963, 12-11-1964, 8-11-1967, 25-1-1971, 3-3-1980, 13-12-1986, TSJ Cataluña 10-7-2000, 8-6-1999, TSJ Cataluña 16-9-1999). Pero cuando el impugnante no es un legitimario (o lo es pero lo que reclama no es su legítima), tampoco a él se le aplica la sanción (así en las SSTS 25-9-1849, 11-12-1861, 27-2-1869, 26-5-1870, 26-5-1876, 22-1-1898, 24-11-1900, 19-11-1901, 21-3-1902, 13-10-1903, 27-2-1907, 24-11-1906, 22-10-1910, 22-11-1910, 30-11-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 30-10-1944, 2-11-1944, 11-1-1950, 10-7-1954, 29-1-1955, 21-2-1962, 20-12-1963, 6-6-2014, 3-9-2014). La sanción no se aplica ni a unos ni a otros. El hecho de que el impugnante sea o no legitimario resulta irrelevante.

Desde este punto de vista, la teoría de la cautela sociniana no solo no explica, sino que es contraria al conjunto de la jurisprudencia anterior a 2014. La idea de que la legítima estricta es el único límite a la libertad de testar puede explicar la base teórica sobre la que el Código construye su idea de sucesión testada, pero no explica cómo aplica el Supremo el conflicto entre libertad de testar e impugnación del testamento.

c) Es en este momento cuando debemos referirnos directamente a las sentencias de 2014 (SSTS Pleno 10-6-2014 y 3-9-2014), dos resoluciones en las que el Supremo ha reformulado expresamente su doctrina sobre esta materia, adoptando, al parecer, la teoría de la cautela sociniana. La cuestión es, ¿lo ha hecho realmente? ¿se ha producido un cambio tan radical?

La STS Pleno 10-6-2014 (=17-1-2014) (52) (ponente, Orduña Moreno) responde a un caso especialmente complejo que no es ne-

(52) La STS Pleno 10-6-2014 y la STS Pleno 17-1-2014 son exactamente la misma sentencia: se refieren a los mismos hechos, entre las

cesario explicar aquí con todo el detalle que merecería (53). Los cónyuges, dueños de una importante sociedad propietaria de muchos y muy valiosos inmuebles, habían otorgado testamentos idénticos que contenían sendas cláusulas prohibitorias en los que instituían coherederos por partes iguales a los cinco hijos comunes (dos varones y tres mujeres). Pero el diseño de su sucesión no estaba realmente allí, sino en una compraventa simulada realizada años antes en la que habían cedido el grueso de sus bienes (las acciones de la sociedad) a los dos hijos varones. La cesión era en realidad una venta simulada que encubría una donación disimulada, y había sido aceptada en vida de los padres tanto por los hijos donatarios como por las hijas. Una vez fallecidos los padres, aceptadas sus herencias por los cinco hijos y realizada la partición por los partidores testamentarios, las tres hijas demandaron a sus dos hermanos reclamando que se recalculara la legítima que les correspondía computando también las acciones cedidas por los padres en vida y se les pagara el complemento correspondiente. Esto lo pidieron en dos procesos distintos, el primero relativo a la herencia de la madre (que terminó en la STS 15-6-2007 con la estimación de la demanda en lo esencial) y otro respecto a la del padre (que terminó en primera instancia con desestimación de la demanda).

mismas partes, y tienen el mismo tenor literal. La sentencia fue publicada inicialmente con fecha de 17-1-2014 indicando los nombres reales de las partes. Posteriormente fue retirada del repertorio y sustituida por otra idéntica, en la que los nombres de las partes eran ahora ficticios, y que tenía distinta fecha (STS Pleno 10-6-2014).

(53) Una exposición mucho más amplia de los hechos y problemas jurídicos planteados por la sentencia en Fajardo Fernández, "Comentario a la STS Pleno 17-1-2014", CCJC, 100, 2016, pp. 19-46 y en Fajardo Fernández, "Comentario a la STS Pleno 10-6-2014", en Yzquierdo Tolsada (dir). *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson, vol. 6, 2016, pp. 723-732. Otros enfoques en Pérez Velázquez, "Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela socini. Comentario a la STS 17-1-2014", RDPat., 35, 2014, pp. 473-492; Alemán Uris, J., "Cautela socini. Análisis a propósito de la STS 17-1-2014", ROED, 4, 2014, pp. 1-30.

Como los dos testamentos contenían sendas cláusulas prohibitorias, los hermanos varones demandaron después a sus hermanas pidiendo que se redujeran sus cuotas hasta la legítima estricta por haber impugnado en contra de lo previsto en los testamentos. También lo hicieron en dos procesos, uno relativo a la herencia de la madre (que terminó con la STS 21-11-2011) y otro relativo a la del padre, que terminó con la STS Pleno 10-6-2014.

En la sentencia a la que nos referimos, el Supremo reduce la cuestión planteada a si debe aplicarse la sanción prevista en la cláusula prohibitoria o no, y decide que la cláusula debe aplicarse. Fundamenta su decisión en dos afirmaciones.

La primera viene precedida de una larga reflexión (Fundamento de Derecho 2.º-7 a 10) acerca de la naturaleza de la cautela sociniana. Según el Supremo, la cláusula es válida desde el punto de vista del testador, pues permite al legitimario elegir conforme a una opción compensatoria, pero desde el punto de vista del legitimario puede no serlo, pues le prohíbe defender su derecho ante los tribunales. El Supremo considera que ambos planteamientos son complementarios y no se contradicen, por lo que la cláusula es válida. Como el testamento incluía una cautela sociniana (así la llama en todo momento), la sanción debe ser aplicada.

La segunda afirmación (Fundamento de Derecho 2.º-11) es que "es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio", y la sanción debe aplicarse únicamente cuando la impugnación se haya dirigido a "combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador", pero no cuando ha ido contra un acto de un tercero.

Podemos ver que la primera afirmación recoge la teoría de la cautela sociniana y la segunda la teoría de la impugnación legítima de acto de tercero. Ambos argumentos son con frecuencia incompatibles, pero en este caso no lo eran, pues según los dos la sanción debía ser aplicada. De acuerdo con este razonamiento, el Supremo desestimó el recurso de las hermanas y confirmó la instancia.

Ahora bien, ¿es eso lo que hizo el fallo realmente? Entiendo que no. Porque al desestimar todos los recursos, lo que hacía el Supremo era confirmar la instancia, que había estimado (parcialmente) la reconvención interpuesta por las hermanas pidiendo su legítima estricta recalculada computando el valor de las acciones. Las impugnantes (reconvinientes en este proceso) terminaron recibiendo únicamente su legítima estricta, pero no porque se les aplicara la

sanción de la cláusula prohibitoria del testamento de sus padres, sino porque ellas mismas no habían pedido nada más que eso.

¿Por qué habían pedido las hermanas únicamente su legítima estricta, en lugar de pedir su cuota hereditaria total? Tal vez para evitar toda discusión acerca de la validez o no de la cláusula prohibitoria. Al final, su decisión les proporcionó un resultado satisfactorio (54).

Al decidir así, el Supremo estaba contradiciendo la STS 21-11-2011, relativa a un caso virtualmente idéntico (de hecho, entre las mismas partes, pero relativo a la herencia de la madre). Aquella sentencia había dado la razón a las hermanas tras identificar correctamente que no reclamaban más que su legítima estricta (lo pedido por ellas era lo mismo que establecía el testamento y lo mismo que pedían los hermanos), pero, además, había afirmado expresamente que las cláusulas prohibitorias en general no son admisibles. La sentencia de 2014 afirmó lo contrario sin siquiera citarla.

En la segunda de las sentencias de 2014, la STS 3-9-2014 (cuyo ponente es también Orduña Moreno), el testamento nombraba heredero, disponía varios legados y contenía una cláusula prohibitoria. El albacea decidió no entregar uno de los legados porque en la herencia no había bienes suficientes para pagar a todos. El legatario demandó pidiendo el cumplimiento del legado. La demanda fue estimada por el JPI y confirmada por la Audiencia. Pero el Supremo afirmó que procedía aplicar la sanción prevista en la cláusula prohibitoria contra el legatario impugnante, casó la instancia y desestimó la demanda.

Cabe dudar que la decisión del Supremo en este caso haya sido acertada.

Desde la teoría de la impugnación legítima, el legitimario no debería haber sufrido la sanción, pues al demandar el pago de su legado no había hecho otra cosa que reclamar su derecho frente a un acto de un tercero (el albacea). Hasta esta sentencia, siempre que un legatario había demandado al albacea exigiendo el cumplimiento correcto del testamento, el Supremo había protegido al legatario y había inaplicado la sanción, tanto si ganaba como si perdía en

(54) La legítima estricta (1/15 para cada hermana) computando el valor de las acciones cedidas arrojaba una cifra cinco veces mayor que lo que les había atribuido inicialmente la partición en concepto de cuota legitimaria (1/5 para cada hermana) sin computar las acciones.

el juicio de impugnación respecto al fondo (SSTS 23-10-1886, 20-1-1888, 19-11-1901, 17-5-1910, 22-10-1910, 12-12-1959, 20-12-1963, 25-1-1971).

Según la teoría de la legitimidad de la impugnación de actos de tercero (asumida expresamente por el Supremo en la STS Pleno 10-6-2014), el legatario tampoco debería haber sido sancionado, pues al demandar no atacó "el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador", sino el acto del albacea, y en defensa del cumplimiento de la voluntad del testador.

Y si no había dinero para pagar a todos, según el orden de pagos previsto en el Código son los legatarios quienes deben cobrar antes y con preferencia al heredero no legitimario, dado su carácter residual (art. 1032 I CC).

Por tanto, el balance conjunto de las SSTS Pleno 10-6-2014 y 3-9-2014 no es especialmente positivo. No resulta convincente la solución del caso concreto que proponen, ni la doctrina que formulan, ni siquiera parece que la segunda sea realmente el fundamento de la primera. Me resisto a pensar que dos sentencias que plantean tantos interrogantes hayan podido cambiar totalmente una jurisprudencia anterior tan consolidada sin mencionarla siquiera. Cabe esperar que cuando el Supremo quiera dar un vuelco de ese calibre a su propia jurisprudencia, por lo menos lo haga de forma algo más ponderada.

En conclusión, la teoría de la cautela sociniana, pese a los evidentes atractivos que presenta desde el punto de vista de la lógica del sistema y del respeto a la libertad de testar, no refleja en absoluto la jurisprudencia del Supremo anterior a 2014. Por eso, tampoco creo que las SSTS Pleno 10-6-2014 y 3-9-2014 hayan cambiado nada.

VI. LA CLÁUSULA PROHIBITORIA COMO CLÁUSULA ILÍCITA

Según la tercera de las teorías, las cláusulas prohibitorias no pueden limitar la legitimación procesal del impugnante ni que se le pueda sancionar por haber impugnado. Y esto, tanto si el impugnante es legitimario como si no, sea cual sea la causa por la que haya impugnado, y tanto si ha ganado como si ha perdido el juicio impugnatorio. Simplemente, la cláusula prohibitoria es ilícita y debe tenerse por no puesta *siempre*. Como ya he adelantado, ésta es la que considero más satisfactoria.

El primer argumento para afirmar la ilicitud de las cláusulas prohibitorias es que el Supremo las ha inaplicado sistemáticamente (al menos hasta 2014). La ha inaplicado para no privar al impugnante de legitimación cuando instaba el juicio de testamentaría (aunque lo pedía el testamento y lo permitía la ley procesal), y la ha inaplicado para no sancionar al impugnante con la pérdida de cualquier otra atribución patrimonial testamentaria (aunque lo imponía el testamento y no lo impedía ninguna otra norma).

Es verdad que durante los primeros años del Supremo y hasta 1870 encontramos una jurisprudencia algo más dubitativa en la que alternan una mayoría de sentencias que inaplican la cláusula prohibitoria y su sanción (SSTS 12-8-1839, 25-9-1849, 11-12-1861, 10-11-1866, 20-11-1866, 27-2-1869) con una minoría que la aplican y sancionan al impugnante (SSTS 15-12-1860, 3-3-1866, 26-6-1869). Pero a partir de 1870 se consolida una única dirección. Todas las sentencias del Supremo pronunciadas en los cincuenta años siguientes a esa fecha inaplicaron la cláusula prohibitoria (SSTS 12-5-1870, 26-5-1876, 4-10-1876, 3-11-1876, 23-10-1886, 20-1-1888, 29-11-1889, 1-12-1891, 28-12-1891, 8-2-1892, 17-10-1893, 4-4-1895, 14-5-1895, 24-12-1895, 28-12-1896, 22-1-1898, 24-11-1900, 21-3-1902, 19-11-1901, 13-10-1903, 11-7-1905, 1-2-1907, 27-2-1907, 24-11-1906, 17-5-1910, 22-10-1910, 22-11-1901, 30-10-1910, 15-2-1911, 24-11-1911). En este sentido, la aprobación del Código (con el nuevo art. 675 II CC) con no cambió nada. La cláusula prohibitoria (con su sanción) siguió siendo incluida en los testamentos, pero también siguió siendo inaplicada por los tribunales.

Antes de 2014, solo un puñado de sentencias han impuesto efectivamente la sanción testamentaria al impugnante. Ya hemos visto que las SSTS 15-12-1860, 3-3-1866, 26-6-1869 se dictaron en un momento en que el Supremo todavía no se había decantado claramente por una solución. Las SSTS 8-7-1924 y 2-12-1929 aplican coherentemente la cláusula prohibitoria y sancionan al impugnante con la pérdida de su atribución testamentaria, en ambos casos un legado sobre la mejora. Son dos casos aislados que no pretendían cambiar la jurisprudencia existente, sino que, simplemente, la ignoraban. A esta lista deben unirse aquellas sentencias que, como vimos en el tercer apartado, aplican la cláusula prohibitoria y deniegan al impugnante legitimación activa para pedir el juicio de tes-

tamentaría o impugnar de cualquier otro modo el testamento o la partición (SSTS 30-6-1862, 29-9-1886, 30-11-1910 y 8-5-1926).

Pero estamos hablando de nueve sentencias en un conjunto de más de setenta. Y para encontrar la última que aplica la cláusula prohibitoria hay que remontarse a 1929. Todas las demás la inaplican sistemática y consistentemente.

Aunque la mayoría de las sentencias ya han aparecido por un motivo o por otro, podemos compendiar aquí que el Supremo inaplica la prohibitoria y su sanción cuando el impugnante resulta vencedor en la impugnación, pero también cuando éste resulta vencido (SSTS 11-12-1861, 26-5-1876, 29-9-1886, 19-11-1901, 1-2-1907, 17-5-1910, 22-10-1910, 22-11-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 8-5-1926, 10-7-1954, 20-12-1963); cuando el impugnante es un legitimario que reclama su legítima (SSTS 27-2-1869, 4-10-1876, 23-10-1886, 20-1-1888, 29-11-1889, 1-12-1891, 8-2-1892, 14-5-1895, 11-7-1905, 22-11-1910 , 8-5-1926, 1-6-1946, 12-12-1958, 12-12-1959, 21-5-1963, 20-12-1963, 12-11-1964, 8-11-1967, 25-1-1971, 3-3-1980, 13-12-1986, TSJ Cataluña 10-7-2000, 8-6-1999, TSJ Cataluña 16-9-1999), pero también cuando no lo es (SSTS 25-9-1849, 11-12-1861, 27-2-1869, 26-5-1870, 26-5-1876, 22-1-1898, 24-11-1900, 19-11-1901, 21-3-1902, 13-10-1903, 27-2-1907, 24-11-1906, 22-10-1910, 22-11-1910, 30-11-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 30-10-1944, 2-11-1944, 11-1-1950, 10-7-1954, 29-1-1955, 21-2-1962, 20-12-1963, 6-6-2014, 3-9-2014); cuando lo que se impugna es un acto de un tercero (SSTS 29-9-1886, 23-10-1886, 20-1-1888, 19-11-1901, 17-5-1910, 22-10-1910, 12-12-1959, 20-12-1963, 25-1-1971, 6-6-2014, TSJ Cataluña 16-9-1999), pero también cuando la impugnación se dirige directamente contra el diseño de la sucesión realizado por el testador (SSTS 11-12-1861, 29-11-1889, 28-12-1891, 17-5-1910, 22-10-1910, 15-2-1911, 24-11-1911, 10-7-1954, 20-12-1963, 3-3-1980, 8-6-1999).

¿Cuál es la ratio de una invalidez aplicada tan contundentemente por el Supremo?

El Código no da demasiadas pistas sobre qué cláusulas testamentarias deben considerarse ilícitas ni por qué (arts. 792, 793, 794 CC). Es más, según una interpretación puramente gramatical del artículo 675 II CC, que es la disposición más específica sobre el tema, más bien deberíamos pensar que la cláusula prohibitoria es en general válida, ya que si el testador solo puede imponerla

"en los casos en que haya nulidad declarada por la ley", esto hace pensar que en todos los demás la prohibición debería surtir efecto. Con estos datos, no es evidente que la cláusula prohibitoria deba considerarse nula (55).

Lo más frecuente es que la sentencia afirme que la cláusula es válida *a la vez* que la inaplica. Solo unas pocas han afirmado expresamente que se trata de una "prohibición contraria a derecho" (STS 15-2-1911), una "condición contraria a las leyes" (STS 12-12-1959), una cláusula "sin valor alguno" (STS 12-11-1964), una "sanción que deviene inmoral" (STS 25-1-1971), una "cláusula contraria a la ley" por suponer una "coacción a los herederos" (STS 3-3-1980) (56), porque no se puede privar al impugnante del "único medio adecuado" que tiene para defender su pretensión (STS 12-12-1959) (57).

---

(55) Muchos trabajos sobre cláusulas testamentarias nulas no mencionan la cláusula prohibitoria entre las cláusulas ilícitas. Sí lo hacen Albaladejo, M., *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984, X-2, pp. 413-418 y Capilla Roncero, F., "Nulidad", pp. 15-17. Pero vid. Marqueño de Llano, M., *Prohibiciones testamentarias de disponer*, Bosch, Barcelona, 2003; López Frías, M. J., *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004; Peña López, "El testamento", en Bercovitz (coord.), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 244-330; Vaquer Aloy, A., "Libertad de testar y condiciones testamentarias", Indret, 3, 2015.

(56) Esta argumentación se mezcla con frecuencia con otra más propia de la teoría de la impugnación legítima, según la cual la prohibición es nula porque no considerarlo así "contribuiría a que prevalezca un acto nulo" (STS 15-2-1911) o porque la impugnación "no trataba de quebrar la voluntad del testador" (STS 29-1-1955).

(57) La argumentación completa de esta última sentencia es algo más larga y confusa: "La condición impuesta a los herederos, de que habían de aceptarla so pena de perder lo que en los tercios de mejora y libre disposición les correspondiere, ha sido acertadamente calificado por el Tribunal a quo como contraria a las leyes, y ello porque, si toda condición es, en definitiva, solo permitida para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquella en que sí consistía, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida en hacer posible lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ilici-

Probablemente, la defensa explícita más clara realizada por el Supremo de la ilicitud de las cláusulas prohibitorias en general es la contenida en la STS 21-11-2011 (ponente, O'Callaghan Muñoz). Los hechos son idénticos a los de la tantas veces citada STS Pleno 10-6-2014, pero referidos en este caso a la herencia de la madre. El Supremo reconoció la legitimidad de las hermanas al demandar a sus hermanos para recibir su legítima estricta computada correctamente y rechazó que se les tuviera que aplicar la sanción por ello, afirmando:

"Debe reiterarse una doctrina jurisprudencial, acorde con los principios que presiden la regulación de la legítima en general y de la legítima estricta en particular, que proclama no sólo que es intangible, sino también que el testador no puede limitarla en el sentido de imponer la cautela socini respecto a la misma... No puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios. Por tanto, la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de 'la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley...' carece de eficacia cuando las legitimarias, en el proceso anterior que ha sido reseñado, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma".

Aun así, estas palabras tampoco terminan de reflejar bien la doctrina implícita en las decisiones del Supremo. Porque la ilicitud de la cláusula no debe atribuirse únicamente a la protección de las legítimas. El protegido frente a la cláusula es cualquier impugnante.

Sin duda, en el fondo que subyace a la negativa a aplicar la cláusula prohibitoria late la convicción de que no se puede privar al impugnante del "único medio adecuado" que tiene para defender su pretensión (STS 12-12-1959).

---

tud que dejase sin efecto cuanto sobre bienes de su exclusiva pertenencia, como procedente de la herencia de su padre se dispuso, sino recurriendo a los Tribunales de Justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión."

Es ahora cuando podemos apreciar hasta qué punto la cláusula prohibitoria no es una cautela sociniana más. No es lo mismo sancionar al beneficiario por negarse a aceptar un gravamen patrimonial, aunque sea sobre su legítima, que hacerlo por acudir a los tribunales para defender un derecho (cualquier derecho, aunque también sea patrimonial, aunque esté menos protegido que la legítima, incluso aunque posteriormente se demuestre que carecía de él). La sanción prevista en el testamento puede ser la misma, y de hecho suele serlo, pero la diferencia no está ahí, sino en cuál es la conducta prohibida y sancionada. No hay problema en que el testador sancione al beneficiario legitimario que no quiere aceptar un gravamen que recae sobre su legítima. Pero prohibirle que impugne es algo totalmente distinto.

Lo que convierte a la cláusula prohibitoria en distinta de todas las demás prohibiciones testamentarias es que afecta al derecho de acceso a los tribunales, un derecho instrumental, abstracto, autorreferencial, que potencialmente los incluye a todos. Con palabras de Bentham, el acceso a la justicia "es la seguridad que el Derecho nos da, o al menos afirma que nos da, respecto a todo lo que valoramos o deberíamos valorar: la propiedad, la libertad, el honor y la vida. Es aquella posesión que vale todas las demás juntas, pues a todas las incluye" (58).

Sin duda, esto también guarda estrecha relación con el derecho constitucional de acceso a la Justicia (art. 24 CE) (59). No se trata

(58) Bentham, *A Protest Against Law-Taxes*, London, 1818, pp. 10-11.

(59) Es el argumento empleado (escuetamente) por los autores que defienden la inaplicabilidad de la cláusula prohibitoria: De la Cámara/De la Esperanza, *Compendio*, p. 141; Calatayud Sierra, en Jou Mirabent (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, I, p. 620; Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 117-118; Pérez Álvarez/Martínez de Aguirre/De Pablo Contreras/Cámara Lapuente, *Curso*, V, p. 260; Peña López, "El testamento", en Bercovitz (coord.), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 283. Aunque no estoy seguro de que sean exactamente lo mismo. La jurisprudencia del Supremo es muy anterior a la formulación constitucional del derecho. El Supremo no tiene problemas en afirmar la validez de la cláusula, aunque de hecho la inaplique. Ni el Tribunal Constitucional ni la doctrina ha abordado este tema desde las cláusulas prohibitorias con detalle. De la Oliva Santos/Díez-Picazo Giménez, I., *Curso de Derecho procesal civil*, Ceura, Madrid, 2016; Díez-Picazo Giménez,

solo del interés particular del impugnante, sino de la salud del sistema jurídico mismo. Por eso, con palabras del preámbulo de la Ley catalana 10/2008 que aprueba el libro IV del CCCat., la cláusula prohibitoria "erosiona la seguridad jurídica y coarta inadmisiblemente el acceso a la tutela judicial".

Esto hace que se despeje la paradoja básica cuya sombra tanto nos ha amenazado. En la tensión entre el derecho del testador a no dar más de lo que se le impone por legítima y la prohibición de sancionar al beneficiado que impugna, debe prevalecer la segunda. En esto, la cláusula prohibitoria no es equiparable a las demás cautelas socinianas, porque solo ella pretende prohibir algo no prohibible.

La ilicitud de la cláusula prohibitoria también se puede explicar desde la renuncia al derecho. Toda cláusula prohibitoria completa insta al beneficiario a no acudir a los tribunales para defender sus derechos relativos a la sucesión del causante o, en caso contrario, perder las atribuciones superiores mínimo legal. Desde el punto de vista del testador y desde la teoría de la cautela sociniana, podría pensarse que el beneficiario, al aceptar la herencia ofrecida por un testamento con cláusula prohibitoria, está renunciando en cierto modo a realizar cualquier impugnación posterior. Pero al afirmar la ilicitud de la cláusula, estamos afirmando que la norma que permite al beneficiario acceder a los tribunales tiene carácter imperativo y que sobre ella no cabe exclusión voluntaria de ley aplicable, que era lo pretendido por el testador con la cláusula (arts. 6.2 y 792 CC).

Una vez admitido que la cláusula es ilícita conforme a la combinación de los arts. 792 y 675 II CC, la consecuencia jurídica es que la cláusula misma debe ser tenida por no puesta (no las instituciones testamentarias a las que va anudada) (60).

L., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 406-413; Chamorro Bernal, *El art. 24 CE*, Iura, Barcelona, 2005, I, pp. 641-660; Romero Coloma, *El art. 24 CC, análisis y valoración*, Serlipost, 1993. Algunas sentencias (pocas) mencionan expresamente el acceso a la Justicia como ratio de la inaplicación de la cláusula prohibitoria (además de la citada STS 21-11-2011, la STSJ Cataluña 16-9-1999).

(60) Hay algunos supuestos en que la solución del Código no debe ser seguida en defensa de la voluntad del testador, que es lo que debe prevalecer según el art. 675 I CC (p. e., cuando la misma estructura de la condición indique que la voluntad del testador era que el beneficiario no recibiera el llamamiento, como "te nombro heredero si te bebes todo el Mar Cantá-

El beneficiario no queda vinculado por la prohibición de impugnar impuesta por el testamento. Su aceptación del testamento no es una renuncia a impugnar ni le vincula según la doctrina de los propios actos. En caso de que llegue a impugnar no debe sufrir la sanción testamentaria. Esto no significa que no pueda posteriormente por acto inter vivos renunciar a (o transigir sobre) sus derechos sucesorios. Estos actos sí le vincularía lícitamente, tanto para privarle de legitimación activa como para hacer ejercitable en su contra una cláusula penal pactada en la transacción, sin que se vulnere su derecho de acceso a los tribunales. Porque entonces no sería una cláusula prohibitoria testamentaria lo que se estaría aplicando (61).

Las últimas tendencias legislativas que están teniendo lugar en nuestro país van también en esta misma línea de negar toda validez a la cláusula prohibitoria en general.

Así, el Código Civil de Cataluña regula y permite la cautela sociniana (art. 451-9-2 CCCat.), pero establece que la condición de no impugnar el testamento o no recurrir a los tribunales de Justicia en relación a su sucesión "se tiene por no formulada y no afecta en ningún caso a la eficacia del testamento ni de la institución sometida a la condición" (art. 423-18 CCCat.) (62). Es una innovación incorporada por la Ley 10/2000, que redactó el Libro IV del CCCat. Anteriormente, el Derecho catalán no regulaba la cláusula prohibitoria, y la jurisprudencia del TSJ Cataluña adoptaba una postura similar a la del Supremo para el Derecho común: afirmar la validez de las

---

brico"). Pero con la cláusula prohibitoria, dado su carácter accesorio y no sustantivo, nunca ocurrirá que "el testador no habría hecho tal institución… si hubiese conocido la falsedad de la causa" (art. 767 CC).

(61) En efecto, el momento en que tiene lugar la renuncia y la abstracción de lo renunciado tienen en este caso gran importancia. En el ámbito mortis causa, y al contrario que en el contractual, la renuncia anticipada genérica inter vivos (es decir, posterior a la aceptación, pero anterior al nacimiento del conflicto) se identifica con la renuncia a la pretensión concreta realizada por acuerdo inter vivos. Sobre las distintos sentidos del concepto de renuncia, vid. Fajardo Fernández, "Comentario a la STS 9-5-2011", CCJC, 88, 2012, p. 421.

(62) El Código de Derecho Foral de Aragón, por el contrario, sí regula la cautela de opción compensatoria (art. 500.1 CDFA), pero no menciona expresamente la cláusula prohibitoria, y carece de un artículo equivalente al 675 II CC.

cláusulas, pero inaplicarlas en la práctica (p. e. SSTSJ Cataluña 3-4-1995, 16-9-1999, 10-7-2000) (63).

En la misma línea de la norma catalana se encuentra la Propuesta de Código Civil realizada por la Asociación de profesores de Derecho Civil, según la cual "la condición de no impugnar el testamento o pacto se tiene por no puesta, y en nada afecta a la eficacia del negocio ni de la institución o legado sometidos a condición" (art. 465-37 Propuesta de CC, tercer borrador, mayo 2017).

En resumen, la teoría de la nulidad de la cláusula prohibitoria es coherente con el tratamiento que le da la jurisprudencia, implícito las más de las veces, tiene su fundamento en la irrenunciabilidad del derecho de acceso a los tribunales, y está en la línea de las últimas propuestas legislativas.

VII. CONCLUSIÓN

La cláusula prohibitoria (con la sanción que lleva aparejada) presenta el problema de su naturaleza paradójica. Desde un punto de vista, cuando la impugnación se deba a "nulidad declarada por la ley", la cláusula debe ser inaplicada (art. 675 II CC). Desde otro, la cláusula debería ser admitida siempre, porque la libertad de testar tiene como único límite la legítima estricta, y las cláusulas prohibitorias están redactadas de un modo en que siempre la respetan. Este segundo planteamiento se ve reforzado si consideramos que la prohibitoria es una modalidad de cautela sociniana.

Pero, si analizamos cómo aplica el Supremo las cláusulas prohibitorias, vemos que no respalda realmente ninguna de esas dos posturas. No es cierto que la cláusula se aplique siempre salvo en los casos en que el impugnante actuaba basado en causa legítima, porque, de hecho, la cláusula se inaplica también cuando no se dan esas causas. Tampoco es cierto que la cláusula deba tratarse a todos los efectos como una cautela sociniana, porque eso debería llevar a

(63) *Vid.* Calatayud Sierra, en Jou Mirabent (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, I, p. 620; Del Pozo Carrascosa/Vaquer Aloy/Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 117-118.

aplicar la sanción siempre, muy especialmente cuando no hay legitimarios, y la realidad muestra más bien lo contrario.

La descripción que mejor explica cómo actúa el Supremo es que considera que la cláusula prohibitoria es ilícita y la inaplica. En el conflicto entre impugnante y aplicación de la sanción, hay una línea jurisprudencial constante (antes de 2014) que protege siempre al primero. Lo hace implícitamente en la gran mayoría de las sentencias.

Esta solución no es solo la aplicada de hecho, sino también la que parece más correcta desde un punto de vista de política legislativa. La posibilidad de litigar no debe ser prohibida ni sancionada. Lo contrario "erosiona la seguridad jurídica y coarta inadmisiblemente el acceso a la tutela judicial".

En este sentido, las sentencias de 2014 no parecen orientadas en la línea adecuada.

Ahora ya estamos en condiciones de responder a los interrogantes planteados por la naturaleza paradójica de la cláusula prohibitoria. Es una cláusula ilícita porque afecta a la posibilidad misma de que el llamado pueda acudir ante los tribunales. Si es ilícito imponer está prohibición, también lo es sancionar al impugnante. Esto significa que, en la tensión entre el derecho del testador a no dar más de lo obligado por legítima y la prohibición al testador de sancionar al impugnante, la que debe prevalecer es la segunda. En esto, la cláusula prohibitoria no es equiparable a las demás cautelas socinianas, porque solo ella pretende prohibir algo no prohibible.

El carácter excepcional de la cláusula prohibitoria destaca más si la comparamos con las otras cláusulas testamentarias. Si la regla es respetar prácticamente cualquier prohibición, condición o capricho que responda a un mínimo interés legítimo (siempre y cuando respete la legítima estricta), con las cláusulas prohibitorias ocurre lo contrario, porque a ellas se les niega cualquier relevancia a pesar de reconocer que pretenden algo lícito.

Porque conviene recordar que la finalidad buscada por el testador cuando incluye una cláusula prohibitoria en su testamento es conseguir la paz jurídica y la concordia familiar, probablemente el objetivo más sincero y humano de todos los pretendidos con el testamento. Afirmar la ilicitud de la cláusula prohibitoria no supone de ningún modo cuestionar o despreciar ese deseo, sino, simplemente, constatar las limitaciones del instrumento elegido para alcanzarlo.

La paz familiar no se puede lograr prohibiendo a los beneficiarios que litiguen entre sí ni sancionándoles si lo hacen.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia	Referencia
STS 12-8-1839	JC, t. 1, nº 1
STS 25-9-1849	JC, t. 1, nº 55
STS 15-12-1860	JC, t. 5, nº 350
STS 11-12-1861	JC, t. 6, nº 298
STS 30-6-1862	JC, t. 7, nº 186
STS 3-3-1866	JC, t. 13, nº 86
STS 10-11-1866	JC, t. 14, nº 407
STS 20-11-1866	JC, t. 14, nº 421
STS 27-2-1869	JC, t. 19, nº 51
STS 26-6-1869	JC, t. 20, nº 191
STS 12-5-1870	JC, t. 22, nº 174
STS 26-5-1876	JC, t. 34, nº 210
STS 4-10-1876	JC, t. 34, nº 288
STS 3-11-1876	JC, t. 34, nº 321
STS 29-9-1886	JC, t. 60, nº 94
STS 23-10-1886	JC, t. 60, nº 138
STS 20-1-1888	JC, t. 63, nº 31
STS 29-11-1889	JC, t. 66, nº 135
STS 1-12-1891	JC, t. 70, nº 118
STS 28-12-1891	JC, t. 70, nº 157
STS 8-2-1892	JC, t. 71, nº 33
STS 17-10-1893	JC, t. 74, nº 54
STS 4-4-1895	JC, t. 77, nº 98
STS 14-5-1895	JC, t. 77, nº 148
STS 24-12-1895	JC, t. 78, nº 128
STS 28-12-1896	JC, t. 80, nº 208
STS 22-1-1898	JC, t. 83, nº 34
STS 24-11-1900	JC, t. 90, nº 148
STS 8-11-1901	JC, t. 92, nº 103
STS 19-11-1901	JC, t. 92, nº 115
STS 21-3-1902	JC, t. 93, nº 86
STS 13-10-1903	JC, t. 96, nº 67
STS 11-7-1905	JC, t. 102, nº 22
STS 24-11-1906	JC, t. 105, nº 142
STS 1-2-1907	JC, t. 106, nº 40
STS 27-2-1907	JC, t. 106, nº 75
STS 17-5-1910	JC, t. 118, nº 18

Sentencia	Referencia
STS 22-10-1910	JC, t. 119, nº 31
STS 22-11-1910	JC, t. 119, nº 84
STS 30-11-1910	JC, t. 119, nº 93
STS 15-2-1911	JC, t. 120, nº 64
STS 24-11-1911	JC, t. 122, nº 140
STS 8-7-1924	JC, t. 163, nº 100
STS 8-5-1926	JC, t. 171, nº 20
STS 2-12-1929	JC, t. 191, nº 106
STS 29-12-1939	RAJ, 105
STS 30-10-1944	RAJ, 1180
STS 2-11-1944	RAJ, 1181
STS 1-6-1946	RAJ, 698
STS 11-1-1950	RAJ, 5
STS 10-7-1954	RAJ, 2028
STS 29-1-1955	RAJ, 126
STS 12-12-1958	RAJ, 3828
STS 12-12-1959	RAJ, 4499
STS 21-2-1962	RAJ, 716
STS 21-5-1963	RAJ, 2745
STS 20-12-1963	RAJ, 351
STS 12-11-1964	RAJ, 5080
STS 8-11-1967	RAJ, 4114
STS 25-1-1971	RAJ, 288
STS 3-3-1980	RAJ, 1016
STS 13-12-1986	RAJ, 7437
STS 8-6-1999	RAJ, 4103
STS 15-6-2007	RAJ, 5122
STS 6-4-2009	RAJ, 2006
STS 25-5-2010	RAJ 5158
STS 21-11-2011	RAJ (2012), 1635
[STS Pleno 17-1-2014	RAJ 3116]
STS 6-6-2014	RAJ 3127
STS Pleno 10-6-2014	RAJ (2015), 6242
STS 3-9-2014	RAJ 4795
STSJ Cataluña 3-4-1995	RAJ 6777
STSJ Cataluña 16-9-1999	RAJ (2000), 8036
STSJ Cataluña 10-7-2000	RAJ (2001), 8166
SAP Pontevedra (secc. 1ª) 8-10-1996	

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Albaladejo García, M.: *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984, X-2, pp. 413-418.

Alemán Uris, J.: "Cautela socini. Análisis a propósito de la STS 17-1-2014", ROED, 4, 2014, pp. 1-30.

Aymerich de Rentería, R.: *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Montecorvo, Madrid, 1985.

Barrio Gallardo, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar*, Dykinson, Madrid, 2012.

Busto Lago, J. M.: "Legítimas y reservas", en Bercovitz, R. (coord.), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 414-529.

Cabezuelo Arenas, A. L.: *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant, Valencia, 2002.

Calatayud Sierra, A.: en Jou i Mirabent, L. (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, I, p. 620.

— "La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores", RJN, 75, 2010, pp. 9-55.

Cañizares Laso, A.: en Cañizares Laso, A. / De Pablo Contreras, P. / Orduña Moreno, J. / Valpuesta, R. (dirs.), *Código civil comentado*, Civitas, 2011, I, p. 307.

Capilla Roncero, F.: "Nulidad e impugnabilidad del testamento", ADC, 1987, pp. 3-88.

Chamorro Bernal, F.: *El artículo 24 CE*, Iura, Barcelona, 2005.

De la Cámara, M./De la Esperanza: *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Las Rozas, 2011.

De la Oliva Santos, A./Díez-Picazo Giménez, I.: *Curso de Derecho procesal civil*, Ceura, Madrid, 2016.

Del Pozo Carrascosa, P./Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

Díez-Picazo Giménez, L.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013.

Díez-Picazo, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, Madrid, 1981, III, pp. 538-543.

Durán Rivacoba, R.: "Modo y liberalidad", *Homenaje Vallet*, CGN, 1988, III, pp. 293-323.

Escriche, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1974.

Fajardo Fernández, J.: "Comentario a la STS Pleno 17-1-2014", CCJC, 100, 2016, pp. 19-46.

— "Comentario a la STS 10-6-2014", en Yzquierdo Tolsada (dir). *Comentario a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson, vol. 6, 2016, pp. 723-732.

— "Comentario a la STS 9-5-2011", CCJC, 88, 2012, pp. 407-424.

Fernández Piera, en Delgado de Miguel, J. F. (coord.): *Instituciones de Derecho privado*, V- 2.º, pp. 1054-1063.

Fernández-Costales Muñiz, J.: *El usufructo voluntario de herederos*, Tecnos, Madrid, 1991.

Fuenmayor Champín, A.: "Intangibilidad de la legítima", ADC, 1948, pp. 46-77 (también en *Estudios de Derecho civil*, II, pp. 1201-1248).

García Goyena, F.: *Concordancias del Código civil español*, Imprenta de la Sociedad tipográfico-editorial, Madrid, 1852.

García-Bernardo Landeta, A.: *La legítima en el Código civil*, CNE, 2ª ed., Madrid, 2006.

Garrido Melero, M.: *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Gete Alonso, M. C./Munar Bernat, P.: *Tratado de Derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 2011.

Gil Rodríguez, J.: "Comentario a la STS 17-3-1984", CCJC, 5, 1984, pp. 1509-1524.

González Palomino, J.: "Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio", AAMN, II, 1944, pp. 445-602.

Imaz Zubiaur, L.: "Comentario a la STS 27-5-2010", CCJC, 86, 2011, pp. 749-766.

Jordano Barea, J. B.: en *Comentario al CC*, Edersa, Madrid, 1990, IX 1-A, pp. 274-283.

— "Dictamen sobre validez de partición contenida en testamento", ADC, 1957, pp. 233-247.

Lacruz Berdejo, J. L./Sancho Rebullida, F.: *Elementos de Derecho civil*, 1988, V.

Lledó Yagüe, E. (dir.): *Compendio de Derecho Civil. Sucesiones*. Dykinson, Madrid, 1998.

López Beltrán de Heredia, C.: "Aspectos relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los notarios", RJN, 78, 2011, pp. 327-360.

López Frías, M. J.: *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004.

Magariños Blanco, V.: "La libertad de testar", RDPriv., 89, 2005, pp. 3-30.

Manresa y Navarro, J. M.: *Código Civil Español*, 1910, V.

Marqueño de Llano, M.: *Prohibiciones testamentarias de disponer*, Bosch, Barcelona, 2003.

Pasquau Liaño, M.: *Jurisprudencia civil comentada*, Comares, 2.ª ed., 2009, II, pp. 1313-1316.

Peña López, F.: "El testamento", en Bercovitz (coord.), *Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 244-330.

Pérez Álvarez, M. A./Martínez de Aguirre, C./De Pablo Contreras, P./Cámara Lapuente, S.: *Curso de Derecho civil. Derecho de sucesiones*, Colex, Madrid, 2013.

Pérez Velázquez, J. P.: "Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela socini. Comentario a la STS 17-1-2014", RDPat., 35, 2014, pp. 473-492.

Ragel Sánchez, L. F.: *La Cautela Gualdense o Socini y el artículo 820.3º CC*, Dykinson, Madrid, 2004.

Real Pérez, A.: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.
Reglero Campos, L. F.: *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Aranzadi, 1990.
Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de sucesiones común y foral*, Dykinson, Madrid, 4.ª ed., 2009.
Roca-Sastre Muncunill, R.: *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1995, I, pp. 360-361.
Romero Coloma, A.: *El art. 24 CC, análisis y valoración*, Serlipost, 1993.
Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*, Universidad de Granada, Granada, 1986.
Stampa Sánchez, L.: "Cláusulas prohibitivas de intervención judicial en los testamentos", Homenaje a Vallet, 1988, III, pp. 849-879.
Torres García, T. (coord.): *Tratado de legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012.
— "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en APDC, *Derecho de sucesiones: presente y futuro*, Santander, 2006, pp. 173-230.
Valladares Rascón, E.: "Por una reforma del sistema sucesorio del CC", en *Homenaje a Albaladejo*, Madrid, 2005, II, pp. 4893-4902.
Vallet de Goytisolo, J. B.: "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", *Centenario del Notariado*, 1964, sección 3.ª, I, pp. 399-708.
— *Las legítimas*, INEJ, Madrid, 1974.
— *Panorama de Derecho de sucesiones*, Civitas, Madrid, 1984.
Vaquer Aloy, A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", Indret, 3, 2015.
— "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", Indret, 3, 2007.

LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO COMÚN: ¿SUPRESIÓN O REDUCCIÓN? (1)

Francisco Javier Olmedo Castañeda
Notario
Doctor en Derecho

SUMARIO

1. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL: PROPUESTA DE REFORMA
   1.1. Principios básicos de Derecho sucesorio
   1.2. Génesis y evolución histórica de la legítima
      1.2.1. Derecho romano
         1.2.1.1. Reconocimiento formal de la legítima: Ley de las Doce Tablas
         1.2.1.2. Reconocimiento material de la legítima: Lex Falcidia
         1.2.1.3. Necesidad de instituir heredero al legitimario: Novela CXV de Justiniano
      1.2.2. Derecho germánico
         1.2.2.1. Reserva: vinculación legal del patrimonio a la familia
         1.2.2.2. Legítima "eclesiástica": San Agustín
      1.2.3. Derecho español
         1.2.3.1. Fuero Juzgo
         1.2.3.2. Las Partidas, el Fuero Real y las Leyes de Toro
         1.2.3.3. Código Civil
   1.3. Fundamento de la legítima
      1.3.1. Planteamiento de la cuestión
      1.3.2. Debate jurídico tradicional. Comisión General de Codificación

(1) El presente artículo forma parte del trabajo de investigación que constituye la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Salamanca en enero de 2016, con la calificación de sobresaliente *cum laude*, bajo el título: "La sucesión en la empresa familiar: análisis para una propuesta de reforma integral en el Derecho privado patrimonial".

1.4. Reconsideración de la institución legitimaria: debate jurídico actual
1.4.1. La legítima: posible protección constitucional
1.4.2. Propuesta a favor de la libertad de testar
1.4.2.1. Argumentos doctrinales
1.4.2.2. Doctrina jurisprudencial
1.4.2.3. Últimas tendencias legislativas
1.5. Propuestas *de lege ferenda* para la modernización del Derecho común de Sucesiones. Especial aplicación a la empresa familiar
1.5.1. Legítima de los descendientes: configuración con carácter alimenticio
1.5.2. Legítima de los padres y del cónyuge viudo: fortalecimiento de su posición jurídica
1.5.3. Conceptuación de la legítima como *pars valoris*

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos estudiar con rigor y profundidad una institución jurídica de gran arraigo en nuestro Derecho civil, como es la legítima, buscando en los antecedentes históricos la razón de su nacimiento y cuestionándonos el sentido de su vigencia en la actualidad, formulando finalmente una propuesta de reforma que permita situar especialmente al Derecho sucesorio común en una posición de vanguardia caracterizada por ofrecer a los particulares una respuesta de mayor justicia y de más amplia libertad civil.

Los importantes cambios que se han producido en los últimos años desde un punto de vista económico, social y familiar, tanto en España como en el contexto internacional, justifican las reflexiones que se vienen realizando especialmente desde algunos sectores (como el Notariado) sobre la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a esos cambios, pues el Derecho ha de ofrecer una respuesta adecuada a las nuevas circunstancias y superar planteamientos inmovilistas que impidan la necesaria evolución de sus instituciones.

En este sentido, y en el marco de nuestro trabajo de investigación, consideramos oportuna y acertada la reconsideración de al-

gunos institutos jurídico-civiles del Derecho sucesorio, y ello tanto desde una perspectiva sistemática de esta rama del Derecho privado (necesitada de modernización y de acercamiento a la persona y a la familia), como desde su aplicación a la concreta problemática de la empresa familiar (en aras de contribuir a la aprobación de un estatuto normativo que regule la misma, y en donde tengan cabida las reformas que aquí defendemos).

La trascendencia que la institución de la legítima ha tenido tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico (y, de manera más acentuada, en el Derecho común), así como el alcance de la reforma que proponemos en nuestro trabajo de investigación respecto de la misma, basada en elementales razones de libertad civil y justicia material, justifican la extensión que hemos querido dar a este capítulo y, en concreto, a la parte dedicada al instituto jurídico-sucesorio de la legítima.

Siguiendo con la metodología utilizada en otros trabajos, consideramos conveniente acudir a los antecedentes históricos para indagar cuáles fueron las causas que dieron origen a diversas figuras jurídicas que hemos heredado y, partiendo de ello, nos cuestionamos si tiene sentido conservar su actual configuración (e, incluso, denominación) o, si por el contrario, existen argumentos suficientes para revisarlas y adecuarlas a las necesidades de hoy.

El Derecho ha de ofrecer una respuesta de justicia al ciudadano, pues un Derecho que no es justo, no es Derecho. Y el contexto histórico y social de la sociedad moderna no es el mismo que el que había cuando nació la legítima, por lo que es necesario conocer las circunstancias que rodearon el alumbramiento de la legítima y compararlas con las actuales. Solo así se podrá comprobar si el Derecho responde o no a una necesidad social y, por tanto, si es preciso o no mantener la regulación que sobre este instituto se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico sucesorio.

Como ha señalado DELGADO ECHEVARRÍA, (2) "no hay ningún propósito conocido por parte del Gobierno ni de las fuerzas políticas presen-

(2) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer, 2012, pp. 553 y 554.

tes en el Parlamento de acometer una reforma sistemática de esta parte (Derecho de Sucesiones) ni de ninguna otra del Código Civil. Tampoco los civilistas españoles, como colectivo, lo reclaman; aunque cada vez sean más las voces individuales que proponen algunas reformas", todo ello en contraste con la mayor actividad legislativa que se viene produciendo en los Derechos forales o Derechos civiles territoriales. (3)

Pues bien, con estas modestas aportaciones pretendemos contribuir a dar un impulso al debate que tantas veces se ha abierto y otras tantas veces se ha cerrado sobre la necesidad (a nuestro juicio, apremiante) de revisar el instituto de la legítima.

1. LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL: PROPUESTA DE REFORMA

El sistema legitimario vigente en un ordenamiento jurídico determinado tiene una incuestionable función económica y social, cuyo alcance no se circunscribe únicamente al ámbito familiar, sino que lo trasciende y se proyecta sobre la organización de la comunidad y sobre la misma economía nacional.

La legítima es una institución jurídica de Derecho sucesorio de gran trascendencia en el ordenamiento español (y con especial alcance en el ámbito del Derecho común), cuyo origen histórico se remonta al Derecho romano y que ha sido considerada como la institución más controvertida del Derecho de Sucesiones.

El instituto de la legítima ha sido, y sigue siendo aún hoy, una figura jurídica de tal vigor que constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asienta nuestro Derecho de Sucesiones y que predetermina el normal desenvolvimiento de la *voluntas testatoris* o voluntad del testador, existiendo todo un conjunto de instituciones estrechamente vinculadas a la legítima encaminadas a su tutela y protección, tales como la preterición, la desheredación, la inoficiosidad, la computación y la imputación.

(3) Por su parte, en el ámbito comunitario, merece destacarse el denominado *Libro Verde. Sucesiones y Testamentos*, elaborado por la Comisión Europea, así como el Reglamento Europeo de Sucesiones, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 27 de julio de 2012.

Ahora bien, cabría plantearse si las circunstancias históricas y el contexto sociocultural que otrora justificaron su nacimiento y regulación, subsisten en la actualidad o, si por el contrario, se impone una revisión de su fundamento o *ratio legis* para determinar su adecuación o no a los relevantes cambios producidos en diferentes órdenes, en los últimos años.

En este sentido, debe tenerse presente el clásico aforismo *ubi societas, ibi ius*, de acuerdo con el cual el Derecho suele ir detrás de la sociedad a la hora de dar respuesta a las mutaciones sociológicas que tienen lugar en el seno de aquella. Las normas jurídicas deben responder, pues, a las continuas y cambiantes demandas sociales, labor esta en la que desempeñan un papel fundamental los intérpretes y estudiosos del Derecho.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la actividad *de lege ferenda* (consistente en la elaboración de propuestas académicas racionales que contribuyan a la formación de normas jurídicas basadas en criterios de justicia) forma parte de la labor del jurista, reclamando DELGADO ECHEVARRÍA (4) un mayor protagonismo de aquel, no solo en la interpretación de las leyes que ya han sido aprobadas, sino también en la fase prelegislativa o fase previa a su "creación", ampliando así el horizonte de la dogmática jurídica o Ciencia del Derecho, con el fin de prestar un mayor servicio a la política legislativa que redunde en última instancia en la mejor calidad de las leyes y en su mayor efectividad social.

Por tanto, el ordenamiento jurídico debe tomar en consideración la situación social y, partiendo de ella, analizar las causas de los nuevos problemas surgidos y ofrecer soluciones jurídicas idóneas para los mismos, pues la esencia y finalidad del Derecho es la consecución de la justicia, tal como reza la sentencia *ars aequi et boni,* lo cual exige una adecuada ponderación y equilibrio de todos los intereses en juego.

(4) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (celebradas en Santander, del 9 al 11 de febrero de 2006), servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 21-26.

1.1. Principios básicos de Derecho sucesorio

En todo caso, y con carácter previo al estudio detenido de la cuestión planteada, es preciso analizar algunos principios generales que sirven de marco normativo a la regulación de la legítima.

En el Derecho sucesorio se contraponen dos principios básicos que han inspirado los regímenes jurídicos que han regido históricamente en nuestro ordenamiento:

— El principio romano de **libertad limitada de testar**, de tal manera que las prohibiciones surgen para limitar la plenitud de la libertad material dispositiva *mortis causa*, que el Derecho positivo va acotando a medida que los abusos de aquella requieren que se les ponga freno, transformándose así de un sistema originario de libertad absoluta de testar en un sistema final de libertad limitada de testar.

— El principio germánico de **prohibición absoluta de testar**, estimando que solo Dios puede hacer herederos, y no el hombre, conforme a la clásica sentencia "*nullum testamentum. Solus Deus heredem facere potest, non homo*", de modo que los hijos y descendientes participan de la herencia por derecho imperativo, consagrándose así la indisponibilidad sucesoria.

Junto a estos dos sistemas sucesorios básicos, cabe destacar el de **libertad absoluta de testar**, en el que los parientes más cercanos al testador no tienen ningún derecho que restrinja o limite la libertad de disposición del causante y, en consecuencia, no cabe la preterición, la desheredación se consigue omitiéndolos en el testamento o simplemente excluyéndolos de la herencia, y no hay disposiciones inoficiosas que lesionen los derechos sucesorios de estos parientes.

De los tres sistemas sucesorios expuestos, García-Bernardo Landeta (5) considera que el romano es jurídicamente superior, ya que "concilia la libertad de testar con los deberes naturales y patrimoniales *post mortem* para con los parientes más íntimos del testador,

(5) García-Bernardo Landeta, Alfredo: *La legítima en el Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, Colegios Notariales de España, 2006, p.122.

con un fuerte sentido de la correlación entre derecho y deber en el seno de la procreación y de la familia".

1.2. Génesis y evolución histórica de la legítima

1.2.1. Derecho romano

Por lo que respecta al nacimiento y evolución histórica de la legítima, (6) la *portio debita* (denominación inicial) o *portio legítima* (denominación final) se fue estableciendo de modo progresivo en el Derecho romano, y representa una porción de bienes (*pars bonorum*) que, en virtud de normas de Derecho objetivo, debía dejar el testador a sus parientes más próximos en grado (herederos forzosos, en la terminología moderna), constituyendo en la legislación imperial una restricción a la facultad de testar. Se trata, pues, de una limitación gradual de las amplias facultades del *paterfamilias* de disponer por testamento, lo que tiene lugar, simultáneamente, junto con una mayor consideración jurídica de la familia, fundada en el parentesco de sangre o por consaguinidad (familia cognaticia), frente a la antigua familia agnaticia integrada por todas las personas sujetas al poder doméstico del *paterfamilias*.

Se configura, por tanto, como una respuesta del Derecho contra la potestad absoluta del padre de familia, que, si bien podía disponer *mortis causa* de sus bienes a favor de la familia natural o de sangre (consanguínea), sin embargo, cabía también la posibilidad y el riesgo de que no favoreciese a los cognados, olvidando de este modo los vínculos familiares procedentes de los lazos naturales.

Se impone, de este modo, un *officium pietatis* o deber de piedad que debía respetar el testador originariamente solo para con sus hijos, es decir, un deber de asistencia y afecto a que estaba moralmente obligado respecto de esos familiares y cuyo incumplimiento determinaba la inoficiosidad, total o parcial, de la disposición testamentaria.

(6) Para más detalles, *vid.* García-Bernardo Landeta, Alfredo, *op. cit.*, pp. 20-40.

1.2.1.1. Reconocimiento formal de la legítima: Ley de las Doce Tablas

Así, en una primera etapa del Derecho romano, se configura el llamado derecho de herencia o sucesión forzosa formal, que se manifiesta en el principio "*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredando*", en virtud del cual el testador, en uso de la libertad de testar, podía instituir o desheredar expresamente a los *sui*, pero no preterirlos, es decir, olvidarlos.

Los *sui heredes* eran herederos legítimos llamados por la Ley de las Doce Tablas a la herencia de su padre, cuyo derecho a suceder les venía reconocido inmediatamente por la ley.

Por consiguiente, se trataba inicialmente de una pura y simbólica legítima formal, en virtud de la cual se pretendía evitar el olvido del testador en cuanto a la mención de los *sui heredes* en su testamento, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían, como la nulidad total de las disposiciones testamentarias, resultado de la preterición producida. En tal caso, se abriría la sucesión intestada, teniendo en cuenta el principio fundamental del Derecho sucesorio romano "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*", (nadie puede fallecer en parte testado y en parte intestado) que consagraba la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada.

De este modo, el *paterfamilias* podía no dejar nada a los *sui*, es decir, no realizar ninguna atribución patrimonial durante su vida ni para después de su muerte a favor de los mismos, pero tenía que hacerlo constar así, necesariamente, en su testamento. No se trataba, pues, de una medida protectora de los herederos legítimos, cuya legítima podía quedar vacía de contenido, sino de una medida cautelar o preventiva encaminada a conservar la validez íntegra del testamento otorgado, en consonancia con el clásico principio sucesorio conocido como "*favor testamenti*" o principio de conservación del testamento. Por ello, la legítima formal favorecía, en realidad, al testador, y no al legitimario, habiendo señalado NÚÑEZ LAGOS (7) en

(7) NÚÑEZ LAGOS, Rafael: "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil", separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Instituto Editorial Reus, abril 1951, p. 14.

este sentido que “el testamento surgió para desheredar, más que para heredar”.

1.2.1.2. Reconocimiento material de la legítima: Lex Falcidia

A diferencia del derecho de herencia forzosa formal, que exige para la validez del testamento la institución o desheredación de los herederos forzosos, con posterioridad surge el llamado derecho de herencia o sucesión forzosa material, que exige que el testador realice efectivas atribuciones patrimoniales al heredero forzoso (terminología posterior acuñada por Justiniano), es decir, que le deje una parte mínima de la herencia que, como se ha indicado anteriormente, se llamó en principio *portio debita* y después *portio legítima*.

Así, la nueva conciencia social que se va imponiendo a finales de la República, rompe con las costumbres testamentarias antiguas y se da paso a la idea de que el testamento que no favorecía en nada, o en una parte muy reducida, a los familiares más próximos del testador, podía ser impugnado por haber infringido el *officium pietatis* o deber de piedad, es decir, el deber de asistencia y afecto a los que está moralmente obligado el padre de familia para con esos familiares. Por ello, se hizo patente la necesidad de poner límites a la facultad de disponer por testamento, instaurándose el sistema de la sucesión legítima real y exigiéndose, por tanto, que el pariente más próximo del testador recibiera una cantidad mínima (legítima) de los bienes hereditarios, al considerarse que no se hallaba en su cabal juicio el padre que nada dejaba a sus hijos en su testamento.

Sin perjuicio de la práctica judicial existente desde el siglo I a. C., la *portio debita* aparece propiamente en el siglo I d. C., siendo determinante para su cálculo la influencia de la Lex Falcidia y fijándose su cuantía en la cuarta parte (*quarta legitimae partis*) de la cuota que le correspondería en la sucesión abintestato, tomando como referencia la cuarta falcidia.

No obstante, con Justiniano se modifica la cuota y se eleva la cuantía de los descendientes a un tercio, si el número de hijos no excedía de cuatro, y a la mitad, si el número era de cinco o más. Así lo estableció la Novela 18 del año 563, bajo la rúbrica “Del tercio y de la mitad de la herencia, y de las sucesiones de los hijos y de los nietos naturales”, apareciendo de este modo la legítima como dere-

cho “legalmente” reconocido, desde un punto de vista material y no ya solo formal.

1.2.1.3. Necesidad de instituir heredero al legitimario: Novela CXV de Justiniano

Según la Novela CXV de Justiniano era necesario y obligado instituir heredero al legitimario, bajo sanción de preterición y consiguiente nulidad o rescisión del testamento, seguida de la correspondiente apertura de la sucesión intestada para todos los herederos forzosos (lesionados o no) y respecto de todos los bienes hereditarios, todo ello por aplicación del ya mencionado principio romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, de tal manera que quedaba así excluida una posible sucesión o delación forzosa *ex lege*, contraria al espíritu del pueblo romano.

Por tanto, el testador tenía que instituir herederos necesaria y forzosamente a sus legitimarios, acuñándose de este modo la expresión de “herederos forzosos” que ha llegado hasta nuestros días, tal como aparece consagrada, entre otros, en los artículos 806 y 807 de nuestro vigente Código Civil (en adelante, CC). Los herederos forzosos mencionados en la citada Novela justinianea son los descendientes y los ascendientes, mientras que los hermanos no son mencionados y sus derechos legitimarios se rigen por el Derecho anterior. Además, y a diferencia del Derecho romano primitivo, el testador no podía desheredar a su libre arbitrio, sino fundándose en alguna de las causas legalmente reconocidas.

Con esta obligación de instituir heredero, Justiniano destruye el vínculo agnaticio y construye la familia cognaticia, consolidando fuertemente los vínculos de sangre y configurándolos como vínculos sagrados, lo que respondía a una “concepción cristiana de la familia”. (8)

En consecuencia, en el sistema legitimario romano avanzado de la época justinianea, el testador gozaba de una limitada libertad de testar.

(8) García-Bernardo Landeta, Alfredo, *op. cit.*, p. 123.

1.2.2. Derecho germánico

1.2.2.1. Reserva: vinculación legal del patrimonio a la familia

Respecto al Derecho germánico, la expresión más pura y característica de su Derecho sucesorio es la llamada reserva, en virtud de la cual todo el patrimonio está vinculado a la comunidad doméstica o familiar, de tal manera que el patrimonio está reservado por la ley a favor de la comunidad, por lo que fallecido un miembro de la misma o el señor de la casa, su cuota acrece a los restantes comuneros en mano común. Es principio sucesorio básico del Derecho germánico primitivo el de que los herederos (de sangre) nacen y no se hacen, siendo la ley la que les reconoce como tales.

Los miembros de la *Sippe* (comunidad de parientes de sangre de una persona) carecían de la facultad de disponer individualmente de los bienes, tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa,* al exigirse el asentimiento de los más próximos herederos, que se configuraba así como un derecho de oposición o derecho de oponerse a una enajenación, consecuencia de la fuerte vinculación del patrimonio a la comunidad familiar, de tal manera que no existía verdadera autonomía privada o autonomía de la voluntad. (9)

Así pues, en el Derecho germánico los herederos forzosos lo son directamente por ministerio de la ley, de tal manera que no hay más delación que la forzosa (al contrario del Derecho romano), por lo que no cabe hablar de sucesión intestada ni testamentaria. El testador no puede instituir herederos en su testamento, pues es la ley la que los hace como tales, por todo lo cual no existe propiamente libertad de testar, sino limitaciones a la sucesión forzosa.

1.2.2.2. Legítima "eclesiástica": San Agustín

Posteriormente, sin embargo, y por influencia de la Iglesia, se introduce la conocida como "*portio pro anima*", cuota libre o legítima eclesiástica (*Freiteil*), respecto de la cual fue decisivo el influjo ejercido por la doctrina de San Agustín, que destacó la importancia de la limosna para las obras pías, atribuyendo a la misma "una función expiatoria y merecedora de la gracia celestial: da a los pobres

(9) *Idem,* pp. 43 y 44.

peregrinos para ayudarles en el paso por este mundo, y lo que des, te será devuelto con altos intereses en la otra vida". (10)

Basándose en esta doctrina cristiana, y para la salvación de su alma, el jefe doméstico pudo llegar a disponer de determinados objetos del patrimonio doméstico e, incluso, de una cuota del mismo, y ello sin necesidad de contar con el asentimiento o consentimiento formal de los herederos, que eran titulares de derechos de expectativa (el denominado *Wartrecht*). Para ello, el instrumento jurídico adecuado fue el testamento, en unos casos, y la *donatio pro anima* o donación germánica con carga, en otros.

El testamento y la donación por causa de muerte van extendiendo así su ámbito de aplicación, lo que unido al hecho de que el vínculo que pesa sobre el patrimonio doméstico se va debilitando, determinan un fortalecimiento del poder de disposición del individuo sobre su propiedad.

Los autores destacan la influencia de la Iglesia en la introducción de la cuota de libre disposición (*propria portio*) para permitir las disposiciones *pro anima* o en sufragio del alma de quien las hacía. Así, invocándose la doctrina cristiana sobre el valor expiatorio de la limosna, se invitaba a los fieles a distribuir parte de sus bienes entre obras pías. En un principio, debía destinarse dicha cuota libre para ese fin, si bien más tarde se transformaría en una verdadera parte de libre disposición. (11)

1.2.3. Derecho español

1.2.3.1. Fuero Juzgo

En cuanto a la génesis histórica de la legítima en España, señala Bermejo Pumar (12) que el origen conocido del actual sistema legitimario de Derecho común es la ley visigoda dictada por Chindasvin-

(10) San Agustín, sermón 49,2.

(11) Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil,* 3.ª edición (revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa), tomo V, Madrid, Dykinson, 2007, p. 320.

(12) Bermejo Pumar, María Mercedes: "Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte Primera. La legítima (función y estructura)", en *Instituciones de Derecho Privado*, *op. cit.,* p. 54.

to, bajo la denominación *Lex Dum Inlicita*, que se incluyó posteriormente en la recopilación de leyes que hizo su hijo Recesvinto con un propósito de unificación, a través de la *Lex Visigothorum*, así como en el *Liber Iudiciorum* o Libro de los Jueces y en su versión romanceada del Fuero Juzgo (año 654).

En las primeras disposiciones normativas dictadas para los godos y los hispanorromanos, se aprecia una tendencia en contra de la libertad de testar, cuyo fundamento, sin embargo, no parecía residir en la propia estructura de la comunidad germánica, como comunidad en mano común o comunidad de Derecho entre padres e hijos, sino en consideraciones sociales y éticas.

En este sentido, el texto de la Ley *Dum Inlicita* (de Chindasvinto) del *Liber Iudiciorum* (4, 5, 1) es un completo alegato contra los abusos de los padres y ascendientes, no existiendo ninguna alusión a las costumbres teutónicas. (13)

Así pues, prescindiendo de las disposiciones y costumbres germánicas, se adopta el criterio romano de la legítima, como límite a la absoluta libertad de disposición. El fundamento de este nuevo sistema legitimario (nuevo para el Derecho germánico) reside en las conductas abusivas de los padres y ascendientes con respecto a sus hijos y descendientes, tal como sucedió también en su concepción romana justinianea, por lo que, faltando esta premisa previa, podría entenderse que la legítima carecería de fundamento.

(13) Merece la pena destacar algunas de las palabras recogidas en la *Lex Dum Inlicita*, por su claridad y fuerza expresiva, y teniendo en cuenta, asimismo, que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la época de la codificación, señalando así que "muchas gentes viven de una manera irregular y disponen algunas veces de sus bienes a favor de personas extrañas, despojando sin motivo a sus hijos y descendientes. No ha de verse olvidado el deber natural de afección que tienen los padres en relación a sus hijos y descendientes. Por ello, promulgamos las presentes sabias medidas, que en lo sucesivo deberán ser respetadas por todos, por las que, sin privar en absoluto a los padres y los abuelos de la facultad de disponer de sus bienes, se tiende a impedir que los hijos y descendientes sean olvidados completamente de la herencia de aquellos por una decisión injusta".

1.2.3.2. Las Partidas, el Fuero Real y las Leyes de Toro

En Castilla, Las Partidas recogieron ya expresamente la terminología actual de legítima, que alude a su origen legal: "Et a esta parte legitima dicen en latin, pars debita iure nature (…); et por esto es llamada parte legitima, porque la otorga la ley a los fijos, et débenla haber libre, et sin agravamiento et sin ninguna condicion" (Partida 6, 1, 17).

No obstante, Las Partidas solo tuvieron vigencia parcial en materia de legítimas, conservándose así la legítima visigoda (de los cuatro quintos) a favor de los hijos, que sería posteriormente reconocida y confirmada por el Fuero Real y, asimismo, por las Leyes de Toro (Leyes 6, 28 y 30 de Toro), de tal manera que el testador está obligado a dejar todos sus bienes a sus hijos y descendientes legítimos, "escepto la quinta parte", que era, pues, de libre disposición. (14)

1.2.3.3. Código_Civil

En cuanto al vigente Código Civil de 1889, señala Lacruz Berdejo (15) que "es bastante más liberal que el Derecho anterior, pero dista todavía mucho de la generalidad de los ordenamientos forales".

Este liberalismo hay que entenderlo en términos de mayor libertad de testar y, por consiguiente, de un mayor reconocimiento del ámbito del poder de disposición del testador, en detrimento del sistema legitimario.

En cuanto a la regulación jurídica actual sobre esta materia, el artículo 806 de nuestro Código Civil nos ofrece un concepto de legítima, al señalar que "legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos".

Prescindiendo de la errónea terminología legal, todavía subsistente, de "herederos forzosos", que arrastra reminiscencias histórí-

(14) *Vid.* Escriche, Joaquín (Abogado de los Tribunales del Reino), *Elementos del Derecho Patrio*, edición facsimilar del original publicado en 1840, Valladolid, Lex Nova, 2003, p.81.

(15) Lacruz Berdejo , José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *op. cit.*, p. 321.

cas, las legítimas representan, por tanto, la consagración y el reconocimiento por ministerio de la ley de determinados derechos sobre la herencia del causante, a favor de sus parientes más próximos en grado.

Como señala VALLET DE GOYTISOLO (16), el punto de partida de un sistema jurídico predetermina la posterior evolución correctora del mismo, de tal manera que si se parte de una originaria libertad plena de testar (como en el Derecho romano primitivo), habrá una tendencia ulterior a limitarla, mientras que si la regulación jurídica inicial establecía la total atribución forzosa *ex lege* (como en el Derecho germánico) o reconocía la existencia de una serie de límites a la libertad dispositiva *mortis causa,* habrá una propensión a flexibilizar dicha regulación, ampliando el margen de la autonomía de la voluntad del causante.

Pues bien, debe destacarse la creciente importancia y la cada vez mayor actualidad que está adquiriendo en los últimos años el debate doctrinal sobre el alcance de la libertad civil para disponer de los bienes para después de la muerte, y ello tanto en nuestra doctrina patria como en el entorno europeo, lo cual nos lleva a plantearnos el fundamento de la legítima.

1.3. Fundamento de la legítima

1.3.1. Planteamiento de la cuestión

Son varios los factores desencadenantes que han suscitado la cuestión sobre la necesidad de replantearse el fundamento de la legítima, desde una perspectiva normativa, doctrinal y sociológica.

A mayor abundamiento, en nuestro ordenamiento jurídico esta materia presenta una dimensión que reviste mayor complejidad, si se tiene en cuenta la confluencia de la legislación de Derecho común con las respectivas legislaciones de Derecho foral o Derecho civil territorial, cada una de ellas con sus correspondientes peculiaridades.

En este sentido, algunos autores han señalado que "la lentitud y reticencia del legislador estatal de adaptarse al tiempo social actual", han podido influir en el desarrollo de los ordenamientos fora-

(16) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bermanchs: *Panorama de Derecho de Sucesiones. Fundamentos,* tomo I, Madrid, Civitas, 1982, p. 520.

les, tal como se pone especialmente de manifiesto en relación con las legítimas. (17)

A la vista, pues, de la exposición realizada sobre el origen histórico y el nacimiento de la institución de la legítima, cabría plantear una serie de cuestiones en torno a la misma, que serán objeto de un estudio más exhaustivo y pormenorizado con posterioridad, a saber: ¿subsisten actualmente la necesidad social y el fundamento jurídico que determinaron el nacimiento de la legítima? ¿Está justificada su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del siglo XXI? ¿Acaso no se esconde detrás de este instituto, una desconfianza del legislador al cumplimiento de los más elementales deberes morales y familiares de asistencia y protección hacia los más próximos parientes del testador? ¿No es esa la misma *ratio legis* de algunos preceptos normativos, cuya aplicación está hoy en desuso (tras la implantación del llamado "Estado de bienestar"), como el deber de alimentos entre parientes, regulado en los artículos 142 a 153 de nuestro Código Civil?

¿Debe prevalecer esta presunción legal de recelo acerca del eventual comportamiento del testador, sobre su legítima voluntad de disponer de sus bienes y ordenar su sucesión de la manera como estime conveniente? ¿O debería darse paso a un nuevo sistema de libertad absoluta de testar en el ámbito del Derecho común (a semejanza de lo que ocurre en el Derecho foral navarro o en el Fuero de Ayala), como manifestación de la primacía de la libertad civil, fundándose, asimismo, en las corrientes desintegradoras de la familia tradicional y en la aparición de nuevos modelos de familia?

O, por el contrario, ¿quizás la legítima adquiere, precisamente, más fuerza y sentido en una sociedad, como la actual, en que las crecientes situaciones de crisis y ruptura matrimonial, así como de desestructuración familiar, hacen aconsejable un "mecanismo de contención" que impida que el fracaso de los vínculos afectivos redunde también en un fracaso de la protección jurídica de los sujetos implicados? En tal caso, ¿no sería razonable circunscribir la virtualidad de la legítima a un mero derecho de alimentos, bajo determinadas condiciones debidamente reguladas?

(17) ESPINOSA DE SOTO, José Luis: "De las legítimas", en *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia,* volumen II, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, p. 619.

Ahora bien, admitida como hipótesis de trabajo la necesidad de subsistencia de la legítima en nuestro sistema normativo, ¿debe mantenerse en la forma y proporción en que se regula actualmente en nuestro Código Civil? ¿Por qué no cabe plantear la necesidad o conveniencia de flexibilizar el régimen jurídico de la legítima?

¿No parecen excesivos los dos tercios del valor del caudal relicto como legítima larga o amplia que el testador debe respetar, tratándose de hijos o descendientes? ¿Acaso la existencia de distintos sistemas en nuestro Derecho histórico, en relación con la cuantía de la legítima (un cuarto en la legítima romana primitiva, un tercio o la mitad en la legítima romana justinianea, y cuatro quintos en la legítima germánica) no es una prueba de que estamos ante una materia susceptible de variación, adaptación e interpretación, atendiendo a la realidad social o a la concepción que de la legítima se tenga? Parece, pues, evidente que se trata de una cuestión o decisión de política legislativa, en relación con la cual el legislador debe tomar conciencia de la apremiante y necesaria reforma legal que está llamado a realizar, en aras de construir nuestro Derecho sucesorio sobre unas bases de justicia y equidad que respondan a las actuales demandas sociales, superando así una serie de condicionamientos que han devenido hoy en vestigios históricos.

Por otra parte, y sin perjuicio de que esta cuestión será tratada con mayor detenimiento, ¿la obligación de satisfacer esa legítima *in natura* o con bienes de la herencia, no es, asimismo, un importante freno para ordenar la sucesión en la empresa familiar, tan extendida y fundamental en nuestro tejido empresarial, con el consiguiente riesgo de disolución y liquidación de dicha empresa?

En este sentido, ¿no es apreciable la tendencia en el ámbito de los Derechos forales, (18) a la transformación de la legítima en su

(18) *Vid*., a este respecto, la Ley 2/2006, de 14 de Junio, de derecho civil de Galicia, y la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Ello no obstante, el Código del Derecho Foral de Aragón (que refunde las leyes civiles aragonesas), aprobado por virtud del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, ha conservado la tradicional naturaleza jurídica de la legítima como *pars bonorum,* salvo supuestos excepcionales en que se permite su pago con dinero extrahereditario, de tal manera que el legislador foral, pudiendo haber cambiado dicha naturaleza, ha optado, sin embargo, por mantenerla con carácter general.

consideración como *pars bonorum*, en legítima considerada como *pars valoris*? ¿O supondría ello rebajar el "status" jurídico de la legítima, aun cuando se conserve su entidad económica?

Por otro lado, ¿cuál es el estado de la cuestión sobre este particular en el ámbito del Derecho comparado? A ello haremos referencia a lo largo del presente trabajo.

En cualquier caso, es evidente que en los últimos años existe una corriente doctrinal que se está cuestionando seriamente el fundamento jurídico de la institución de la legítima, no solo en nuestra doctrina patria, sino también en el entorno comunitario. Si, como trataremos de analizar, dicho fundamento ha perdido la consistencia familiar y social que servía de base a este instituto, debe plantearse entonces la cuestión de si puede y debe salvarse su existencia (aunque cambiando su fundamento y adaptándolo a la realidad social actual) o si, por el contrario, ha de optarse por la supresión de la institución legitimaria, todo ello en base a los argumentos de distinta naturaleza que se desarrollarán a lo largo de este trabajo de investigación.

1.3.2. Debate jurídico tradicional. Comisión General de Codificación

En cuanto al fundamento de la legítima, la cuestión de si era debida por Derecho natural (*iure naturae*) o por Derecho positivo (*iure civile*), fue objeto de vivo debate entre los autores del Derecho común, así como entre los juristas castellanos de los siglos XVI y XVII, resultando mayoritaria la opinión que sostenía el fundamento natural de la legítima, si bien desde el planteamiento según el cual la obligación legitimaria quedaba subrogada en la obligación alimenticia, y no tanto en la existencia de un deber familiar y un consiguiente derecho por razón de parentesco.

Por consiguiente, la libertad de testar solamente aparece limitada por la obligación de alimentos, cuando proceda, de tal manera que lo que limita la libertad de testar, por Derecho natural, no es el deber legitimario, sino el deber de alimentos.

Cabría admitir, pues, como tesis de principio la existencia de un Derecho natural que es inmutable y que se configura como ley de las leyes *(iura naturae sunt inmutabilia, sunt leges legum)*, teniéndose en cuenta a este respecto que el Derecho civil es aquel que no

se aparta del todo del Derecho natural *(ius civile est quod neque in totum a naturali).*

Pero teniendo en cuenta que no habría un deber natural (y un correlativo derecho) en virtud del cual los padres deben dejar la legítima a sus hijos (y viceversa), sino únicamente un deber natural de cuidar de ellos durante su vida, que podría hacerse extensible para después del fallecimiento de los padres, en caso de necesidad de los hijos (y viceversa).

Durante el período codificador del Código Civil, los juristas también se plantearon qué régimen sucesorio debía adoptarse, suscitándose un interesante debate debido a la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema legitimario notablemente restrictivo de la libertad de testar, propio del Derecho de Castilla, y un sistema de amplia libertad de testar, propio de los Derechos forales, planteándose la conveniencia o no de proceder a su unificación.

Pues bien, llama la atención el hecho de que ya a mediados del siglo pasado, y transcurridos poco más de sesenta años desde la promulgación del Código Civil, el insigne jurista NÚÑEZ LAGOS (19) advirtiera de la necesidad de acometer una adecuada elaboración del Derecho de Sucesiones español, considerando que su estudio en profundidad había quedado relegado por parte de nuestros juristas.

Para llevar a cabo con éxito esta necesaria tarea, según el autor precitado, es preciso comenzar la misma fijando bien los conceptos jurídicos y determinando con claridad el sentido de las instituciones, analizando su fundamento originario y cuestionando la vigencia del mismo en la realidad social actual, sobre la base de que no todo el Derecho civil está contenido en el Código Civil, sino también en el conjunto de nuestra tradición jurídica a través de sus principios inspiradores.

Así pues, es necesario y conveniente acudir no solo a los antecedentes históricos remotos, que constituyeron la cuna de nuestra civilización occidental, sino también a los precedentes próximos e inmediatos a la elaboración de la codificación civil española, a fin de tener un preciso conocimiento de causa sobre cuál era el estado de la cuestión en el que se gestó la *mens legislatoris* o voluntad del legislador decimonónico.

(19) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

En este sentido, son elocuentes las palabras pronunciadas en esos momentos decisivos por el que fue ponente de la tan debatida cuestión de las legítimas, en la Comisión General de Codificación o Comisión de Códigos: "¿Qué es mejor, que haya legítimas o que no las haya?", se preguntaba GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ.(20)

A partir de entonces se suscita uno de los debates jurídicos de mayor altura que se ha producido en el ámbito de la doctrina civilista española.

Existen, ciertamente, razones y argumentos serios para defender la absoluta libertad de testar de los padres y ascendientes.

En efecto, si se parte de la base de que la facultad de otorgar testamento es consecuencia de la titularidad del derecho de propiedad (pues no se puede disponer para después de la muerte de bienes de los que no se es propietario), el testador ha de poder ejercitar dicha facultad con la misma libertad que si lo hace por otros medios o títulos, como podría ser su disposición entre vivos, respecto de la cual no existe límite alguno. Si se reconoce un derecho, dicho reconocimiento debe hacerse, pues, con todas sus consecuencias, atendiendo a una elemental lógica jurídica.

Por otra parte, la admisión de límites a la libertad de testar supondría aceptar tácitamente que el legislador desconfía de los padres, imponiendo por la fuerza imperativa y coercitiva de la ley lo que debería ser cumplido siguiendo el impulso natural derivado de los estrechos lazos de parentesco.

Asimismo, la libertad de testar permite restablecer y fortalecer la autoridad paterna en el seno de la familia y de la sociedad, pues ya en la época codificadora aquella autoridad se había visto mermada como consecuencia de las ideas de emancipación.

Finalmente, cabe invocar también el argumento comparativo, en virtud del cual algunos Fueros o Derechos forales tienen reconocida la absoluta libertad de disposición *mortis causa* y ello no prejuzga, sin embargo, que sea más arbitraria la autoridad paterna, que haya

(20) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* edición facsimilar de la original publicada en 1863, tomo tercero, Madrid, Lex Nova, 1988, p.290.

un sentimiento de familia menos acusado o que sea más precaria la suerte de los hijos.

Ahora bien, podría sostenerse la tesis contraria a la mantenida hasta ahora (esto es, la libertad absoluta de testar) y propugnar la necesidad de establecer unos límites a la libertad de testar.

A esta solución podría llegarse si nos basamos en un puro argumento histórico, a saber: tanto en los albores del Derecho romano como en los inicios del Derecho germánico, se admitió una ilimitada libertad de disponer por parte del testador (a favor, incluso, de extraños) que, sin embargo, después hubo que corregirla dado el uso despótico que de ella se hizo por los padres.

Además, a favor de las legítimas se han invocado principalmente argumentos de protección a la familia y de función social de la legítima.

En este sentido, se ha señalado que todos los hijos son esencialmente iguales por naturaleza y, por tanto, un sistema de libertad de testar que permitiera favorecer a uno o varios de ellos, en detrimento de otro u otros, o incluso que beneficiase a un extraño en perjuicio de los hijos, no sería justo y quebraría la unidad de la familia, pudiendo dar lugar a posibles abusos por parte del padre o madre.

No obstante, contra ello cabe argumentar que la igualdad de trato a todos los hijos, impuesta por ministerio de la ley a través de las legítimas, puede suponer, en realidad, una verdadera discriminación, cuando dicha igualdad no está justificada, y ello sobre la base de que el legislador desconoce la situación real de cada familia, las necesidades de sus distintos miembros y su comportamiento hacia sus parientes, por todo lo cual las legítimas establecen solo una igualdad aparente y abstracta.

1.4. Reconsideración de la institución legitimaria: debate jurídico actual

Respecto al estado de la cuestión en la actualidad, debe destacarse la existencia de una corriente doctrinal, que se ha ido manifestando a través de diversas reformas legislativas, tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno como a nivel de Derecho comparado, tendente a un debilitamiento de la legítima, que se refleja no solo en una diferente concepción de su naturaleza jurídica, sino también en su más reducido ámbito de aplicación.

Por ello, consideramos que es de plena actualidad la reconsideración de los postulados clásicos de esta institución, que tanto peso ha tenido en los diferentes Derechos sucesorios.

1.4.1. La legítima: posible protección constitucional

La primera cuestión que cabría plantear es si la legítima es una institución de *ius cogens* o Derecho necesario e, incluso, si goza de garantía constitucional, ya que de ello dependerá el mayor o menor margen de actuación del legislador para introducir modificaciones en la institución legitimaria.

A este respecto, y por realizar un pronunciamiento claro sobre la materia que aquí estamos debatiendo, debe destacarse la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005, (21) que sostiene que la legítima constituye un elemento básico del Derecho de Sucesiones alemán y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario, invocando como argumentos a favor de su subsistencia, la larga tradición histórica que tiene no solo en el país germano, sino también en los demás países europeos de tradición romanística, así como el fundamento de la solidaridad familiar entre generaciones que subyace detrás de la institución legitimaria.

Así pues, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán deja claro que la legítima (al menos, la de los hijos) es una institución protegida constitucionalmente.

Además, la situación patrimonial del legitimario carece de toda trascendencia, por lo que la legítima alemana se configura como un derecho a la herencia independiente de toda necesidad. (22)

(21) *Vid.* art. 6.2 de la Ley Fundamental alemana de 1949: "El cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y el deber que más prioritariamente les incumbe. La comunidad estatal velará por su cumplimiento". Véase la Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BverfGE*) sobre esta cuestión.

(22) Sobre el alcance constitucional de la legítima alemana, *vid*. RÖTHEL, Anne: *El Derecho de Sucesiones y la legítima en el Derecho alemán,* Barcelona, Colección Notariado Hoy, Bosch, 2008. pp. 53-55.

No obstante, en el ámbito de nuestra doctrina patria, algunos autores, como VAQUER ALOY (23), señalan que estos razonamientos son poco convincentes, ya que la tradición de la legítima y su existencia en el Derecho comparado europeo son la constatación de un hecho, pero no un argumento propiamente dicho, acudiendo además a los datos estadísticos para cuestionar la validez de la solidaridad intergeneracional como fundamento de la legítima, pues según aquellos datos la legítima se percibe precisamente en la época en que el legitimario dispone de mayor riqueza o mayor renta, por todo lo cual no se aprecia hoy con tanta claridad el vínculo existente entre propiedad y familia.

Pues bien, extrapolando este debate doctrinal al ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, cabría entender que la legítima no goza de garantía constitucional, como parece deducirse del hecho de que en algunos territorios de Derecho foral (como el Fuero de Ayala) la libertad de testar es ilimitada, mientras que en Navarra tiene un carácter meramente formal o simbólico, de tal manera que si la legítima fuera una institución constitucionalmente protegida, se habrían establecido en la propia Carta Magna los mecanismos jurídicos necesarios para su tutela y salvaguarda.

Debe tenerse en cuenta, además, que en el Derecho alemán hay tradición de existencia de legítimas (siguiendo la línea del Derecho germánico), a diferencia de nuestra tradición jurídica (donde ha sido una materia cambiante, según se ha expuesto *supra*), si bien las últimas reformas de aquel han cambiado su configuración jurídica, pasando de ser *pars bonorum* a ser *pars valoris*.

En esta misma línea doctrinal, DELGADO ECHEVARRÍA (24) sostiene que en nuestro texto constitucional no hay ninguna garantía que vincule la propiedad a la familia en el momento del fallecimiento del propietario y, por consiguiente, que justifique las restricciones legitimarias a la libertad de testar.

---

(23) VAQUER ALOY, Antoni: "La legítima en Cataluña", en GETE-ALONSO, María del Carmen (directora) y SOLÉ RESINA, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo II, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 2030-2033.

(24) DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: "Autonomía de la voluntad y Derecho de Sucesiones". Ponencia presentada en el Congreso Notarial celebrado en La Toja, los días 5 a 7 de junio de 2011.

En este sentido, la propiedad privada que garantiza la Constitución (*ex* art. 33.1 CE) no es con carácter vitalicio, hasta la muerte del propietario, sino con carácter perpetuo, para después de su muerte.

Asimismo, y en consonancia con el respeto a la libertad de testar, debe resaltarse lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, (25) al señalar que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos y a disponer de ellos y a legarlos" (art. 17), por lo que no parece reconocerse límite alguno a la libertad dispositiva *mortis causa*.

La libertad de testar permitiría disponer de los bienes hereditarios a favor de personas que se encuentran fuera del ámbito familiar y que podrían tener mayor necesidad que los propios familiares del causante, si es la situación económica la que se adopta como criterio para justificar las restricciones legitimarias.

A este respecto, la función social de la herencia podría desplegarse con una mayor eficacia si el propietario gozara de una plena libertad de disposición sobre su patrimonio, para después de su muerte, al tener mayor margen de actuación para poder realizar obras benéficas o asistenciales *post mortem*.

1.4.2. Propuesta a favor de la libertad de testar

Pues bien, llegados a este punto de la exposición del presente trabajo, plantearemos nuestra propuesta de reforma de la institución de la legítima en el ámbito del Derecho sucesorio común, tanto por la necesidad de actualizar su contenido de acuerdo con las nuevas demandas sociales, dentro de una más amplia reforma de esta disciplina del Derecho privado, como por las indudables ventajas que de ello pueden derivarse para ordenar y planificar la sucesión en la empresa familiar.

(25) Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18.12.2000 (C 364).

1.4.2.1. Argumentos doctrinales

La propiedad privada es un derecho constitucionalmente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 33 de la Constitución Española, en adelante CE) y legalmente regulado en el Código Civil (art. 348 CC), definiéndose como "el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes", estando asimismo estrechamente vinculado con la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, consagrada en el art. 38 CE.

Además, **el derecho de propiedad** tiene un valor permanente por la precisa razón de que **es un derecho natural**, tal y como ha reconocido el magisterio social pontificio. (26)

Pues bien, si el propietario puede disponer en vida de sus bienes, por cualquier título y sin más limitaciones que las legales (que se reducen básicamente a no abusar del derecho y a respetar su función social), no se entiende por qué no ha de poder disponer, igualmente, para después de su muerte con esa misma amplia libertad civil.

De lo contrario, esta diferencia de trato legislativo podría inducir al propietario a desprenderse de sus bienes (e, incluso, a dilapidarlos) (27) con el fin de evitar quedar sujeto a las limitaciones que representan las legítimas.

Por otro lado, la legítima respondía originariamente a criterios de justicia y equidad, dado que los hijos habían contribuido, en vida del padre, a la conservación y continuidad de la casa y del patrimonio familiar. Pero la imposición legitimaria se basaba, además, en la dependencia económica de los hijos respecto de la empresa familiar, ya que renunciaban a otros posibles trabajos y fuentes de ingresos para dedicarse de pleno al negocio familiar, por lo que en la regulación de la legítima subyacía también una causa de necesidad, a fin

(26) Cfr. Carta Encíclica *Mater et Magistra* promulgada por el Sumo Pontífice Juan XXIII, dada en Roma el 15 de mayo de 1961, número 19: "(...) El derecho de poseer privadamente bienes, incluidos los de carácter instrumental, lo confiere a cada hombre la naturaleza y el Estado no es dueño en modo alguno de abolirlo".

(27) Según el Diccionario de la Real Academia Española, dilapidar significa "malgastar los bienes propios, o los que alguien tiene a su cargo".

de atender y subvenir a los gastos de las distintas familias, ya de la siguiente generación (una vez fallecido el padre).

Ahora bien, en la coyuntura actual en que los hijos y descendientes apenas continúan los oficios y negocios familiares, en un afán cada vez mayor de independencia, ¿por qué debe existir la obligación legal de dejar un mínimo patrimonial a determinados parientes, cuando puede que no haya habido entre ellos lazos de naturaleza afectiva que les haga merecedores de tal atribución (y privilegio) legal de la legítima? (28)

En este sentido, como advierte MAGARIÑOS BLANCO, (29) la legítima constituye hoy una causa de desprotección de una parte de la familia, que son los padr la finalidad que debe cumplir, que es atender a las necesidades del que lo ha creado. Y únicamente la protección de aquella parte de la familia que lo necesite, podrá justificar su limitación.

Pues bien, el principal argumento a favor de esta tesis que propugna la libertad del testador consiste en la **diferente concepción de la familia**, la cual, en su sentido tradicional (que es donde la legítima encuentra su primer fundamento sociológico), está en trance de desaparecer y, por consiguiente, no tiene sentido mantener una institución que descansa esencialmente en aquel concepto tradicional. (30)

Si se admite como tesis de principio que el fundamento de la legítima consiste en que el patrimonio debe destinarse por su titular al bienestar de la familia, es lógico que tome cada vez más cuerpo la petición de cambio a fondo del sistema legitimario del Código Civil,

---

(28) En los despachos notariales son cada vez más frecuentes los casos en que los padres manifiestan como última voluntad la de que alguno de sus hijos no reciba ningún bien en su futura herencia, por no haberse comportado debidamente con ellos o por haberles desatendido completamente. Y cuál es su sorpresa cuando se les dice que eso no está permitido por la ley, salvo que concurra una justa causa de desheredación (que presenta el grave inconveniente de su difícil prueba).

(29) Esta cuestión es ampliamente tratada por MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: "La libertad de testar. Una reforma necesaria", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, tomo I, Madrid, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012, pp. 641-690.

(30) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio: *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, La Ley, 1999, pp.175 y 176.

con la consiguiente proclamación de la libertad total de disponer, al haberse alterado las mismas bases institucionales del matrimonio y de la familia en los últimos tiempos. (31)

A este respecto, Fernández-Tresguerres (32) alude a la existencia en el Código Civil de un "desfase sociológico en la aplicación de los conceptos de libertad de testar *versus* legítima formal y material", poniendo, asimismo, en entredicho la prohibición de determinadas formas de delación sucesoria, en clara referencia a los pactos sucesorios.

No obstante, algunos autores sostienen que la legítima nace unida a la idea de familia, cualquiera que sea su organización y concepto, de tal manera que las relaciones familiares son las que fundamentan la existencia de la legítima. Por tanto, el sistema legitimario es dependiente de la idea de familia, pero no de un determinado concepto de ella. (33)

Ahora bien, si el fundamento de la legítima es la relación familiar o conyugal (34) que une al testador con el legitimario, es decir, el vínculo afectivo que existe entre ambos, al margen del concreto modelo de familia vigente en cada momento, entonces entraría en juego una concepción subjetiva de la legítima, en la que habría que ponderar factores que atenuasen la obligación legitimaria o, incluso, que privasen de ella a los legitimarios.

---

(31) Garrido de Palma, Víctor Manuel: "Dictamina, que algo queda". Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2009, p. 234.

(32) Fernández-Tresguerres, Ana: *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, p. 30.

(33) *Vid*., en este sentido, Bermejo Pumar, María Mercedes: "Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte Primera. La legítima (función y estructura)", en *Instituciones de Derecho Privado*, *op. cit.*, tomo V, volumen 3.º, p. 29.

(34) O, *ex analogia*, la relación de pareja estable de hecho. Así se ha establecido en numerosas legislaciones autonómicas, siendo cuestionable la regulación de esta materia por las Comunidades Autónomas, por razón competencial (ex art. 149.1.8.ª CE). En el ámbito estatal, por su parte, sería deseable *de lege ferenda* la regulación de los derechos y deberes de las parejas de hecho, cubriendo así esta laguna jurídica, que se está prolongando en exceso.

En este sentido, debe recordarse que la desheredación es una institución jurídica infrautilizada en la praxis notarial, (35) debido a la dificultad de probar la certeza de la causa invocada para desheredar por el testador (fallecido ya el mismo), cuya carga recae en el instituido heredero, si el desheredado impugna el testamento.

Por esta razón, y como cuestión novedosa en esta sede, en el Derecho civil catalán se ha establecido como causa de desheredación la ausencia continuada y manifiesta de relación familiar entre el causante y legitimario, por causa exclusivamente imputable al legitimario. (36)

Sin embargo, en el ámbito del Derecho común (y ante la falta de una norma similar), la obligación de respetar la legítima se puede transformar en una auténtica carga legal para el testador, que puede rozar incluso la injusticia cuando concurren serias circunstancias que justificarían por sí solas la privación de sus derechos al legitimario. (37)

Y, en este sentido, un Derecho que no es justo, no es Derecho *(ius-iustitia),* siguiendo el clásico aforismo recogido en el Digesto justinianeo *Ius est ars boni et aequi* (Derecho es el arte de lo bueno y equitativo).

A este respecto, debe recordarse que el viejo *ius civile* descansaba en preceptos de moralidad, de una moralidad hecha tradición, de tal manera que los *mores o mores maiorum* dan vida al primitivo ordenamiento. Así, el Derecho positivo ha de descansar en principios de moral, ya que el juicio sobre la justicia o no de los preceptos positivos, viene formulado por el Derecho natural. (38)

(35) La desheredación debe hacerse en testamento, *ex* art. 849 CC, y el testamento abierto notarial es el más utilizado en la práctica jurídica.

(36) Cfr. art. 451-17.2.e de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

(37) Piénsese en los cada vez más frecuentes casos de violencia física o psíquica entre cónyuges (o parejas estables de hecho), o en los desgraciados supuestos de abandono de personas mayores por sus hijos.

(38) Iglesias Santos, Juan: *Derecho romano. Historia e instituciones,* Barcelona, Ariel, 1990, pp. 4 y 10.

Manifestación de ello son las numerosas y explícitas referencias legales (39) a la moral y a las buenas costumbres que informan el articulado de nuestro Código Civil.

¿Acaso no podría decirse, pues, que el vigente sistema legitimario del Derecho sucesorio común, inicialmente considerado como un sistema humano fundado en la libertad civil y en la moral, (40) se ha ido convirtiendo con el transcurso del tiempo en una regulación que adolece de cierta deshumanización, al imponer una rigidez que desconoce la verdadera realidad familiar y que no siempre se corresponde con las actuales necesidades sociales?

Señala Carrasco Perera (41) que la legítima de dos tercios tenía sentido en una sociedad en que la expectativa de sobrevivencia era baja, falleciendo a una edad temprana el padre de familia y dejando hijos con una edad que no les permitía labrarse su porvenir.

Sin embargo, no tiene sentido cuando dicha expectativa es alta (como sucede en la sociedad actual), de tal manera que los hijos suceden a los padres cuando aquellos tienen ya una edad avanzada.

Añade el citado autor que "la legítima genera costes de litigación muy altos", debido a las posibles pretericiones, simulaciones, desheredaciones, indignidades y otras eventuales vulneraciones de la normativa imperativa reguladora del sistema legitimario.

Y termina señalando que "no es humano privar a los padres" de la posibilidad de dejar su herencia a aquellos de sus hijos que más cariño y cuidados les proporcionen.

Por el contrario, la libertad de testar fortalece la autoridad paterna, facilita la acertada elección del heredero, estimula el esfuerzo de los hijos y contribuye a conservar las tradiciones de la familia. (42)

Por otra parte, si lo que subyace en el trasfondo de la regulación de la legítima, es la presunción legal de que el testador puede disponer enteramente de sus bienes a favor de personas extrañas con las que no tiene ningún vínculo de parentesco, con el consiguiente

---

(39) Véanse, entre otros, los arts. 1.3 CC, 756.2 CC, 1255 CC o 1275 CC.

(40) En este sentido, *vid*. García-Bernardo Landeta, Alfredo, *op. cit.,* p. 17.

(41) Carrasco Perera, Ángel: "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", Actualidad Jurídica Aranzadi, número 580, junio 2003.

(42) Magariños Blanco, Victorio, *op. cit.*

perjuicio de sus parientes más próximos en grado (en especial, sus hijos), trayendo causa así de reminiscencias históricas, esa voluntad presunta basada en ese supuesto temor o recelo, quedaría sin efecto desde el momento en que existiese y se manifestase una voluntad expresa por parte del testador, a través de la ordenación y disposición de su patrimonio mediante testamento (u otra disposición *mortis causa*).

En consecuencia, habiendo testamento, debe primar la soberana voluntad del testador (**criterio de justicia material**), que debe ser la ley de su sucesión *mortis causa,* de tal manera que el legislador solo debe entrar a ordenar su patrimonio relicto a falta de dicho testamento. Así, se distinguiría claramente entre la sucesión testada o testamentaria y la sucesión intestada o propiamente legal (configurada como supletoria), que es llamada "legítima" por el Código Civil en alguno de sus preceptos, (43) término este que debería reinterpretarse, entendiendo por tal la sucesión ordenada por la ley en defecto de testamento.

¿Acaso no debe prevalecer la voluntad expresa del testador sobre la voluntad presunta del legislador?

El legislador parte de un apriorismo consistente en creer que el testador puede prescindir por completo de dejar sus bienes, o parte de los mismos, en su testamento, a sus parientes más próximos. Ahora bien, ¿*quid* si esta premisa no se cumple? ¿Acaso no es lo natural y lo habitual que el padre o madre de familia desee distribuir todos sus bienes entre sus hijos, por partes iguales? ¿No es este el denominador común de los testamentos abiertos otorgados ante notario, que constituyen la práctica totalidad de los testamentos realizados en nuestro país?

Por tanto, los casos excepcionales que no respondan a este comportamiento natural, normal y razonable, no deben elevarse a la categoría de regla general ni deben, pues, servir de base a una regulación legal de aplicación generalizada.

A mayor abundamiento, el sistema legitimario impide o dificulta el cumplimiento de una labor de ayuda a la sociedad, destinando los recursos necesarios para desarrollar una obra pía o de beneficencia cuyo cometido sea la caridad hacia el prójimo (**argumento de función social**).

(43) Véase art. 912 CC.

¿Por qué no va a poder dedicar el propietario sus bienes a estos fines, más que cuando carece de parientes legitimarios? ¿Acaso no se trata de "su" patrimonio?

Por otra parte, la libertad de testar favorece una mayor rentabilidad en la explotación de la tierra y de la empresa (**argumento de utilidad económica**), al designarse como continuador de la misma a la persona más idónea para ello, según el dueño.

A este respecto, hay que tener en cuenta que lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido, por lo que hay que valorar el clima moral y social de la época y las costumbres y usos vividos, distinguiendo entre patrimonios dinámicos o de producción y patrimonios estáticos o de ahorro, prefiriendo para los primeros el sistema que permita la continuidad de la explotación (libertad de testar) y para los segundos el sistema igualitario (el de legítimas).

Por otro lado, LEJEUNE VALCÁRCEL (44) sugiere una modificación del sistema de legítimas del Código Civil, que, a su juicio, resulta demasiado estricto y, además, ofrece insuficientes soluciones empresariales, dando lugar así a inevitables conflictos familiares.

Finalmente, se ha señalado que la libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres, de modo que cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad. En este sentido, la libertad de testar aparece hoy consagrada en naciones que se enorgullecen de enarbolar la bandera de la libertad, tales como Inglaterra y Estados Unidos. (45)

1.4.2.2. Doctrina jurisprudencial

La nota predominante que cabe destacar de la doctrina jurisprudencial examinada consiste en el carácter imperativo de las normas

(44) Opinión recogida en el Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, VII Legislatura, serie I, número 312, de 23 de noviembre de 2001, página 11.

(45) Para mayor información sobre estos argumentos doctrinales, *vid.* MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *op. cit.,* pp. 675 y ss.

que regulan la legítima y que, por consiguiente, quedan sustraídas a la autonomía de la voluntad del testador.

Así, ya la STS de 6 de marzo de 1891 (pocos años después de la promulgación de nuestro Código Civil) advirtió que "las Leyes que regulan las legítimas son de Derecho público, superior a toda convención y, por lo mismo, ni los padres están facultados para reducir o gravar las porciones legitimarias de los hijos ni éstos pueden renunciarlas válidamente en vida de aquellos".

De este modo, tanto la institución legitimaria como la prohibición de los pactos sucesorios en el ámbito del Derecho común, se han configurado desde antiguo como dos elementos que han ido definiendo y caracterizando la estructura del Derecho de Sucesiones español, siendo marcadamente imperativa la normativa reguladora de la legítima, incardinándose así en la tradición jurídica patria la fórmula restrictiva del *ius disponendi mortis causa,* "a título de necesario auxilio contra testadores olvidadizos de sus deberes familiares" (*vid*. STS de 27 de diciembre de 1935). (46)

En esta misma línea, la STS de 19 de abril de 1963 (47) señaló que "la legítima es de orden público, del que no puede disponer el testador por venir impuesta por la ley ni hacer recaer sobre ella gravamen ni limitación alguna".

La indisponibilidad e intangibilidad (cuantitativa y cualitativa) (48) de la legítima constituyen, pues, elementos esenciales de la misma que nuestra jurisprudencia se ha encargado de tutelar debidamente sin ambages.

Así, y aun cuando haya un único hijo sin descendientes del finado testador, los dos tercios que conforman la denominada legítima "larga" o "amplia" deben destinarse necesaria y forzosamente a aquel, "sin facultad del testador de darle otro destino que el que por Ley viene establecido, y que se especifica en el art. 806 CC" (*vid*. STS de 22 de noviembre de 1991). (49)

Sin embargo, en contraste con esta línea jurisprudencial mayoritaria, la STS de 15 de noviembre de 1996 (50) declaró que "la

(46) RJ 1935, 2482.
(47) RJ 1963, 2562.
(48) Cfr. art. 813 CC.
(49) RJ 1991, 8477.
(50) RJ 1996, 8212.

legítima no pertenece a la materia protegida por el orden público interno", y ello en un supuesto de un ciudadano norteamericano casado en España y con dos hijos, y en cuyo testamento los menciona pero sin dejarles nada, señalando que la ley aplicable a la sucesión es la nacional del causante, de modo que "si el Derecho americano se apoya en una gran libertad de testar y no reconoce la legítima de los hijos", el Derecho español debe ser un instrumento de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados.

En realidad, se trataba de un supuesto de Derecho internacional privado en que por aplicación de nuestro ordenamiento jurídico interno, la ley reguladora de la sucesión *mortis causa* es la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, (51) por lo que no se configura tanto como una excepción a la doctrina unánime sentada por nuestros tribunales en sede de legítima, sino como un reenvío realizado por las normas de conflicto españolas a la ley material extranjera que debe aplicarse.

En conclusión, los jueces y tribunales han procedido a la aplicación de la legislación vigente en materia de legítimas en el Derecho sucesorio común, velando por la debida observancia de su normativa reguladora en beneficio del legitimario.

Ahora bien, una vez examinada la línea jurisprudencial mayoritaria en esta materia, deben destacarse dos recientes sentencias del Tribunal Supremo que constituyen un paso cualitativo realizado por el Alto Tribunal y abren paso a una nueva doctrina legal en esta sede.

En efecto, tanto la sentencia de 3 de junio de 2014 como la sentencia de 30 de enero de 2015 consideraron que el "maltrato psicológico" debe entenderse incluido dentro del concepto de "maltrato de obra" que el art. 853.2 CC establece como justa causa de desheredación, realizando para ello el siguiente razonamiento: una cosa es que las causas de desheredación sean tasadas y no admitan una interpretación extensiva ni analógica, y otra muy distinta es que se pueda hacer una valoración de una causa previamente admitida por la ley con un criterio que no sea rígido o sumamente restrictivo, de acuerdo con la realidad social y el entorno cultural dominantes.

Y, a su vez, por maltrato psicológico entiende el tribunal una conducta de menosprecio y abandono familiar del causante por parte

(51) Cfr. art. 9.8 CC.

de sus hijos, quienes no se interesaron por él ni tuvieron contacto alguno con él durante los últimos años de su vida, cuando se encontraba enfermo.

No obstante, y a pesar de esta nueva y amplia interpretación judicial, siguen subsistiendo los problemas de prueba y, en todo caso, lo que nosotros cuestionamos no es la aplicación que se haga de la ley por parte de los órganos judiciales, sino la ley misma, pudiendo apreciarse a este respecto en los últimos años una tendencia legislativa a la flexibilización de la institución legitimaria.

1.4.2.3. Últimas tendencias legislativas

La tendencia que se observa en los últimos años, tanto en el Derecho comparado como en los Derechos forales o Derechos civiles territoriales, es la de configurar la legítima como *pars valoris* o parte del valor líquido de los bienes hereditarios, sin garantía real de estos que asegure su pago y sin necesidad, por tanto, de que el legitimario intervenga en la partición de la herencia, así como la de reducir su cuantía y el alcance de los beneficiados por la legítima.

Pero antes de analizar las últimas reformas legales, conviene señalar que en las conclusiones del IX Congreso Notarial español celebrado en Barcelona el 14 de mayo de 2005, sobre el patrimonio familiar, profesional y empresarial, se propuso acometer reformas legislativas partiendo del principio de libertad civil y revisando las rigideces derivadas del sistema de legítimas.

En esta misma línea se volvió a pronunciar el XI Congreso Notarial español, cuya sesión plenaria celebrada en Madrid el 30 de mayo de 2012 recogió, entre sus conclusiones, la siguiente: "Se recomienda una reforma sustancial del sistema legitimario del Código Civil, bien suprimiendo las legítimas o bien modificando su sistema de protección y reduciendo su cuantía y ámbito personal". (52)

Ciertamente, resulta llamativo que el legislador estatal español no haya acometido todavía la tan necesaria y demandada reforma del Derecho de Sucesiones y, en lo que aquí respecta, del sistema de legítimas en el ámbito del Derecho común.

Esta manifiesta y preocupante ausencia de una voluntad política para llevar a cabo esta ambiciosa e ineludible modificación legal del

(52) Fuente: Consejo General del Notariado.

Código Civil, ha de ser suplida por un decidido impulso que encomiende este proyecto a la Comisión General de Codificación (tal y como se ha hecho con el futuro Código Mercantil), a fin de elaborar una propuesta racional, integral y armónica de un nuevo texto legal.

Por el contrario, esta corriente doctrinal favorable a la modificación o, incluso, supresión del actual sistema legitimario, ha tenido cierto reflejo en algunas reformas legislativas realizadas en los últimos años, tanto en los Derechos forales o Derechos civiles territoriales, como en el ámbito del Derecho comparado.

Con carácter preliminar, es preciso señalar que el exponente más claro del sistema de libertad absoluta de testar en nuestro Derecho, está representado por el tercero de los ordenamientos sucesorios vascos, constituido por el **Fuero de Ayala**, regulado por virtud de la nueva Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, (53) (arts. 88-95 LDCV), en el que "se encierra la más concentrada dosis de libertad dispositiva de todos los ordenamientos españoles", (54) configurándose así como una "libertad irrestricta, sin condicionantes ni contenciones", que permite excluir libremente de la sucesión a la propia familia mediante el correspondiente apartamiento, expreso o tácito, individual o conjunto. (55)

Este régimen jurídico singular de la Tierra de Ayala, de regulación parca y lacónica, tiene su origen en la antigua fórmula contenida en el originario Fuero de 1.373: "*Otrosí todo hombre o muger estando en su sana memoria pueda mandar todo lo suio ó parte de ello á quienquisiera por Dios, é por su alma ó por servicio que le fizo*".

Pues bien, una de las causas de esta plena y absoluta autonomía de la voluntad, en sede sucesoria, que ha llegado hasta nuestros

(53) Publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, con entrada en vigor el 3 de octubre de ese mismo año (véase la Disposición final), y que deroga la anterior Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (véase la Disposición derogatoria).

(54) Gil Rodríguez, Jacinto: "La inconsistencia de la legítima en el Fuero de Ayala", en Gete-Alonso, Maria del Carmen y Solé Resina, Judith, *op. cit*., p. 2212.

(55) Cfr. art. 89.1 de la Ley de Derecho Civil Vasco: "Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren, por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho".

días, reside en la preocupación existente en la época medieval por impedir la fragmentación de la propiedad y asegurar así la estabilidad del patrimonio familiar. (56)

Entrando ya en el estudio de las últimas reformas legales, la más reciente en esta materia está constituida por la citada ley 5/2015, de 25 de junio, de **Derecho Civil Vasco**, que introduce una considerable reducción en la cuantía de la legítima de los hijos o descendientes, que pasa de ser de los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador (art. 55 de la anterior Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, respecto del Fuero Civil de Vizcaya) a un tercio del caudal hereditario (art. 49 de la actual Ley de Derecho Civil Vasco), medida esta que se justifica por el legislador en que "contribuye mejor que cualquier otra a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlo a otras legislaciones europeas".

En cuanto al **Derecho civil gallego**, debe hacerse mención de la regulación de las legítimas que se contiene en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, (57) que es fiel reflejo, en lo que a la materia sucesoria se refiere, de las nuevas demandas de la realidad social actual.

En este sentido, y distanciándose así de la normativa del Código Civil (que regía hasta la promulgación de la citada ley), se amplía de manera considerable la libertad dispositiva del causante, debilitándose la institución de la legítima, de tal suerte que se suprime la legítima de los ascendientes y se reduce de forma notable la cuantía de la cuota legitimaria de los descendientes, que pasa de ser las dos terceras partes del haber hereditario líquido, a ser la cuarta parte de dicho haber. (58)

---

(56) Merecen resaltarse, por su elocuencia, las palabras contenidas en el Preámbulo de la anterior Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, al señalar que esta regulación "resulta de absoluta actualidad" (curiosamente ya en el año 1992), al conectarse con "el más moderno Derecho sucesorio", añadiendo que la evolución que este estaba experimentando en los distintos foros doctrinales así como en las legislaciones más recientes se fundamentaba "en la consagración del respeto a la libre voluntad del causante, del que es máximo exponente el Fuero de Ayala, escrito y consuetudinario, al que pueden igualar, pero no superar, otras figuras jurídicas del Derecho Comparado".

(57) Publicada en el BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

(58) Cfr. art. 238 de la Ley de derecho civil de Galicia: "Son legiti-

Respecta al **Derecho civil catalán**, en el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, por la que se aprueba el libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, (59) no hay una mención explícita sobre el fundamento de la legítima, si bien merece la pena destacar que, según el legislador catalán, en la citada ley "se acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación".

A este respecto, señala ROCA TRÍAS (60) que, si bien la legítima no ha desaparecido de la regulación del Código civil catalán, sin embargo, ha experimentado una importante debilitación y otorga un poder muy limitado al legitimario, considerando que ello debe convertirse en un punto de referencia y en una pauta a seguir en una evolución necesaria de cualquier sistema sucesorio y, en concreto, en ulteriores posibles modificaciones del Código Civil.

Y como cuestión novedosa se introduce la circunstancia de que solamente son computables las donaciones realizadas en los diez últimos años anteriores al fallecimiento del donante-causante, (61) de tal manera que las efectuadas con anterioridad a ese periodo no se computan para el cálculo de la legítima.

Ello significa, como señala PARRA LUCÁN (62), "que aunque la ley no modifica las cuotas de la legítima (que sigue siendo una cuarta parte), puede verse reducido el valor sobre el que se calcula la cuantía de la legítima y, con ello, la legítima misma a percibir".

Por último, por lo que se refiere al **Derecho civil aragonés**, el vigente Código del Derecho Foral (63) mantiene como únicos legitimarios del causante a sus descendientes (configurándose como

---

marios: 1.º Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2.º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho"; y art. 243, a cuyo tenor "constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido (...)".

(59) Publicada en el BOE núm. 190, de 7 de agosto de 2008.

(60) ROCA TRÍAS, Encarnación: *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña,* Madrid, Sepín, 2011, pp. 5 y 6.

(61) Cfr. art. 451-5 del Código Civil de Cataluña.

(62) PARRA LUCÁN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 494.

(63) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (publicado en el BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).

legítima colectiva), de cualquier grado que sean, siguiendo así el criterio anterior de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 24 de febrero de 1999, de tal manera que tanto los ascendientes como el cónyuge supérstite carecen de legítima (sin perjuicio del usufructo de viudedad), sin que pueda propugnarse la aplicación supletoria del sistema legitimario del Código Civil, según la opinión generalizada en la doctrina.

Y, asimismo, se conserva la cuantía de la legítima, consistente en la mitad del caudal computable, tras la reducción que experimentó en la citada ley de 1999, donde pasó de los dos tercios en que consistía con anterioridad, a la cuantía actual. (64)

Ambas circunstancias representan, pues, la consolidación legislativa de la tendencia doctrinal favorable a una mayor libertad de disposición *mortis causa*.

En consecuencia, y teniendo en cuenta las distintas regulaciones jurídicas anteriormente expuestas, se puede apreciar cómo los sistemas civiles forales han evolucionado, con carácter general, hacia un mayor grado de libertad de testar en relación con el contenido en el Código Civil.

En este sentido, señala Carrasco Perera (65) que "la legítima sucesoria castellana de hijos y descendientes sobre los bienes de sus padres no goza en el siglo xxi de buena reputación y el legislador no deja pasar ocasión para recortarla, aprovechando la reforma de textos legales que poco o mucho tienen que ver con el Derecho hereditario".

Pues bien, estas divergencias legislativas en la regulación y configuración de las legítimas, dentro del propio ordenamiento jurídico español, provocan una clara "desigualdad de los españoles ante la ley que, en el caso de las empresas familiares (mayoritarias en España), suponen una clara distorsión de la unidad de mercado, en cuanto que no se sucede en el patrimonio empresarial por igual en Madrid, en Barcelona o en Navarra". (66)

---

(64) Cfr. art. 486.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: "La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios".

(65) Carrasco Perera, Ángel, *op. cit.*

(66) Fernández-Tresguerres, Ana: "Una reforma pendiente para la actual legislatura", El Economista Iuris & Lex, 9 de enero de 2012.

En este sentido, y aun cuando las últimas y puntuales reformas legislativas han permitido suprimir o reducir los obstáculos que podrían imponer la división del patrimonio afecto a una actividad económica, sigue siendo necesario acudir a la raíz del problema y reelaborar el sistema legitimario del Código Civil, favoreciendo la libertad de testar, adoptando soluciones análogas a las recogidas en el Derecho Civil catalán o en algunos de los ordenamientos civiles de Derecho comparado, como el BGB alemán, donde se configura como un simple derecho de crédito. Es, pues, la hora del legislador.

Así, señala Cámara Lapuente (67) que "las modificaciones realizadas en el Código Civil en los últimos años tienden a atemperar las restricciones impuestas por la legítima a la libre disposición del testador, pero sin abordar directamente el desafío de suprimirlas o reducirlas".

En el entorno comunitario, las legislaciones francesa e italiana han sido objeto de modificaciones recientes, encaminadas al reconocimiento de una mayor libertad del testador.

Así, en el **Derecho francés** hay que destacar la reforma del *Code* operada por virtud de la Ley de Reforma de las Sucesiones y Donaciones, aprobada en la Asamblea Nacional el 14 de junio de 2006. (68)

En este ordenamiento jurídico se consagró el reconocimiento de la legítima individual como consecuencia del principio de igualdad proclamado por la Revolución francesa, y ello como reacción contra el derecho de primogenitura del Antiguo Régimen.

Ello no obstante, entre las novedades más reseñables de la citada reforma, en lo que aquí interesa, cabe mencionar la supresión de la legítima de los ascendientes, la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima mediante pacto sucesorio y la ampliación del ámbito de la *donation-partage* o donación-partición (arts. 1075-1078 *Code*).

Se amplía el ámbito de la libertad dispositiva del testador, restringiéndose la legítima y su eficacia, convirtiéndose en regla general el hecho de que la acción de reducción de liberalidades no sea una

(67) Cámara Lapuente, Sergio: "New Developments in Spanish Sucesión Law", Electronic Journal of Comparative Law (EJCL), vol. 14.2, October 2010, p. 16.

(68) Loi num. 2006-728 du 23 juin 2006, *Journal Officiel de la République Française* du 24 juin 2006.

acción *in natura* (salvo en caso de insolvencia del donatario), lo que permite al beneficiario mantener intactos los bienes recibidos, y contemplándose también la renuncia anticipada a las acciones de reducción de donaciones o legados.

Se admite, asimismo, la posibilidad de que, mediante un "pacto de familia", se realice una atribución o adjudicación preferente de la empresa (que ya no tiene que ser, necesariamente, familiar) a uno de los hijos, para que continúe su explotación, y ello sin que le afecten las normas sobre imputación de donaciones (arts. 831-834 *Code*).

Sin embargo, la necesidad de pagar las legítimas a los demás legitimarios sigue siendo un obstáculo para la plena eficacia jurídica de esa adjudicación preferente.

Por lo que se refiere al **Derecho italiano**, desde la promulgación de la ley de 14 de febrero de 2006,(69) que introdujo los artículos 768 *bis* a 768 *octies* en el *Codice Civile*, se ha incorporado un expediente idóneo para regular la transmisión *inter vivos* y a título gratuito de la empresa -ordenada o no en forma societaria- a favor de uno o varios descendientes, dejándola inmune de cualquier posible impugnación *post mortem*, mediante una desactivación de las reglas sobre colación y reducción, como instituciones típicamente protectoras de la legítima.

El *patto di famiglia*, para la donación de la empresa, y el *patto d´impresa,* para la sucesión *mortis causa* de la misma, constituyen así los frutos legislativos de una corriente doctrinal iniciada en Italia hace ya varios años, que ha venido propugnando mitigar la protección de las legítimas y excepcionar la aplicación de la prohibición de los pactos sucesorios, para facilitar la sucesión de la empresa. (70)

Por otra parte, en el **Derecho alemán** la legítima se configura como un simple derecho de crédito reclamable frente al heredero (*vid*. parágrafos 2303 y siguientes del BGB), (71) de tal manera que

(69) Legge 14 febbraio 2006, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* nº 50 de 1 de marzo de 2006.

(70) Fernández de Córdova Claros, Íñigo: "Las fórmulas societarias como instrumentos de transmisión patrimonial". Ponencia inédita presentada en el Congreso Notarial celebrado en La Toja, los días 5 a 7 de junio de 2011.

(71) Reproducimos por su interés, si bien en inglés, el parágrafo 2304 BGB: "In case of doubt, the giving of a compulsory share is not to be considered as the appointment of an heir".

su naturaleza jurídica se configura como *pars valoris* y no como *pars bonorum*.

En última instancia, es una cuestión de política legislativa cuyo desenvolvimiento y solución dependerán de criterios coyunturales, circunstanciales y de oportunidad. Y, por ello, del mismo modo que en algún momento histórico ha podido estar justificada la restricción legitimaria a la libertad de testar, en la coyuntura actual existen argumentos serios de diversa índole, tal como han quedado expuestos anteriormente, para propugnar un cambio legislativo (sobre todo, en el ámbito del Derecho común) que responda mejor a la situación social actual.

No obstante, la defensa de la libertad de testar no es incompatible con el reconocimiento de algunos límites en supuestos concretos y bajo condiciones determinadas.

En este sentido, señala PARRA LUCÁN (72) que en el Derecho comparado europeo no existe en la actualidad ningún ordenamiento jurídico que reconozca la libertad de testar sin restricción alguna, ya que "en Inglaterra y Gales aquella fue restringida mediante las llamadas *family provisions*, a través de la *Inheritance Act*", permitiendo que el juez, de manera discrecional, pueda disponer la provisión de ciertos bienes a favor de determinadas personas que dependieran del causante.

En todo caso, entendemos que la legítima es una de las instituciones jurídico-civiles que debe revisarse en el ámbito del Derecho sucesorio común, a la luz de todos los argumentos expuestos con anterioridad, y ello no solo desde una perspectiva general de reforma y modernización del Derecho de Sucesiones, sino también por la mayor libertad civil y consiguiente capacidad de autorregulación que ello puede conferir al empresario para planificar la sucesión en la empresa familiar.

1.5. Propuestas ***de lege ferenda*** para la modernización del Derecho común de Sucesiones. Especial aplicación a la empresa familiar

Admitida, pues, la tesis favorable al sistema de libertad de testar, si bien con ciertas limitaciones que se exponen a continuación, plan-

(72) PARRA LUCÁN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 487.

teamos las siguientes propuestas *de lege ferenda* encaminadas a adaptar el Derecho civil común español a las nuevas circunstancias económicas, sociales y familiares anteriormente descritas, con el fin de que sea un Derecho más justo y más próximo a la persona, a la familia y a la empresa familiar.

1.5.1. Legítima de los descendientes: configuración con carácter alimenticio

Para centrar esta cuestión, merece traer aquí a colación las palabras del que, a la sazón, fuera notario y Ministro de Gracia y Justicia, don Joaquín COSTA: (73) "¿El deber de alimentar a los hijos trae como consecuencia necesaria las legítimas? Para creerlo así ha sido menester confundir dos cosas que son radicalmente distintas, dos instituciones irreductibles entre sí: una cosa son los deberes de la paternidad y otra cosa distinta, la legítima. Y cuando se juntan en una misma persona la cualidad de padre y la de propietario, como estas dos cualidades no son incompatibles, no es lícito desconocer y vulnerar los derechos que como tal propietario le corresponden, a pretexto de las obligaciones paternas, que ciertamente no se extinguen con la muerte".

A este respecto, son también elocuentes las palabras de Montesquieu ("L´ esprit des lois", XXVI, 6): "El Derecho natural impone a los padres el deber de mantener a sus hijos, pero no les obliga a hacerles herederos".

Pues bien, partiendo de esta premisa, CALATAYUD SIERRA (74) sostiene que los principios en que se funda la libertad de testar parecen ajustarse mejor a los tiempos actuales que aquellos otros sobre los que se basa el sistema legitimario, considerando que el deber de asistencia de los padres para con los hijos, como exigencia moral ineludible de los primeros, debe encauzarse por una vía diferente de

(73) COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: "Una conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas", en *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Zaragoza, Guara Editorial, 1981, p. 531.

(74) CALATAYUD SIERRA, Adolfo: "Consideraciones acerca de la libertad de testar". Academia Sevillana del Notariado, tomo IX, Madrid, Edersa, 1996, pp. 246 y 249.

la legitimaria, que es la vía de los alimentos, entendidos estos en sentido técnico-jurídico.

El fundamento de esta obligación alimenticia para el alimentante (u obligado a prestar alimentos) reside, pues, no en los deberes que surgen del matrimonio y del parentesco, sino en el hecho de haber sido beneficiario de un patrimonio por sucesión hereditaria (o, incluso, por donación) y en la circunstancia adicional de que haya algún descendiente del causante que se encuentre en situación de necesidad de recibir alimentos.

En consonancia con esta línea doctrinal, algunos autores han apuntado la posible configuración de la legítima con carácter alimenticio, de tal suerte que únicamente tendrían la consideración de legitimarios aquellos parientes del testador que acreditaran la necesidad manifiesta de obtener una participación en la herencia del causante, y ello teniendo en cuenta que los padres ya han invertido, durante su vida, en la formación de sus hijos. (75)

El inconveniente, apuntamos nosotros, podría estribar, sin embargo, en la dificultad de acreditar dichos extremos, para lo cual podría ser necesario regular un sistema que permitiese objetivar las causas, a fin de evitar que la legítima pudiera quedar sujeta a criterios de simple oportunidad y discrecionalidad.

¿Sería lícito apuntar como esas posibles causas objetivas que limitasen la libertad de testar, obligando así al testador a respetar una legítima mínima, la minoría de edad o la incapacidad (76) (al margen de su incapacitación judicial o no) de los parientes más próximos del causante? Ahora bien, si se adopta este criterio, ¿qué sucedería entonces con los hijos mayores de edad que no adoleciesen de incapacidad, pero se encontrasen en una situación de necesidad física, psíquica o económica?

Aun cuando se presume que el testador, movido por sus vínculos afectivos con dichos parientes, dispondría lo necesario para proveer a tales necesidades para después de su fallecimiento, lo que esta-

(75) Vaquer Aloy, Antoni, *op. cit.*, p. 2032.

(76) O discapacidad o modificaciones judiciales de capacidad, según la terminología moderna acuñada en los últimos textos legales (véase la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm. 175, de 23 de julio).

mos aquí debatiendo es si el legislador debe entrar a regular dicha cuestión y, en tal caso, cómo ha de proceder en esa regulación.

Habría que entender, ciertamente, que las causas antes citadas reflejan una situación de necesidad de diferente índole que justificaría el reconocimiento legal de un derecho de los sujetos afectados a reclamar (por vía judicial, en su caso) una parte del caudal relicto del causante, con el fin de subvenir a dicha necesidad.

Pues bien, ello podría articularse jurídicamente por la vía de los "alimentos", determinando con claridad las causas y delimitando igualmente los posibles beneficiarios.

A este respecto, cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿acaso no son instituciones jurídicas redundantes el deber de alimentos (artículos 142-153 del Código Civil) (77) y la legítima (artículos 806 y siguientes de dicho cuerpo legal)? En este sentido, debe advertirse la coincidencia de las personas beneficiadas de la protección otorgada por el legislador a través de ambos institutos, a saber: descendientes, ascendientes y cónyuge.

A mayor abundamiento, y como argumento histórico-legislativo en apoyo de dicho razonamiento, no debe pasar desapercibido lo que señalaba la Base 16 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba la publicación de un Código Civil, a saber: "(...) La mitad de la herencia en propiedad adjudicada por proximidad de parentesco (...) constituirá, en defecto de descendientes legítimos, la legítima de los ascendientes, quienes podrán optar entre ésta y los alimentos (...)", de tal manera que ambos institutos jurídicos (legítima y alimentos) parecían configurarse como mecanismos alternativos.

En contra de dicha tesis podría argumentarse, sin embargo, que los alimentos solo son de obligado cumplimiento en vida del alimentante (esto es, de la persona obligada a prestarlos, *ex* art. 150 CC), de tal manera que su fallecimiento determina la extinción de dicha obligación, que no se transmite a sus herederos, dado el carácter personalísimo de la misma.

(77) Las normas reguladoras del deber legal de alimentos contenidas en el Código Civil son hoy de aplicación residual, teniendo en cuenta que la finalidad que persiguen queda actualmente cubierta con los servicios que ofrece el llamado "Estado de bienestar".

En cambio, el instituto de la legítima se halla estrechamente vinculado con el concepto de herencia, al ser aquella parte de los bienes hereditarios de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los (mal llamados) herederos forzosos, de modo que la legítima despliega su eficacia jurídica al tiempo del fallecimiento de la persona obligada a respetarla (al contrario, pues, de lo que sucede con los alimentos).

Ello no obstante, podría entenderse que si el fundamento normativo o *ratio legis* de ambos deberes legales, reside en la necesaria protección que la familia debe proporcionar a determinadas personas, por razón de su proximidad de parentesco o por su relación matrimonial con aquéllas, quedaría ampliamente cumplido dicho deber con la obligación impuesta por la ley al obligado a prestar alimentos, única y exclusivamente durante su vida.

¿Acaso no es desmesurada la imposición legal de dos obligaciones a cargo de la misma persona y en beneficio del mismo sujeto, una durante la vida del obligado (deber de alimentos) y otra para después de su muerte (deber de respetar la legítima)?

Así pues, ya que en vida la persona obligada ha tenido que verse sujeta a ciertas limitaciones y restricciones, parecería de justicia y equidad que, para después de su fallecimiento, gozara de plena o amplia libertad dispositiva. A este respecto, debe tenerse presente que uno de los elementos o caracteres internos del Derecho (de índole racional y moral) que constituye parte de su esencia, es su exigencia de justicia y su conformidad con ella, que es lo que le confiere su contenido legitimador. Y si bien esta exigencia es consustancial al Derecho natural, también es necesaria para la existencia misma del Derecho positivo. (78)

En este mismo sentido se pronunciaba De Castro (79), referente de la civilística española de mediados del siglo xx, con estas elocuentes palabras que nos parece oportuno traer aquí a colación: "El Derecho tiene un doble fin que cumplir. El fundamental y mediato, reflejar en la vida humana la justicia divina; el inmediato e instrumental, realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado".

(78) Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*, 12.ª ed., tomo primero, volumen primero, Madrid, Reus, 1986, pp. 81 y 87.

(79) De Castro y Bravo, Federico: *Derecho civil de España*, 1942, p. 42.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, debe tenerse presente que en algunas legislaciones forales se admite y regula el derecho de alimentos como figura jurídica que suple la ausencia de legítima en determinados supuestos o, en su caso, la complementa.

Así, el art. 486 del **Código de Derecho Foral Aragonés**, en consonancia con el antiguo artículo 171.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, establece que "los descendientes, de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios", de tal manera que recoge la tradicional legítima colectiva, circunscrita exclusivamente al ámbito de los descendientes del causante.

Así pues, no hay una legítima individual de cada descendiente y ni siquiera tienen derecho a ella los legitimarios de grado preferente, de tal modo que es plenamente válido y legítimo que el testador instituya heredero en la totalidad de la herencia a un nieto, viviendo su padre (hijo del causante).

La libertad de testar se amplía al permitir gravámenes a favor de otros descendientes, así como la exclusión voluntaria de legitimarios de grado preferente, y al admitir, asimismo, los pactos sucesorios.

No obstante, debe tenerse en cuenta el derecho de alimentos que se establece para los legitimarios de grado preferente que estén en situación de pedirlos. (80)

En el **Derecho gallego**, por su parte, se admite el usufructo de todos los bienes integrantes del caudal relicto a favor del cónyuge viudo (gravando así *in qualitate* la legítima de los descendientes), con atribución además de una serie de facultades dispositivas para el usufructuario, si bien con la obligación de alimentos con cargo a dicho usufructo a favor de los descendientes que lo necesitaren.

En este supuesto parece admitirse, pues, la posibilidad de que en una misma persona concurra la doble condición de legitimario y alimentista.

En cuanto al **Derecho civil vizcaíno**, la libertad de testar relativa o limitada que se reconoce a favor de los descendientes, tiene el límite establecido en el artículo 38 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que faculta a los descendientes que se en-

(80) Serrano García, José Antonio: "La legítima en Aragón", en Gete-Alonso, María del Carmen (directora) y Solé Resina, Judith (coordinadora), *op. cit.*, p. 1975.

cuentren en situación de pedir alimentos, para poder reclamarlos de los sucesores, cuando no haya persona obligada a prestarlos.

Por lo que respecta, finalmente, al **ámbito del Derecho comparado**, resulta de especial interés la regulación existente en algunos **países latinoamericanos**, cuyos ordenamientos forman parte de la "familia jurídica" fundada en el Derecho romano-germánico.

Es el caso de **Costa Rica**, cuyo Código Civil (81) establece en su artículo 595 que "el testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad, si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte, mientras la necesiten. (...). Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos". Este mismo sistema se aplica en El Salvador, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua y Honduras. (82)

Asimismo, merece destacar la específica regulación jurídica que sobre esta materia se contiene en el **Código Civil japonés** (fuertemente influido por el BGB alemán, así como por el *Code* francés), (83) al contemplar una peculiar institución del Derecho nipón (la denominada *kiyobun*) que no se regula en los ordenamientos jurídicos occidentales.

Se trata de una compensación económica que goza de expreso reconocimiento legal a favor del coheredero que se ocupó especialmente del causante (además de lo que le corresponda en concepto de cuota hereditaria), según se dispone por el art. 904-2, apartado primero, del Código Civil japonés, de tal manera que si uno de los herederos hubiera contribuido especialmente (es decir, más allá de la aportación ordinaria que cabe esperar de cualquier miembro de la familia) al mantenimiento o al incremento de la fortuna del causante mediante la prestación personal de sus servicios, asumiendo su

(81) Aprobado por Ley núm. 30, de 19 de abril de 1885, y reformado, en este punto, por la Ley núm. 7600, de 2 de mayo de 1996.

(82) Rentería Arocena, Alfonso: "La libertad de testar en Derecho Comparado", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 726, julio 2011, p. 2106.

(83) El Código Civil japonés de 16 de julio de 1898 fue revisado por la Ley 222/1947, de 22 de diciembre y por la Ley 147/2004, de 1 de diciembre.

tratamiento médico o atención personal o de cualquier otra forma, se considerará como caudal hereditario el resultante de descontar, del valor de los bienes relictos al momento de la apertura de la sucesión, el de las referidas contribuciones, previa su determinación de común acuerdo entre los coherederos y, en su defecto, por decisión del Juzgado de Familia.

En consecuencia, y como advierte MAGARIÑOS BLANCO, (84) la obligación de alimentos es el instituto jurídico al que recurren tanto la doctrina como el legislador, como medio compensatorio del reconocimiento o ampliación de la libertad de testar, si bien habría que regular adecuadamente los presupuestos objetivos que determinasen el nacimiento de dicha obligación alimenticia, así como su cuantía, forma de pago y causas de extinción.

En este mismo sentido, BARRIO GALLARDO (85) señala que "el instituto de la legítima debería encaminarse hacia el cumplimiento de una función neta y exclusivamente asistencial, a modo de prestación con cargo al caudal hereditario solo en aquellos casos en que sea realmente imprescindible", añadiendo que "si no hay menores de edad o discapacitados, ni tampoco se hallan los más próximos parientes en estado de necesidad, cada cual tendría que ser en el presente muy libre de hacer con sus bienes lo que le plazca".

Y en consonancia con esta misma línea doctrinal, TENA ARREGUI (86) sostiene que la "conversión de la legítima por un simple derecho de alimentos restringido a ciertas personas, es inaplazable".

Ello no obstante, TORRES GARCÍA (87) considera que los alimentos no constituyen la solución idónea para compensar los derechos de los descendientes en un sistema de libertad de testar, ya que mientras los alimentos tienen un carácter eventual y temporal, estando

(84) MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, *op. cit.*, pp. 685-690.

(85) BARRIO GALLARDO, Aurelio: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, 2012, pp. 460 y 481.

(86) TENA ARREGUI , Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, p. 39.

(87) TORRES GARCÍA, Teodora Felipa: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, p. 224.

orientados a satisfacer necesidades vitales en mayor o menor amplitud, en cambio, la legítima presenta un carácter permanente al no estar vinculada a ningún presupuesto vital.

Por consiguiente, y como conclusión tras las diferentes posiciones doctrinales y los distintos ordenamientos jurídicos anteriormente expuestos, consideramos necesario que la legítima de los descendientes se configure jurídicamente en el Derecho sucesorio común como un derecho de alimentos, debidamente delimitado en sus causas, personas beneficiarias, cuantía, medios de reclamarlos y forma de satisfacerlos, consagrándose de este modo una libertad de testar limitada o condicionada a la concurrencia de alguno de esos presupuestos, y atendiéndose, al mismo tiempo, las situaciones de necesidad evidente y notoria a las que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta justa y equitativa.

1.5.2. Legítima de los padres y del cónyuge viudo: fortalecimiento de su posición jurídica

En primer lugar, haremos una breve referencia a la legítima del cónyuge viudo (o pareja de hecho estable, allí donde se le reconozcan derechos legitimarios), (88) dada su peculiar naturaleza jurídica, en relación con la cual la jurisprudencia es muy cambiante y poco clarificadora, pareciendo prevalecer las sentencias que consideran que el cónyuge supérstite no es heredero, ya que el llamamiento en usufructo no atribuye un contenido que sea adecuado para calificar al llamado como heredero.

De este modo, el cónyuge viudo es sucesor *ex lege* de una cuota de la herencia en usufructo, pero no es titular dominical de ninguna cuota sobre el caudal hereditario líquido, debiendo atenderse en todo caso a la naturaleza del título en virtud del cual recibe su legítima. (89)

---

(88) Consideramos necesario, junto a un amplio sector de la doctrina, que se apruebe una legislación estatal que unifique la variada y dispersa regulación que sobre las **uniones o parejas de hecho** se contiene en las diversas leyes autonómicas, y ello con el fin de conferir la deseada seguridad jurídica a una realidad social que ha experimentado un importante crecimiento en nuestro país en los últimos años.

(89) *Vid*., a este respecto, la STS de 24 de enero de 1963 [R. 518], que señaló: "De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede

Pues bien, se aprecia una tendencia mayoritaria en el entorno europeo (90) favorable a un fortalecimiento de la posición jurídica

confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador".

Por su parte, la STS de 9 de junio de 1949 [R. 730] resaltó la posición peculiar del cónyuge viudo en la sucesión al denominarlo "heredero *sui generis* o con matices especiales"; y la STS de 11 de abril de 1990 [R. 2717] declaró que "a la vista de los arts. 807, 834 y 838 CC, no cabe dudar que la viuda es una heredera singular y atípica, dado su carácter, en concurrencia con otros herederos, de sucesora usufructuaria".

Y la STS de 16 de noviembre de 1929 señaló que la rúbrica del Código Civil bajo la cual se regula la posición jurídica del cónyuge supérstite, no se denomina "legítima del cónyuge viudo", sino "derechos del cónyuge viudo", por lo que los redactores debieron de tener dudas sobre si era un verdadero heredero forzoso o un simple usufructuario.

Por otro lado, la STS de 9 de enero de 1974 [R. 163], sobre la base de que el usufructo viudal es conmutable por un capital o una renta (ex art. 839.1 CC), sostuvo que "el cónyuge viudo tiene por su cuota viudal un simple derecho de crédito; en una palabra, que propiamente no es heredero".

Y ratifica esta misma idea la Res. DGRN de 5 de agosto de 1977 [R. 4093], al decir que el usufructo viudal establecido en el Código Civil, "al crear un valor patrimonial independiente, es perfectamente conmutable".

(90) Sin perjuicio de esta corriente doctrinal que defiende esas propuestas *de lege ferenda*, existen legislaciones europeas de Derecho comparado que reconocen ya, *de lege data*, una posición jurídica al cónyuge viudo de mayor consistencia y solidez que la prevista en el ámbito del Derecho común español, y que se traduce en el reconocimiento de una legítima en pleno dominio (y no en usufructo) y en la atribución de unos derechos hereditarios en la sucesión intestada que concurren siempre con otros herederos (los que tienen un grado de parentesco con el causante).

Es el caso del **Derecho alemán**, donde el parágrafo 2303 BGB establece: "1. Si un descendiente del causante está excluido de la sucesión por disposición por causa de muerte, puede exigir del heredero la legítima. La legítima consiste en la mitad del valor de la porción hereditaria legítima. 2. El mismo derecho corresponde a los padres y al cónyuge del causante si están excluidos de la sucesión por disposición por causa de muerte". Esta reclamación de la legítima se traduce en una reclamación económica y no de una parte de los bienes de la herencia, y es igual la cantidad reconocida al cónyuge viudo que a los descendientes y padres del causante.

Además, en sede de sucesión intestada, el cónyuge supérstite concurre con otros herederos del causante en los términos previstos por el parágrafo 1931 BGB, a cuyo tenor: "1. El cónyuge supérstite del causante está llamado como heredero legítimo a una cuarta parte de la herencia si concurre

del cónyuge supérstite, que se traduciría, entre otras cosas, en la posible atribución legal al mismo de la vivienda conyugal o de un derecho vitalicio de habitación sobre ella, en el reconocimiento *ex lege* de un eventual usufructo universal (en términos similares a los regulados en algunos Derechos forales, como el usufructo vidual aragonés o el usufructo de fidelidad navarro) o de un derecho de alimentos (semejante al reconocido a los descendientes), (91) así

---

con parientes del primer orden (descendientes), y a la mitad de la misma si concurre con parientes del segundo orden (padres) o con abuelos (...). 2. Si no existen ni parientes del primero o del segundo orden ni abuelos, el cónyuge supérstite recibe toda la herencia (...)".

Por su parte, el **Código Civil portugués** reconoce la legítima del cónyuge en pleno dominio y en concurrencia con otros legitimarios. Así, dispone el *artigo* 2159: "1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Não havendo cônjuge sobrevivo, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais".

Y añade el *artigo* 2161: "1. A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança. 2. Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivo, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes".

Asimismo, el **Derecho italiano** reserva una parte indivisa de la herencia del causante al cónyuge viudo en concepto de legítima, cuya proporción varía en función de si concurre con un hijo del causante (un tercio), con más de un hijo (un cuarto) o con ascendientes (la mitad). Cfr. *articolos* 542 y 544 *Codice*.

Y en la sucesión intestada el cónyuge supérstite concurre con otros herederos legales, en los términos recogidos en los siguientes preceptos: el *articolo* 581 *Codice*, al disponer que "quando con il coniuge concorrono figli legittimi o figli naturali, o figli legittimi e naturali, il coniuge ha diritto alla mettà dell´eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi"; el *articolo* 579 *Codice*, al señalar que "se al figlio naturale morto senza lasciar prole, né genitori, sopravvive il coniuge, l´eredità si devolve per intero al medesimo. Se vi sono genitori, l´eredità è devoluta per due terzi al coniuge e per l´altro terzo ai genitori"; por último, se regulan también en el *articolo* 582 *Codice* los derechos del cónyuge viudo en concurrencia con ascendientes de ulterior grado del causante (*ascendenti legittimi*), hermanos (*fratelli*) y hermanas (*sorelle*) del mismo.

(91) A mayor abundamiento, en el ámbito de otros Derechos comparados cabe hacer mención del **Código Civil japonés**, donde el cónyuge del causante es heredero en todo caso y lo es en pleno dominio. Por otra parte, en Japón hay poca tradición de otorgar testamento, por lo que la mayoría

como en una alteración de los órdenes de sucesión *abintestato*, consistente en situar al cónyuge viudo como heredero legal preferente de su consorte premuerto, respecto de los padres y ascendientes de este (siempre a falta de hijos y descendientes). (92)

Pues bien, en consonancia con estas tendencias legislativas en el ámbito del Derecho comparado, teniendo en cuenta que la configuración de la legítima del viudo como un derecho de usufructo fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico con la regulación del Código Civil, (93) careciendo de arraigo en el Derecho histórico y siendo más propia de algunos Derechos civiles territoriales, y dada la frecuencia con que dicho usufructo es conmutado en la praxis jurídica por un capital en dinero (*ex* art. 839 CC), consideramos que la legítima del cónyuge supérstite ha de ser en pleno dominio, evitándose así las disfunciones e inconvenientes que supone la desmembración del dominio en usufructo y en nuda propiedad.

---

de las sucesiones causadas son *abintestato*, las cuales se rigen por el art. 900 de dicho cuerpo legal, que reconoce siempre derechos hereditarios al cónyuge viudo en concurrencia con otros herederos (y no en defecto de ellos, como sucede en el Derecho civil español, *ex* art. 944 CC) y en diferente proporción según con quiénes concurra.

(92) Con el fin de enriquecer el presente trabajo, aportamos a continuación los datos estadísticos (en lo que a la legítima se refiere) derivados de la encuesta realizada por el Consejo General del Notariado durante los meses de febrero y marzo del año 2012 sobre propuestas de reforma del Derecho de sucesiones, y dirigida a todos los notarios de España (estos datos nos han sido facilitados por cortesía de don Francisco Ordóñez, notario de La Coruña).

Pues bien, un amplio porcentaje de los encuestados (el 64 %) sostuvo que, a falta de hijos y descendientes, el llamamiento al cónyuge supérstite debe anteponerse al de los ascendientes del causante en sede de sucesión intestada (a diferencia de lo dispuesto por los vigentes arts. 935 y 944 CC), y ello al considerar que estaría más conforme con la presunta voluntad del testador.

(93) La Base 17 de la ley de 11 de mayo de 1888 configuraba así los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código Civil: “Se establecerá a favor del viudo o la viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo”.

A mayor abundamiento, entendemos que debe reconocerse al viudo (como heredero legal en la sucesión intestada de su cónyuge premuerto) una posición jurídica preferente a los padres del fallecido, (94) a falta de hijos y descendientes de ambos, al responder a un criterio de justicia basado en la relación de afectividad y convivencia existente entre los cónyuges, y ello en la línea ya seguida en algunos Derechos civiles territoriales. (95)

Por último, es obligado abordar, siquiera brevemente, y como lógico corolario de la cuestión que nos ocupa, el análisis de la legítima de los padres y ascendientes.

¿Debe reconocerse dicha legítima? ¿Ha existido siempre en nuestro Derecho? ¿Cuál es su origen y fundamento?

Si se parte de un argumento de estricto Derecho natural, podría considerarse, ciertamente, que los padres tendrían más justificado "su derecho" a recibir una parte de la herencia de sus hijos premuertos, que la que estos podrían tener en la herencia de aquellos. ¿O acaso no es de justicia que los hijos, en la medida de lo posible, "devuelvan" a los padres todos los desvelos y atenciones que han recibido de ellos durante su vida, por un elemental principio de reciprocidad y de mutuo afecto? ¿Es que solo los hijos tienen derecho a los cuidados de sus padres y a que les proporcionen una formación integral y, además, a tener asegurada por ley una participación en su haber hereditario? En este sentido, dondequiera que a los hijos se les ha reconocido legítima, se ha establecido por máxima que del mismo modo que los padres deben legítima a los hijos, estos la deben a los padres.

ALONSO MARTÍNEZ justificaba la legítima de los ascendientes al representar "una débil compensación a los sacrificios hechos" por aquellos.

¿No deben ponderarse las nuevas y actuales circunstancias sociales, en virtud de las cuales no son infrecuentes los casos de muertes

(94) Cfr. art. 935 CC: "A falta de hijos y descendientes del difunto, le heredarán sus ascendientes", y art. 944 CC: "En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente".

(95) Véase lo dispuesto por el art. 442-8.1 del Código Civil de Cataluña: "Si el causante muere sin hijos ni descendientes y sin cónyuge o conviviente, la herencia se defiere a los progenitores a partes iguales".

prematuras de personas jóvenes (accidentes de tráfico, violencia en el seno de los matrimonios o parejas de hecho, suicidios,...) que determinan, en consecuencia, que sus padres se conviertan en sus herederos legales o testamentarios?

¿No debe tenerse en cuenta, asimismo, la cada vez mayor esperanza de vida y, por tanto, la necesidad de un sostenimiento económico de las personas mayores durante un período de tiempo más prolongado? ¿Acaso no estamos asistiendo a un envejecimiento cada vez mayor de la población y a la consiguiente aparición de enfermedades seniles y degenarativas (como el alzhéimer) que impiden a la persona gobernarse por sí misma, tanto desde un punto de vista asistencial como incluso jurídico?

A todas estas consideraciones debe añadirse el hecho incuestionable y socialmente contrastado de la inestimable ayuda que en los últimos años vienen prestando "los abuelos", tanto en el cuidado de los nietos como incluso en la manutención de sus hijos, como consecuencia de la crisis económica.

A este respecto, señala PARRA LUCÁN (96) que la libertad de testar (entendemos que en el sentido de inexistencia de legítima de los hijos que deba respetarse por el testador) representa una ventaja adicional en una sociedad envejecida como la actual, ya que permite favorecer a las personas encargadas de cuidar a las personas mayores, (97) evitando que estas tengan que arrastrar el lastre de la legítima de los descendientes. (98)

Pues bien, haciendo un somero repaso histórico acerca del origen de la legítima de los padres, debe advertirse que la legítima paterna no era reconocida en el Derecho romano primitivo, tal como lo de

(96) PARRA LUCÁN, María Ángeles, *op. cit.*, p. 488.

(97) Ello podría hacerse por vía testamentaria (u otra disposición *mortis causa*) o directamente por vía legal.

(98) Nos parece oportuno traer aquí a colación la iniciativa puesta recientemente en marcha por el Consejo de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), con el apoyo de la Comisión Europea, consistente en la creación de un nuevo portal o plataforma (www.personnes-vulnerables-europe.eu o personas vulnerables en Europa) cuya finalidad es constituir una herramienta de gran valor para conferir seguridad jurídica a las personas mayores y con discapacidad, un colectivo que se ha incrementado exponencialmente en el territorio comunitario en los últimos años.

muestra el hecho de que la Ley de las Doce Tablas no hace ninguna mención a la misma.

Fue, posteriormente, en el Derecho romano tardío cuando Justiniano introdujo por primera vez su reconocimiento legal en la Novela 18, concediendo a los padres el derecho a percibir la cuarta parte de los bienes de los hijos, en justa reciprocidad del que estos tenían.

Por su parte, el Derecho castellano se mantuvo fiel a los principios jurídicos romanos, señalando así las Partidas (ley 1.ª, título XI, partida 6.ª) que "mas si los herederos fuesen de los que descienden o suben por línea derecha del facedor del testamento, entonces deben aver la su parte legitima a que llaman en latín *debitum iure naturae*".

Por el contrario, el Fuero Juzgo desconoció la legítima de los ascendientes (ley 21, título II, libro IV) al establecer que "todo ome libre é toda mujer libre que non a fiios, ni nietos, ni bisnietos, fagan de sus cosas lo que quisieren". Esta disposición es especialmente llamativa en una mentalidad, como la germánica, que tenía un fuerte y acusado sentimiento de familia.

El Fuero Real (ley 1.ª, título VI, libro III), en consonancia con esta misma línea, tampoco consideró legitimarios a los ascendientes.

Con posterioridad, sin embargo, la Novísima Recopilación (ley 1.ª, título XX, libro X, 6 de Toro) sí los declaró como tales, reconociendo a los ascendientes una legítima de las dos terceras partes de la herencia, en lugar de la tercera parte que les concedió la ley de las Partidas.

Y el Proyecto de Código Civil de 1851 (art. 642) señaló que la legítima de los padres y ascendientes sería de los dos tercios, siendo aquellos dos o más; y de la mitad, siendo uno solo. (99)

En cuanto al estado de la cuestión en los ordenamientos jurídicos actuales, cabe apreciar una cierta tendencia a la supresión de la legítima de los ascendientes, tal como sucede en el Derecho francés, desde la reforma de 2006, y dentro de nuestras fronteras, en el Derecho civil gallego, tras la nueva regulación contenida en la vigente ley 2/2006, de 14 de junio (art. 238 LDCG), así como en el Derecho civil vasco, según se establece en su reciente y nueva ley

(99) Para hacer este breve recorrido histórico, nos hemos basado en las referencias contenidas en el libro de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *op. cit.*, pp. 284-286.

5/2015, de 25 de junio (art. 47 LDCV), que solo reconoce como legitimarios a los hijos o descendientes en cualquier grado y al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho en cuanto a su cuota usufructuaria, a diferencia de la regulación anterior que también reconocía como legitimarios a los padres y demás ascendientes (art. 53 LDCFV).

Ello no obstante, los Derechos alemán (100) e italiano (101) siguen reconociendo como legitimarios a los ascendientes, en defecto de descendientes (si bien el Derecho alemán solo considera legitimarios a los padres), así como también el Derecho portugués, que no solo reconoce la legítima de los padres, sino también la de los ascendientes de segundo grado (abuelos) y ulteriores. (102)

Además, en la mayoría de los países europeos se sigue reconociendo y manteniendo la legítima de los padres e, incluso, de ascendientes de ulterior grado. (103)

Y, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho civil catalán y balear mantienen la legítima de los padres y, en el ámbito del Derecho común, el Código Civil sigue reconociendo la legítima de los padres y demás ascendientes (*ex* arts. 807 y 809 CC).

Por consiguiente, entendemos que la legítima de los padres debe mantenerse de *lege ferenda* por las razones anteriormente expuestas, basadas en un elemental principio de justicia y reciprocidad, siendo además especialmente merecedora de ella en atención a las actuales circunstancias familiares y sociales concurrentes.(104)

---

(100) *Vid. supra* parágrafo 2303 BGB.

(101) Cfr. art. 536, párrafo primero, *Codice:* "Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi".

(102) En efecto, el Código Civil portugués dispone en su *artigo* 2157: "São herdeiros legitimários o cônyuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legitima". *Vid. supra artigo* 2161.

(103) *Vid*., a este respecto, el Anexo sobre los distintos sistemas legitimarios existentes en Europa y Latinoamérica, publicado en Rentería Arocena, Alfonso, *op. cit.*, pp. 2108 y ss.

A mayor abundamiento, el Código Civil japonés establece que, a falta de herederos (que son los hijos del causante), "serán llamados a suceder los ascendientes en línea recta del causante, gozando de preferencia los de grado más próximo" (*vid*. art. 889).

(104) En este sentido, y como una manifestación normativa de la ac-

1.5.3. Conceptuación de la legítima como *pars valoris*

Por último, por lo que se refiere a la tan debatida naturaleza jurídica de la legítima, es *communis opinio* la de entender que la legítima debe pagarse *in natura*, es decir, con bienes de la herencia, entre los cuales debe incluirse el dinero hereditario, dada su naturaleza y consideración de bien mueble, configurándose así la legítima como *pars bonorum*. (105)

Así pues, la admisibilidad de determinados supuestos legales en que se autoriza el pago en metálico de la legítima con dinero extrahereditario no altera la naturaleza jurídica de la legítima, tratándose de casos excepcionales que no desvirtúan la regla general. (106)

La principal consecuencia que se deriva de ello (junto con la necesidad de que el legitimario intervenga en la partición de la herencia, en cuanto cotitular de la comunidad hereditaria) es que solamente sería admisible el pago de la legítima con metálico cuando lo hubiese en la herencia, de tal manera que el pago con peculio particular del heredero únicamente cabría en los supuestos expresamente previstos por el legislador, que deben ser además objeto de

---

tual situación social referente a las personas mayores, que requieren de una especial protección tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, cabe destacar el Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000, que tiene por objeto la protección de aquellos adultos que por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentren en condiciones de velar por sus intereses.

(105) Aunque la jurisprudencia no es unánime en cuanto a la consideración de la legítima, predominan dos posturas: la que sostiene que es "*pars hereditatis*", esto es, una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo; y la que entiende que es "*pars bonorum*", es decir, una cuota del activo líquido que se puede recibir por cualquier título, pero con derecho a que recaiga sobre bienes de la herencia.

Véanse, a este respecto, la STS de 8 de mayo de 1989 [R. 3673] y la STS de 26 de abril de 1997 [R. 3542].

No obstante, y aunque referida a la legítima del cónyuge viudo, merece la pena destacar la STS de 9 de enero de 1974 [R. 163], que declaró que "el cónyuge viudo tiene por su cuota viudal un simple derecho de crédito, según le reconoce el art. 839 CC; en una palabra, que propiamente no es heredero".

(106) Véanse los arts. 821 y 822, 829, 1056.2 y 1062.1 CC.

interpretación restrictiva, dada su consideración de normas excepcionales (*ex* art. 4.2 CC).

Según De la Cámara Álvarez (107) la necesidad de que la legítima se satisfaga en bienes de la herencia tiene su fundamento en consideraciones de tipo moral, y responde a lo que constituye una de las ideas cardinales del pensamiento justinianeo en esta materia, a saber: dignificar la condición del legitimario, para lo cual se impuso la obligación de instituirle heredero, necesaria para que deviniera continuador de la personalidad jurídica del causante.

Sin embargo, suprimida esta obligación de instituir heredero al legitimario por el Ordenamiento de Alcalá, y cuyo reflejo legal se encuentra en el actual art. 764 CC, (108) tampoco existiría ya la obligación de dejar la legítima en bienes hereditarios, dada la estrecha vinculación establecida entre ambas obligaciones en el Derecho justinianeo.

Ahora bien, ¿sería necesaria y conveniente, *de lege ferenda*, una modificación del Código Civil que contemplase una nueva configuración de la naturaleza jurídica de la legítima, pasando a ser así una *pars valoris* o simple derecho de crédito reclamable por el legitimario contra el heredero?

Esta cuestión no ha de considerarse baladí, sino que forma parte de la necesidad de reconsiderar los principios y bases del Derecho privado patrimonial y, más en concreto, del Derecho sucesorio, en coherencia con el propósito de plantear una propuesta de reforma que contribuya a su modernización, tal y como venimos defendiendo en el presente trabajo, lo cual redundaría también en beneficio de la sucesión en la empresa familiar.

El artículo 806 CC (que reza "porción de bienes hereditarios") no formula una regla general prohibitiva de la posibilidad de que el testador ordene o disponga el pago en metálico no hereditario de la legítima, ni se le puede atribuir a dicho precepto un valor absoluto, de tal manera que una de las claves para defender la regla general

(107) De la Cámara Álvarez, Manuel: "Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil". Revista Centenario de la Ley del Notariado, Sección 3.ª, Volumen 1, Madrid, Reus, 1964, p.742.

(108) Cfr. art. 764.1 CC: "El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar".

contraria (esto es, el pago de la legítima en metálico extrahereditario) sería la disposición contenida en el artículo 829 CC, (109) al estimarse absurdo que el testador no pueda ordenar directa y expresamente lo que el Código le permite conseguir indirectamente a través de este precepto legal.

Contra este razonamiento, podría argumentarse, sin embargo, que si el legislador hubiera querido dar cauce jurídico a la voluntad del testador de permitir que la legítima de todos o algunos de los llamados a ella, fuera satisfecha con dinero procedente del peculio particular del heredero o herederos instituidos, lo habría hecho constar así expresamente, sin necesidad de tener que acudir a criterios hermenéuticos para sostener una interpretación favorable a dicha posibilidad. Y puesto que únicamente alude a la mejora, habría que entender que queda excluida la legítima estricta, conforme al clásico aforismo *inclusio unius est, exclusio alterius* (la inclusión de uno, implica la exclusión de otro).

De otro modo, se estaría amparando, incluso, un posible fraude de ley (*ex* art. 6.4 CC), al conseguir por vía indirecta lo que la ley no permite por vía directa.

Y prueba de ello es que, tras la introducción de los artículos 841 a 847 CC por virtud de la reforma de 13 de mayo de 1.981, que suscitó la cuestión de su posible repercusión en la naturaleza de la legítima, los requisitos y limitaciones exigidos para los nuevos supuestos de pago en metálico de la legítima justifican que esta conmutación en dinero extrahereditario siga siendo excepcional.

Así pues, como ha señalado un sector autorizado de la doctrina, (110) las legítimas abonables en dinero en los supuestos previstos en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, no pierden su consideración de *pars bonorum* mientas no hayan sido íntegramente satisfechas.

(109) El tenor literal del art. 829 CC es el siguiente: "La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados".

(110) Vallet de Goytisolo, Juan Bermanchs, *op. cit.*, pp. 572 y 577.

En coherencia con esta misma línea de pensamiento, señala VATTIER FUENZALIDA (111) que la importante innovación del sistema legitimario que supuso la reforma del Código Civil de 1981, plasmada en los artículos 841 y siguientes, fue acogida de forma favorable por un sector doctrinal, ya que la verdadera *ratio* del pago en metálico de la legítima de los descendientes es la conservación indivisa de los bienes hereditarios, cuando estos integran una explotación económica, nota muy característica de los Derechos forales, por lo que la citada reforma supuso un acercamiento a los mismos por parte del Derecho común.

Y añade el autor mencionado que el supuesto de hecho del artículo 841 debe ser objeto de interpretación restrictiva, dado su carácter excepcional, de tal manera que la conmutación de la legítima por dinero extrahereditario solo tendría su base y fundamento cuando se tratase de la adjudicación íntegra del patrimonio relicto a uno o varios hijos o descendientes, siempre que aquel sea indivisible o no admita cómoda división, y sin que el adjudicatario o adjudicatarios puedan compartir la adjudicación con personas extrañas al círculo familiar.

Por consiguiente, la regla general seguiría siendo la de la obligación del pago *in natura* de la legítima, a pesar de la amplia excepción recogida en el citado precepto legal.

No obstante, no debe pasar desapercibido el hecho de que la prolija regulación contenida en el art. 831 CC (112) constituye un nuevo golpe en la naturaleza de la legítima como *pars bonorum*.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, son varios los ordenamientos jurídicos forales y de Derecho comparado que actualmente configuran y regulan sus respectivas legítimas como un derecho de crédito realizable por el heredero con dinero hereditario o extrahereditario.

Así, una de las notas características de la **legítima catalana** es la de su consideración como *pars valoris*, esto es, como un derecho de crédito que se traduce en la obtención de un valor patrimonial de

(111) VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* Madrid, Reus, 2012, pp. 15-20, 38, 44 y 45.

(112) Tras la redacción dada por virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

la herencia, pero que no confiere al legitimario un derecho sobre los bienes hereditarios, ni puede exigir su pago con los mismos. (113)

El **legislador aragonés**, por su parte, ha configurado tradicionalmente la legítima como un derecho a una parte de los bienes del causante (*pars bonorum*), y no como un simple derecho de crédito (*pars valoris*), y así se mantiene en la regulación vigente contenida en el Código de Derecho Foral Aragonés. No obstante, debe matizarse que solamente la legítima que se recibe mediante atribuciones sucesorias es la que debe ser entregada mediante bienes del caudal relicto (no así las realizadas en vida por el disponente), y, además, hay supuestos puntuales en que la legítima opera como *pars valoris*. (114)

En el **Derecho civil gallego** desaparece el histórico instituto jurídico de la mejora y el derecho del legitimario se configura como una *pars valoris* en la regulación vigente. (115)

En efecto, la nueva naturaleza jurídica de la legítima gallega determina que el legitimario se convierte en un mero acreedor personal, titular de un derecho de crédito cuyo valor podrá ser satisfecho con metálico extrahereditario, a elección de los sujetos gravados con su pago y siempre que el causante no hubiere dispuesto otro medio de satisfacción.

En consecuencia, el legislador gallego ha optado por un tratamiento más flexible de la legítima, favoreciendo así la libertad de testar.

---

(113) Cfr. art. 451-11.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, a cuyo tenor: "El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas, pueden optar por el pago tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto", y ello siempre que no se haya asignado por el testador un bien específico para el legitimario.

(114) Cfr. arts. 496.3, 497.3 y 508.1 del Código del Derecho Foral de Aragón.

(115) Cfr. art. 246.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: "Si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario. A falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios".

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la legítima en **Mallorca y Menorca**, se configura como *pars bonorum*, con las consecuencias que ello comporta, si bien no existe el derecho a la afección de los bienes hereditarios. Ahora bien, se admite la posibilidad de que la legítima se pague con dinero hereditario o extrahereditario, si el testador así lo ha autorizado o si lo autoriza el heredero distribuidor y aquel no lo ha prohibido. Esta previsión legal tiene como finalidad evitar la división de los patrimonios familiares, sobre todo, si se trata de fincas o explotaciones, permitiendo así al heredero tener la total disponibilidad del haber hereditario. (116)

En el ámbito del Derecho comparado, merece destacar que la **legítima alemana**, conocida como el *Pflichtteil,* consiste solamente en una pretensión obligacional frente al heredero, careciendo en sí de fuerza real, tal como resulta de la regulación contenida en los parágrafos 2303 y siguientes del BGB. (117)

Pues bien, hecha esta exposición sobre cuál es el estado de la cuestión en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, y centrándonos en el concreto supuesto de la empresa familiar, el problema se plantea en el frecuente caso de que no existan bienes suficientes en la herencia (excluida la empresa) para pagar las legítimas de quienes no sean adjudicatarios de dicha empresa.

En este sentido, señala Huerta Trólez (118) que el sistema de legítimas representa un serio lastre para la continuidad y subsistencia de la empresa familiar, y ello no tanto por su cuantía sino por la naturaleza de *pars bonorum* de la legítima a la que tienen derecho los legitimarios por regla general.

---

(116) Cfr. art. 48.1 del texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre: "La legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario y debe ser pagada en bienes de la herencia. No obstante, el testador en todo caso, y el heredero distribuidor si no se le hubiere prohibido, podrán autorizar el pago de la legítima en dinero, aunque no lo haya en la herencia".

(117) Burckhardt Lóber: "La legítima (Pflichtteil) en el Derecho Sucesorio alemán", La Notaría, Junio 1998, pp. 111-118.

(118) Huerta Trólez, Antonio: "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio". Revista Jurídica del Notariado, número 50, abril-junio 2004, pp. 117 y 118.

Así pues, la legítima y la sucesión de la empresa parecen conceptos jurídicos incompatibles, al representar intereses contrarios: mientras aquella supone la distribución (y consiguiente dispersión) del haber hereditario, en el que se incluye el patrimonio empresarial, al imponer una mínima distribución igualitaria del mismo, en cambio, la empresa exige continuidad en la propiedad y en el gobierno, y por ello es aconsejable la designación de un único sucesor por parte del empresario.

Por ello, y con la finalidad de tratar de conciliar ambos intereses, se modificó parcialmente la redacción del art. 1056.2 CC, por virtud de la ley 7/2003, de 1 de abril, pretendiendo hacer compatible la necesaria unidad de la empresa con la intangibilidad cuantitativa de la legítima, al permitir el pago de las legítimas con metálico extrahereditario.

De este modo, este precepto reformado aborda directamente el problema de la sucesión de la empresa familiar, con el fin de atenuar el rigor del sistema legitimario y flexibilizar, a su vez, los exigentes requisitos de los artículos 841 y siguientes de dicho cuerpo legal, cuya aplicación en la práctica jurídica ha sido escasa por la necesidad de conformidad expresa de los herederos o, en su defecto, por la exigencia de aprobación judicial, así como por el breve plazo previsto para pagar la legítima de los demás interesados (un año). Además, su finalidad no es garantizar la continuidad de la empresa familiar, sino que se trata de una norma más genérica. (119)

Sin embargo, la mencionada modificación del art. 1056.2 CC ha resultado excesivamente parca y lacónica, además de fragmentaria, pues debería haber ido acompañada de otras medidas legislativas que contribuyeran a dar un tratamiento jurídico global a la compleja problemática que plantea la empresa familiar.

Por consiguiente, y en consonancia con la línea argumental hasta ahora expuesta en este trabajo sobre la necesidad de cuestionar el fundamento de determinadas instituciones jurídico-civiles, y por lo que respecta, en concreto, a la naturaleza jurídica de la legítima, consideramos que debería conceptuarse (120) *de lege ferenda* como

(119) Huerta Trólez, Antonio, *op. cit.,* pp.118 y 119.

(120) Esta nueva concepción de la legítima como simple derecho de crédito que el legitimario tendría contra la masa hereditaria y que podría reclamar al heredero (o herederos), se aplicaría a los descendientes del

pars valoris en el ámbito del Derecho común, lo cual favorecería la partición de la herencia con carácter general (al no ser necesario el consentimiento de los legitimarios para poder realizar las operaciones particionales), y contribuiría, a su vez, a la conservación y continuidad de la empresa familiar a través de las sucesivas generaciones de la familia (al tener el empresario una mayor libertad civil para poder disponer de su empresa y gozar el sucesor en la misma de más facilidades para mantenerla). (121)

CONCLUSIONES

En consonancia con los razonamientos y argumentos jurídicos anteriormente expuestos, entendemos que es apremiante una reforma del sistema legitimario de Derecho común.

---

causante solo en los casos en que tuvieran un derecho de alimentos, en los términos que hemos expuesto *supra*; a los ascendientes en todo caso; y al cónyuge viudo, si mediara su consentimiento, pues hemos defendido la atribución de su legítima en plena propiedad.

No obstante, en el concreto caso de que hubiera una empresa familiar o participaciones societarias de la misma en la herencia causada por uno de los cónyuges, y no se hubiera atribuido ningún bien en pago de la legítima del viudo, habría que admitir la posibilidad de satisfacerla mediante dinero, incluso no hereditario, con la clara finalidad de facilitar la conservación de la empresa.

(121) Por último, para completar el presente estudio de la legítima haremos una referencia a la encuesta realizada por el Consejo General del Notariado y que ha sido mencionada *supra*.

Así, sobre la base de 900 cuestionarios iniciados y 744 cuestionarios terminados, una muy considerable mayoría del 88 % abogó por la configuración de la legítima en el Derecho común como *pars valoris*, con la clara finalidad de facilitar la partición de la herencia.

Por otra parte, casi la mitad de los encuestados (un 49 %) se muestra partidaria de la supresión de la legítima, basándose probablemente en los cambios producidos en la realidad social del tiempo en que vivimos. En cambio, un 30 % sostiene que la legítima debería mantenerse, si bien reduciendo la correspondiente a los descendientes; un 14 % considera que ha de respetarse la legítima del cónyuge viudo y de los descendientes, suprimiendo en cambio la de los ascendientes; y tan solo un 10 % entiende que debe conservarse la regulación actual de las legítimas en el Código Civil, situando su fundamento en el interés familiar.

En efecto, consideramos razonable, justo y adaptada a las nuevas exigencias de los tiempos actuales, la configuración de la legítima de los descendientes del testador con carácter alimenticio, lo que se traduciría en el reconocimiento legal de derechos legitimarios única y exclusivamente en los casos de notoria y evidente necesidad por los parientes más próximos del testador.

Por el contrario, la legítima de los padres debe mantenerse de *lege ferenda* por razones basadas en un elemental principio de justicia y reciprocidad, siendo además especialmente merecedora de ella en atención a las actuales circunstancias familiares y sociales concurrentes (como la mayor esperanza de vida, el aumento de los casos de enfermedades degenerativas y los supuestos de abandono de los padres por sus hijos).

Asimismo, ha de fortalecerse la posición jurídica del cónyuge viudo mediante una nueva configuración de su legítima, que deje de ser en usufructo y pase a ser en pleno dominio, anteponiéndose además como heredero legal (en sede de sucesión intestada) a los padres del causante (el cónyuge premuerto), en defecto de hijos y descendientes de ambos.

Por otra parte, el sistema de legítimas representa un serio lastre para la continuidad y subsistencia de la empresa familiar, y dada la insuficiencia de las últimas reformas legales realizadas en esta sede, creemos que sería necesaria, *de lege ferenda*, una modificación de nuestro ordenamiento jurídico privado (y, más en concreto, del Código Civil) que contemplase una nueva configuración de la naturaleza jurídica de la legítima, pasando a ser así una *pars valoris* o simple derecho de crédito reclamable por el legitimario contra el heredero, y ello en consonancia, asimismo, con la tendencia que se puede apreciar en el Derecho comparado y en las legislaciones forales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Barrio Gallardo, Aurelio: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Madrid, Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, 2012.

Bermejo Pumar, María Mercedes: "Atribuciones legales (legítimas, derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas). Parte Primera. La legítima (función y estructura)", en *Instituciones de Derecho Privado*, coordinadas por Juan Francisco Delgado de Miguel, tomo V, volumen 3.º, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

Burckhardt Lóber: "La legítima (Pflichtteil) en el Derecho Sucesorio alemán", La Notaría, junio 1998, pp. 111-118.

Calatayud Sierra, Adolfo: "Consideraciones acerca de la libertad de testar". Academia Sevillana del Notariado, tomo IX, Madrid, Edersa, 1996, pp. 243-264.

Cámara Lapuente, Sergio: "New Developments in Spanish Sucesión Law", Electronic Journal of Comparative Law (EJCL), vol. 14.2, October 2010.

Carrasco Perera, Ángel: "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", Actualidad Jurídica Aranzadi, número 580, junio 2003.

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*, 12.ª edición, tomo I, volumen I, Madrid, Reus, 1986.

— *Derecho civil español, común y foral*, 15.ª edición, tomo IV, Madrid, Reus, 1993.

Costa Martínez, Joaquín: "Una conferencia sobre la libertad de testar y las legítimas", en *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Zaragoza, Guara Editorial, 1981, pp. 500-531.

De Castro y Bravo, Federico: *Derecho civil de España*, 1942.

— *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, reimpresión de 1997 (que reproduce facsimilarmente la segunda tirada de la edición original publicada en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

De la Cámara Álvarez, Manuel: "Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil". Revista Centenario de la Ley del Notariado, sección 3.ª, volumen 1, Madrid, Reus, 1964, pp. 713-1006.

De la Cámara Álvarez, Manuel y De la Esperanza Martínez-Radio, Antonio: *Compendio de Derecho Sucesorio,* 2.ª ed., Madrid, La Ley, 1999.

Delgado Echevarría, Jesús: "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (celebradas en Santander, del 9 al 11 de febrero de 2006), servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006.

— "Autonomía de la voluntad y Derecho de Sucesiones". Ponencia inédita presentada en el Congreso Notarial celebrado en La Toja, los días 5 a 7 de junio de 2011.

— "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*. Estudios en conmemoración del 150 ani-

versario de la Ley del Notariado, tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones, Wolters Kluwer, 2012, pp. 513-640.

ESCRICHE, Joaquín (Abogado de los Tribunales del Reino): *Elementos del Derecho Patrio*, edición facsimilar del original publicado en 1840, Valladolid, Lex Nova, 2003.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis: "De las legítimas", *en Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia,* Madrid, C*olegios Notariales de España,* volumen II, 2007, pp. 611-826.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: "Las fórmulas societarias como instrumentos de transmisión patrimonial"*.* Ponencia inédita presentada en el Congreso Notarial celebrado en La Toja, los días 5 a 7 de junio de 2011.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana: *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008.

— "Una reforma pendiente para la actual legislatura", El Economista Iuris & Lex, 9 de enero de 2012.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *La legítima en el Código Civil*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2006.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "Los actuales artículos 831 y 1056.2 del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas". Revista Jurídica del Notariado, número 55, julio-septiembre 2005, pp. 122-124.

— "Dictamina, que algo queda". Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2009, pp. 233-241.

— "La desheredación y la exclusión". Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo 2005, pp. 188 y ss.

GETE-ALONSO, María del Carmen (directora) y SOLÉ RESINA, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo I, Pamplona, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: "La inconsistencia de la legítima en el Fuero de Ayala", en GETE-ALONSO, María del Carmen (directora) y SOLÉ RESINA, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo II, Pamplona, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español,* edición facsimilar de la original publicada en 1863, tomo tercero, Madrid, Lex Nova, 1988.

HUERTA TRÓLEZ, Antonio: "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio"*.* Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2004, pp. 93-138.

IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho romano. Historia e Instituciones,* Barcelona, Ariel, 1990.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil,* 3.ª edición (revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa), tomo V, Madrid, Dykinson, 2007.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: "La libertad de testar. Una reforma necesaria", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Estudios en conme-

moración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, tomo I, Madrid, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012.

Núñez Lagos, Rafael: "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil", separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Instituto Editorial Reus, abril 1951.

Parra Lucán, María Ángeles: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC), 13, 2009, pp. 481-554.

Rentería Arocena, Alfonso: "La libertad de testar en Derecho Comparado", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 726, julio 2011, pp. 2095-2128.

Roca Trías, Encarnación (coordinadora general): *Sucesiones. Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña.* Madrid, Sepín, 2011.

Röthel, Anne: *El Derecho de Sucesiones y la legítima en el Derecho alemán,* Barcelona, Colección Notariado Hoy, Bosch, 2008.

Serrano García, José Antonio: "La legítima en Aragón", en GETE-ALONSO, María del Carmen (directora) y Solé Resina, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011.

Solé Resina, Judith: "El fideicomiso en el Código Civil de Cataluña" en Gete-Alonso, María del Carmen (directora) y Solé Resina, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011.

Tena Arregui, Rodrigo: *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid.

Torres García, Teodora Felipa: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227.

Vallet de Goytisolo, Juan Bermanchs: "Significado jurídico y social de las legítimas y de la libertad de testar", Anuario de Derecho Civil, enero-marzo de 1966, pp. 3-44.

— *Panorama de Derecho de Sucesiones. Fundamentos,* tomo I, Madrid, Civitas, 1.982.

Vaquer Aloy, Antoni: "La legítima en Cataluña", en Gete-Alonso, María del Carmen (directora) y Solé Resina, Judith (coordinadora): *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código Civil y normativa civil autonómica),* tomo II, Pamplona, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011, pp. 2029-2068.

Vattier Fuenzalida, Carlos: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes,* Madrid, Reus, 2012.

NUEVAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. ESPECIAL REFERENCIA AL MALTRATO PSICOLÓGICO COMO CAUSA DE DESHEREDACIÓN

Socorro Maldonado Rubio
Abogado

SUMARIO

RESUMEN

1. INTRODUCCIÓN

2. LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO COMÚN
   - 2.1. Concepto
   - 2.2. Desheredación justa y desheredación injusta. Efectos
   - 2.3. Requisitos para la desheredación justa
   - 2.4. Causas justas de desheredación
     - 2.4.1. Causas justas de desheredación de hijos y descendientes
     - 2.4.2. Causas justas de desheredación de padres y ascendientes
     - 2.4.3. Causas justas de desheredación del cónyuge
   - 2.5. Problemática actual. Desheredación y libertad de testar

3. LA DESHEREDACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES
   - 3.1. Aragón
   - 3.2. Galicia
   - 3.3. Baleares
   - 3.4. País Vasco
   - 3.5. Navarra
   - 3.6. Cataluña. Especial referencia a la falta de relacion familiar
   - 3.7. Conclusiones sobre el Derecho Foral

4. NUEVAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN
4.1. Introducción
4.2. Nuevas causas
4.2.1. Injuria grave de palabra
4.2.2. Maltrato de obra
4.3. Maltrato psicológico como causa de desheredación
4.3.1. Doctrina jurisprudencial anterior a la STS 3 de junio de 2014
4.3.2. Examen de la STS de 3 de junio de 2014
4.3.3. Examen de la STS de 30 de enero de 2015
4.4. Problemática

5. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFíA

7. JURISPRUDENCIA

RESUMEN

En este Trabajo analizaremos las causas de desheredación en el Código Civil Español y la evolución en la interpretación por la doctrina jurisprudencial de dichas causas, desde la rigidez más absoluta hasta la introducción del maltrato psicológico como causa de desheredación por las Sentencias del tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015, así como la comparación con las causas de desheredación en los Derechos Forales, haciendo especial referencia a la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar como nueva causa recogida en el Código Civil de Cataluña, y la problemática que sigue planteando nuestro sistema sucesorio de protección de la legítima, constatando la gran dificultad que sigue conllevando desheredar en la práctica.

1. INTRODUCCIÓN

La desheredación de los hijos y de otros herederos forzosos ha adquirido, en los últimos tiempos, una importancia capital en el ámbito del Derecho de sucesiones, especialmente en el marco del Derecho común contenido en el Código Civil Español.

En efecto, la importancia de las causas que facultan al testador para desheredar testamentariamente a uno o a varios de sus herederos forzosos es especialmente relevante en el ámbito de nuestro Código Civil por el amplio contenido jurídico y económico que se atribuye a los derechos legitimarios de los herederos forzosos, especialmente de los hijos y nietos del testador (dos tercios de la herencia, como se verá).

Por contra, en los derechos sucesorios imperantes en otras Comunidades Autónomas con Derecho foral propio en el ámbito sucesorio, los derechos legitimarios de los herederos forzosos son considerablemente más reducidos en cuanto a porcentaje y cuantía sobre el caudal relicto. Es el caso, por ejemplo, de Cataluña donde la legítima de los hijos la constituye únicamente una cuarta parte del patrimonio hereditario, pudiendo además satisfacerse dinerariamente. O, el caso extremo, del Derecho foral navarro donde la legítima no tiene contenido patrimonial exigible, ni atribuye la cualidad de heredero a los hijos y descendientes, norma foral que es conocida como "legítima foral simbólica" o "fórmula de desheredación", puesto que no procede efectuar atribución patrimonial alguna a los hijos del causante.

Surgen hoy muchas dudas y preguntas en relación con las causas legales de desheredación que pueden fundamentar jurídicamente esta decisión del testador y las consecuencias legales que de la misma se derivan, en relación tanto hacia la persona del propio desheredado, como respecto de sus posibles descendientes, así como en relación con el resto de los instituidos por el testador como herederos o legatarios.

Tradicionalmente, la familia ha sido un núcleo de convivencia y protección recíproca, en la que tenía sentido el sistema legitimario español de limitación de la libertad de disposición testamentaria respecto del patrimonio hereditario. En pleno siglo XXI, la función asistencial y de previsión que cumplía la herencia, es ahora realizada de manera general por las instituciones del Estado del bienestar,

surgiendo cada vez más voces que abogan por una necesaria reforma del sistema legitimario español.

El objetivo del presente trabajo es abordar, plantear y dejar constancia de las posibles soluciones y respuestas, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, teniendo en cuenta los Derechos Forales, que se están dando a cuestiones tan relevantes en el campo del derecho sucesorio como las siguientes:

¿El maltrato psicológico es causa de desheredación?

¿El abandono familiar o la falta de afecto es causa de desheredación?

¿La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar puede ser considerada causa de desheredación?

¿Es necesario, en pleno siglo XXI, una reforma del sistema legitimario español?

El método que se seguirá en el desarrollo del presente trabajo se sustentará, fundamentalmente, en un análisis riguroso y profundo de las recientes Sentencias del Tribunal Supremo en materia de desheredación, y, en particular, sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación, al incluirse dicha conducta en el concepto maltrato de obra del artículo 853.2 del Código Civil. Asimismo, se acometerá el estudio de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a través de diversas Resoluciones, muchas de ellas de extraordinario interés, no solo por su contenido, si no por su recientísima fecha de publicación. Todo lo expuesto se asentará, obviamente, en el estudio y análisis coetáneo de la legislación civil estatal y foral vigente en el ámbito de las causas de desheredación de los legitimarios, y su tratamiento por la doctrina científica más autorizada.

Para todo ello, analizaremos la desheredación en el Código Civil, sus requisitos y efectos, haciendo hincapié en las causas de desheredación. Continuaremos con una comparativa de la desheredación en los Derechos Forales, centrándonos en las diferencias y distintas soluciones que dan a las causas de desheredación. Haremos una especial referencia a la causa de desheredación del art. 451-17-2, letra e) del Código Civil de Cataluña, por ser la nueva causa de desheredación introducida por la Ley 10/2008 de 10 de julio en Cataluña, y que no está recogida en nuestro Código Civil. Seguire-

mos, centrados de nuevo en el Derecho Común, con la evolución de la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación de hijos y descendientes, y más concretamente, en la causa del artículo 853.2 CC, para seguir con el examen en profundidad del maltrato psicológico como causa de desheredación, centrándonos en un primer momento en la doctrina jurisprudencial anterior a la STS de 3 de junio de 2014, para analizar en profundidad dicha sentencia así como la STS de 30 de enero de 2015. Y abordaremos los problemas que siguen planteándose.

2. LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO COMÚN

2.1. Concepto

Establecer el concepto de desheredación no es tarea fácil, ya que en su esencia misma concurren dos de los principios básicos del sistema sucesorio español: por un lado el respeto a la voluntad del testador, y por otro la limitación que supone el sistema de legítimas.

A pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la herencia, como una garantía de la propiedad privada prolongada en el tiempo más allá de la muerte del propietario [no en vano están recogidos ambos derechos en el mismo precepto –el art. 33.1– de nuestra Constitución (1)], ello no significa que el propietario-testador tenga la más amplia libertad de disposición sobre sus bienes, pues la actual regulación de nuestro Código Civil (2) establece en su art. 806 una limitación a dicha libertad del testador, impidiendo que una persona pueda disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, estableciendo un rígido sistema de límites, a través de las legítimas.

Este sistema legitimario español determina que el testador ha de reservar forzosamente una parte de la herencia a los llamados herederos forzosos, que será de dos terceras partes a favor de los descendientes, si bien con la libertad de mejorar en un tercio a cualquiera de ellos; o en defecto de descendientes, la tercera parte

(1) *Constitución* (BOE 29 de diciembre 1978, núm. 311, p. 29313).

(2) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid,* 25 julio 1889, núm. 206, p. 249).

o la mitad a favor de los ascendientes, según concurran o no con el cónyuge viudo. Y nuestro Código Civil también reconoce derechos al cónyuge viudo, que suponen también freno a la libertad de testar: el usufructo de una parte de la herencia, según concurra condescendientes, ascendientes o ninguno de ellos.

La legítima se configura como un límite a la facultad de disponer *mortis causa*, con carácter imperativo: es una norma de derecho necesario, indisponible para el causante. Pero el testador puede obviar la legítima con o sin intención. Y el legitimario, para proteger en estos casos sus derechos, cuenta con las siguientes acciones:

— Si el legitimario ha sido silenciado en el testamento, podrá ejercitar la acción de preterición intencional o no intencional del art. 814 CC.

— Si el legitimario ha recibido menos de aquello que por legítima le corresponda, podrá ejercitar la acción de complemento del art. 815 CC.

— Si el legitimario ha sido desheredado injustamente puede instar la acción de desheredación injusta del art. 851 CC.

El Código Civil establece una gran cantidad de normas protectoras para impedir burlar el freno a la libertad de testar que dichas legítimas suponen. Así, entre otras, tal como indica Magariños (3), hay normas que determinan la extensión cuantitativa de la legítima, otras que la protegen frente a actos *inter vivos*, otras que establecen prohibiciones sobre la misma, y otras que la salvaguardan estableciendo unas causas taxativas de desheredación.

Por tanto, cuando hablamos de desheredación nos estamos refiriendo a la privación de la legítima a quien tiene derecho a ella, y por una de las causas taxativamente previstas en la ley.

En este sentido, la desheredación constituye una excepción al deber de legítima, previsto en nuestro Código Civil en los arts. 763, 806 y 813; el derecho a la legítima es la regla general, y la facultad de desheredar es la excepción. Podríamos decir que es una sanción

(3) Cfr. Magariños, V., "La Libertad de testar. Una reforma necesaria", en Prats Albentosa, L. (Coord.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado, tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, ed. Wolters Kluwer España, SA, 2012, p. 645.

civil por la que el legitimario es privado de su condición de heredero.

La legítima, en nuestro Derecho común, en su aspecto negativo supone un límite a la libertad de testar, a la facultad de disponer del testador. Y en su aspecto positivo, supone un derecho: el de los legitimarios a percibir un parte del patrimonio del causante.

Por tanto, podemos concluir que la desheredación, como indica Algaba Ros (4), es un acto formal y una sanción civil, por la cual el testador excluye de su derecho a un legitimario, en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley. La **Sentencia del Tribunal Supremo** (en adelante STS) **de 15 de junio de 1990** (5) define la desheredación como una declaración de voluntad testamentaria, solemne, en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a la legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales de la que sean responsables. Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista, puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa.

2.2. Desheredación justa y desheredación injusta. Efectos

Nuestro Código Civil distingue entre la figura de la desheredación justa del art. 850, que es la señalada por la citada STS de 15 de junio de 1990 –desheredación hecha en testamento, con expresión de causa tipificada por el legislador, y no negada por desheredado-, y la desheredación injusta del art. 851– desheredación hecha sin expresión de causa, o causa no legalmente tipificada, o no acreditada cuando fuere contradicha por el desheredado. La diferencia es relevante, puesto que los efectos de una y otra son muy diferentes:

(4) Cfr. Algaba Ros, S., *Efectos de la desheredación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 109.

(5) STS de 15 de junio de 1990 (Roj: STS 4640/1990).

En caso de desheredación justa, los efectos serán los siguientes: el desheredado no es llamado a la sucesión (testada o intestada). Y además, el desheredado pierde el derecho a solicitar lo que por legítima le corresponde.

En caso de desheredación injusta, en cuanto a los efectos personales, el desheredado podrá ejercitar la acción de desheredación injusta, aunque haya recibido por vía no testamentaria lo que por legítima le corresponde. Y ello tiene su razón de ser. Esta acción protege el derecho a la legítima del desheredado injustamente, y a la vez le protege frente a la injuria que ha tenido que soportar, por lo que ha de poder ejercitar la acción aunque no persiga o no le lleve a conseguir atribución patrimonial alguna. En este sentido, la **STS de 10 de junio 1988** (6) declara que existe una injusta desheredación del cónyuge separado negándole derechos hereditarios.

Y en cuanto a los efectos patrimoniales: se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado: ello no supone nulidad que implique apertura sucesión intestada, ya que el Código Civil dispone que al desheredado únicamente le corresponde solicitar lo que por legítima le corresponde, pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen dicha legítima. En este sentido, la citada STS de 10 de junio 1988 establece la siguiente doctrina: *"Si bien la expresión «en cuanto perjudique al desheredado», contenida en el art. 851 CC, proyectándola sobre la anulación de la institución de heredero, debe entenderse en el sentido de que dicho perjuicio se produce cuando al heredero forzoso se le priva de su legítima estricta, mas no de la mejora, en cuanto que de ésta puede disponer el testador en favor de cualquiera de los restantes descendientes, sin embargo esta doctrina no tiene aplicación cuando declarada improcedente la desheredación efectuada por el testador de todos sus hijos y los únicos beneficiados son sus ascendientes, porque éstos si bien son herederos no tienen la condición de descendientes, por lo que los hijos desheredados sin causa legal justificante no pueden ser privados de la legitima y de la mejora"*.

(6) STS de 10 de junio 1988 (Roj: STS 4453/1988).

2.3. Requisitos para la desheredación justa

Nuestro Código Civil al regular la desheredación en los arts. 848 y ss, establece que ésta es una declaración de voluntad testamentaria –art. 849–, nominal, expresa y solemne, en virtud de la cual el testador priva a alguno a o todos sus herederos forzosos del derecho a la legítima, si concurre cualquiera de las causas previstas por la ley que le sea imputable –art. 848–.

Por tanto, los requisitos para que la desheredación sea válida son los siguientes:

a) La desheredación ha de hacerse en testamento

No cabe la desheredación en documento distinto al testamento. Como bien apunta García Bernardo-Landeta (7), la desheredación hecha en escritura pública o en documento privado que no implique testamento ológrafo, es nula de pleno derecho. En este sentido, citaremos la ya citada **STS de 4 noviembre 1904**, o la **STS de 7 de marzo de 1980** (8) que indica que la apreciación de la causa de indignidad como causa de desheredación, ha de manifestarse forzosamente en testamento, así como la **STS de 20 de febrero de 1981** (9) cuando considera que no se ha producido la desheredación ya que ésta tiene lugar por disposición testamentaria.

b) Tiene que identificar y designar perfectamente al desheredado

Debe determinarse con toda claridad a la persona a quien afecte la desheredación. Ello es debido al marcado carácter personal que conlleva, ya que no se traslada a su descendencia. Y a falta de norma concreta del Código Civil, la doctrina es unánime al afirmar la necesidad de aplicar las normas que regulan la designación de heredero –arts. 772 y 773 CC– a la identificación del desheredado.

(7) Cfr. García Bernardo-Landeta, A., *La legítima en el Código Civil* (2.ª Edición), Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, pp. 307-308.

(8) STS de 7 de marzo de 1980 (Roj: STS 5/1980).

(9) STS de 20 de febrero de 1981 (Roj: STS 74/1981).

Así, Rivas Martínez (10) indica que "*Parece que la designación del desheredado ha de ser «nominatim»*".

Al respecto, la **Resolución DGRN 23 de mayo 2012** (11) menciona los requisitos necesarios para que la desheredación sea válida: la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria, no sólo explicitada sino bien determinada, en un doble sentido: con expresión de causa, y con perfecta identificación del desheredado. E indica expresamente: "... *ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quién incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. Por eso de plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación del heredero por su nombre y apellido (art. 772 Código Civil)*". Por tanto, no cabe desheredación genérica.

Pero el desheredado ha de tener a su vez, y valga la redundancia, la capacidad para ser desheredado: ha de tener plena capacidad para incurrir en causa de desheredación. Ha de existir al tiempo del testamento: esto es, ha de haber nacido, y ha de tener aptitud para poder ser desheredado. Históricamente, como menciona Algaba Ros (12), dicha cuestión se venía resolviendo con el criterio de fijación de una edad. Así, en el Derecho Romano, una persona se entendía que tenía capacidad para ser desheredado al cumplir nueve años y medio la mujer, y diez años y medio el varón. Y en las Partidas, se estableció que los descendientes debían tener la edad de diez años y medio, a partir de la cual una persona podía ser desheredada (13). Sin embargo, nuestro Código Civil no aborda esta cuestión,

(10) Rivas Martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo II, ed. Dykinson, 4.ª edición, Madrid, 2009, p. 1877.

(11) Resolución DGRN 23 de mayo 2012 (BOE, núm. 153, 27 de junio 2012, p. 45580).

(12) Cfr. Algaba Ros, S., Efectos, *op. cit.*, p. 171

(13) En la Partida VI, Título VII, Ley II, bajo el Título *"Quién puede desheredar et á quién"*, se recoge literalmente: *"...Otrosi decimos que todos aquellos que descenden por la liña derecha pueden seer desheredados daquel mesmo de quien descenden si ficieren por que, et fueren de edat de diez años et medio al menos".*

y la doctrina ha defendido diversas posturas, desde el criterio del discernimiento al prudente arbitrio del juzgador, a la capacidad para ser penalmente responsable. La antedicha **Resolución DGRN 23 de mayo 2012** aborda la cuestión, y la recientísima **Resolución DGRN de 1 de septiembre de 2016** (14) establece al respecto que "*es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación*".

c) Ha de expresar la causa legal en que se funde

Ello viene recogido expresamente en el art. 849 Código Civil, el cual hay que poner en relación con el art. 813.

Entendemos que este requisito queda formalmente cumplido:

— Cuando se expresa la causa legal en que se funde, aunque no se precisen los hechos constitutivos; es doctrina reiterada y constante, que ya se plasmó en la STS de 4 de noviembre de 1904 , que no existe precepto alguno que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que ésta se haga La reseñada sentencia dispuso: a) Que no es preciso que el testador determine el hecho constitutivo de las injurias o las palabras en que éstas se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha y debe en este caso, probarse en juicio para que la desheredación sea válida y eficaz, en perjuicio del desheredado; b) Que no es preciso tampoco que preceda una sentencia condenatoria, porque correspondiendo a los herederos la prueba de la certeza de la causa de la desheredación, si el desheredado la negare, no sería esta prueba compatible con la declaración hecha en un fallo anterior, que necesariamente vendría a prejuzgarla. Y todo ello, además, porque al tenerse que efectuar la acción penal por medio de querella en el delito de injurias, ello dificultaría y tal vez haría ilusorio el derecho concedido al padre de desheredar, pues el procedimiento criminal no se compagina con la intimidad de los vínculos familiares de que no es dable prescindir en las relaciones de Derecho.

(14) Resolución DGRN de 1 de septiembre de 2016 (BOE de 27 de septiembre de 2016, núm 233, p. 68918).

— Cuando se precisa el hecho constitutivo, aunque no se exprese la causa legal.

— Cuando se señala genéricamente una causa en que puede entenderse comprendida alguna de las causas legales de desheredación.

— Cuando, sin expresar causa legal en que se funde, ni se precise el hecho constitutivo, las palabras utilizadas por el testador sean suficientemente explícitas para entender que ocurrió un hecho constitutivo de causa legal de desheredación.

Por último, la causa debe ser alegada de manera clara y terminante, cierta y justa.

2.4. Causas justas de desheredación

Nuestro Código Civil recoge en su art. 852 una dualidad de causas de desheredación, unas referentes a la incapacidad de suceder por indignidad del art. 756, que dicho artículo reconvierte en causas de desheredación, y otras propias de esta institución, las llamadas causas de desheredación *strictu sensu*.

Desheredación e indignidad son figuras afines, y como apunta Torres García (15), la dificultad de distinguir una de otra estriba, más que de sus diferencias, de sus afinidades: en ambas se priva de un derecho de un derecho que se podría llegar a tener. Las dos suponen una pena privada mediante la que se está sancionando una conducta tipificada por la ley ofensiva para el causante. Y ambas instituciones son revocables, mediante el perdón o la reconciliación.

Pero mientras que la desheredación opera únicamente en la sucesión testada y sólo en relación con la legítima, exigiendo por tanto una actuación positiva del testador excluyendo al legitimario, en cambio la indignidad opera en la sucesión testada e intestada por su sola presencia y sin necesidad de que sea conocida del causante, y tiene que ser declarada judicialmente y ser objeto de prueba, cualquiera que sea el tipo de heredero.

(15) Cfr. Torres García, T. F., (Coord.), *Tratado de Legítimas*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, p. 73.

Por tanto, todas las causas de indignidad –salvo la 4.ª, que está excluida dada su imposibilidad material de ser alegada por el testador, ya que no es posible que pueda conocer dicha causa (su propia muerte violenta)–, son a su vez justas causas de desheredación en sus respectivos casos, y ello como consecuencia de la remisión que hace el art. 852 al 756 CC.

Respecto a las llamadas causas de desheredación *strictu sensu*, en nuestro Código Civil se estructuran a partir de la enumeración del art. 807, entre quiénes pueden desheredar, y a quién se puede desheredar, y vienen recogidas en concreto en los arts. 853 (padres y ascendientes, a hijos y descendientes), 854 (hijos y descendientes, a padres y ascendientes) y 855 (un cónyuge al otro).

2.4.1. Causas justas de desheredación de hijos y descendientes

Además de las causas de indignidad, las otras dos justas causas recogidas en el art. 853 CC para desheredar a hijos y descendientes son:

"1.ª– *Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente*".

Se refiere esta causa a la negativa de alimentos. Dispone la **Sentencia de la Audiencia Provincial** (en adelante SAP) **de Madrid de 6 de abril de 2005** (16) que los requisitos que deben concurrir para que se dé esta causa de desheredación son: la existencia de una situación de necesidad de alimentos por parte del causante, la petición de dichos alimentos formulada de forma judicial o extrajudicial, y la negativa sin motivo legítimo de la persona a la que se reclaman alimentos de suministrar los mismos.

La doctrina jurisprudencial establece que no es necesario que hayan sido reclamados judicialmente. En este sentido, la **STS de 20 de junio de 1959** (17) determina que "*el art. 853 no exige que se reclaman judicialmente los alimentos, ni menos que haya sentencia condena a su pago, sino que solo basta con negarlos sin motivo legítimo*". Por tanto, bastará que la negativa se pruebe por cualquier medio.

(16) SAP de Madrid de 6 de abril de 2005 (Roj: SAP M 3736/2005).
(17) STS de 20 de junio de 1959 (Roj: STS 1460/1959).

"2.ª– *Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*".

Analizaremos más adelante en profundidad esta justa causa de desheredación y la evolución jurisprudencial en su interpretación. No es necesario que el maltrato o la injuria haya dado lugar previamente a condena penal.

2.4.2. Causas justas de desheredación de padres y ascendientes

Además de las causas de indignidad, el art. 854 CC recoge 3 justas causas para desheredar a padres y ascendientes:

"1.ª *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 170*".

Esta causa, por razones obvias, sólo se refiere a los padres, no a los abuelos y demás ascendientes, puesto que aquellos son los únicos que pueden ostentar la patria potestad sobre sus hijos.

También se requiere, al tener como presupuesto la pérdida de la patria potestad, la existencia de sentencia firme al respecto

En relación a este punto, hay que señalar que, de acuerdo con nuestro Código Civil, la pérdida de la patria potestad se produce por el incumplimiento de los deberes paternofiliales recogidos en el art. 154, y que son los siguientes:

— Velar por los hijos. Velar, de acuerdo con la RAE (18), significa cuidar solícitamente. Y no se vela por los hijos en situaciones de maltrato, o abuso, o abandono.

— Tener a los hijos en su compañía. Este deber entraña una comunicación afectiva, una relación de afecto. Y se incumple en los supuestos de ausencia de relación personal del progenitor con el hijo por un periodo prolongado de tiempo.

(18) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española [en línea] http://dle.rae.es/?id=bTFZNAf|bTJiBaz|bTJnxpM [Consulta: 13 nov 2016].

— Alimentar a los hijos. Este deber alimenticio de los progenitores para con sus hijos se traduce, como señala Romero Coloma (19), en el deber de asistencia de todo orden recogido en el art. 39.3 de la Constitución.

— Procurar a los hijos una formación integral. Es el deber de educación y formación. Y se incumple cuando existen insultos y maltrato de un cónyuge a otro, ya que es una conducta que ni beneficia a los hijos, ni se considera ejemplar.

"2.ª *Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo*".

Esta causa es la misma que la del art. 853.1.ª CC, requiriéndose por tanto para que la negativa de alimentos opere como causa de desheredación: la existencia de una situación de necesidad de alimentos por parte del causante, la petición de dichos alimentos formulada de forma judicial o extrajudicial, y la negativa sin motivo legítimo de la persona a la que se reclaman alimentos de suministrar los mismos. Asimismo, no es necesario que hayan sido reclamados judicialmente.

"3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación."

El requisito por tanto para que opere como causa de desheredación, es subjetivo por un lado: la conducta reprobable tiene que darse entre los padres, en grado de atentado; y objetivo por otro: tiene que ser atentado contra la vida, pero no precisa de condena penal.

Conforme dispone el precepto, se entiende que la reconciliación entre cónyuges excluye dicha causa de desheredación, entendiéndose la reanudación de vida bajo un mismo techo como reconciliación. Con la reforma del art. 835 CC por la Ley 15/2005 (20), ya no se admite la reconciliación tácita, debiendo ser expresa. Y exige bilateralidad, no sólo perdón del agraviado. En este sentido, la **STS**

(19) Cfr. Romero Coloma, A. M., "La desheredación del cónyuge por incumplimiento de los deberes paternofiliales", en *Diario La Ley, núm. 8079, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2013, Editorial LA LEY.*

(20) LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005, núm 163, p. 24458).

de 24 de octubre de 1972 (21) diferencia ambos conceptos entendiendo que "*…hubo un abrazo, que dejó restablecidas las buenas relaciones entre ambos, lo cual ya implica la acción de reconciliarse, que, conforme al Diccionario de la Lengua Española, equivale a «volver a las amistades, o traer y acordar los ánimos desunidos», mientras que el perdón es sólo la «remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendiente»*".

2.4.3. Causas justas de desheredación del cónyuge

"1.ª *Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales".*

Estos deberes conyugales vienen recogidos en los arts. 67 y 68 CC: "*respetarse y ayudarse mutuamente*" y "*guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*".

No es incumplimiento grave del deber conyugal la mala relación matrimonial, y así lo considera **la STS de 25 de septiembre de 2003** (22) al considerar que no es relevante a efectos de concurrir incumplimiento grave de los deberes conyugales la acreditación de que las relaciones del matrimonio no eran buenas.

Pero sí es incumplimiento grave del deber conyugal el abandono familiar, como así lo estima dicha STS, pues habiendo quedado acreditado que la demandante dejó abandonado a su esposo, que estaba enfermo de cáncer y terminó falleciendo en casa de sus hijos sin que, en ningún momento, aquélla hubiera acudido a atenderlo, se justifica la desheredación, por incumplimiento grave y reiterado de sus deberes conyugales.

No es incumplimiento del deber conyugal la infidelidad, ya que no es una conducta sancionable en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido la **STS de 30 de julio de 1999** (23), determina que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal.

(21) STS de 24 de octubre de 1972 (Roj: STS 265/1972).
(22) STS de 25 de septiembre de 2003 (Roj: STS 5714/2003).
(23) STS de 30 de julio de 1999 (Roj: STS 5489/1999).

"2.ª *Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el art. 170*".

Esta causa es la misma que la del art. 854.1ª CC, si bien en este caso está pensado para el supuesto de que la pérdida de la patria potestad afecte a uno de los cónyuges. También se requiere sentencia firme de privación de la patria potestad.

"3.ª *Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge*".

Nos remitimos a lo ya expuesto respecto a las causas del art. 853.1ª y 854.2ª CC.

"4.ª *Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación*".

Como ya hemos dicho al hablar de la causa del art. 854.3ª, se necesita que se haya atentado contra la vida del cónyuge desheredante, pero no precisa de condena penal.

Y asimismo la reconciliación entre cónyuges excluye dicha causa de desheredación, entendiéndose la reanudación de vida bajo un mismo techo como reconciliación.

En conclusión y como hemos visto, todas estas causas de desheredación, tanto las referentes a la incapacidad de suceder por indignidad del art. 756 CC, y las llamadas causas de desheredación *strictu sensu,* tienen en común que están sancionando conductas graves imputables al legitimario, unas veces tipificadas de manera inequívoca, como anotan Arroyo/Farnós (24), y otras veces mediante cláusulas no tan cerradas, dejando al discernimiento del juez la valoración y existencia de dicha causa. Finalizando con las causas justas de desheredación, diremos que dicha enumeración tiene naturaleza taxativa, no pudiéndose invocar más causas que las estrictamente establecidas por la ley: las causas de desheredación son numerus clausus.

(24) Cfr. Arroyo i Amayuelas, E., Farnós Amorós, E., "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?", en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, núm. 2, 2015, p. 4.

2.5. Problemática actual. Desheredación y libertad de testar

Como ya hemos indicado, nuestro sistema sucesorio se caracteriza por la rigidez de las normas que blindan la legítima, entre ellas la prohibición de desheredar a los herederos forzosos salvo por las causas expresamente tasadas y previstas en la ley. Es un sistema que se conserva casi intacto desde la época de los visigodos hasta nuestros días, recogido en el Código Civil. Y la realidad social y familiar de hoy en día poco tiene que ver con la que existía a finales del siglo XIX, cuando se publicó el Código Civil. El sistema legitimario es a nuestro entender desproporcionado, pues ya no responde a las necesidades de la sociedad actual.

Ahondaremos en esta cuestión cuando incidamos en las nuevas causas de desheredación, baste decir ahora que se han ido abriendo vías de libertad en orden a reducir el ámbito de la legítima, por el impedimento que supone para la equilibrada distribución del patrimonio.

Estas vías son en unos casos de origen legal.

Así, la reforma CC de 1981 (25) introdujo el pago de la legítima en metálico extrahereditario.

Y la reforma del art. 1.056 CC por Ley 7/2003 (26) trajo consigo una flexibilización al sistema en beneficio de la conservación de la empresa.

Asimismo, la Ley 41/2003 (27) modificó determinados artículos del Código Civil, introduciendo normas que implican libertad de decisión en perjuicio de la legítima, con el fin de proteger a los discapacitados (arts. 808.3.º y 822). Asimismo, añadió un apartado 7º al art. 756 CC, y con ello, una nueva causa de indignidad para suceder

(25) *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio* (BOE de 19 de mayo de 1981, núm. 119, p. 10725).

(26) *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (BOE de 2 de abril de 2003, núm. 79, p. 12679).

(27) *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad* (BOE de 19 de noviembre de 2003, núm. 277, p. 40852).

den atención al sujeto protegido por ella que es el discapacitado, en la que incidiremos más adelante.

Otras veces, estas vías son de origen jurisprudencial. En este sentido, la ya histórica STS de 3 de junio de 2014 que estudiaremos en profundidad, supera la hasta ahora interpretación restrictiva del maltrato de obra como causa de desheredación, suponiendo un paso adelante en el proceso de libertad de disposición de bienes por el testador para después de la muerte.

En conclusión, se están iniciando movimientos favorables a reducir el ámbito de la legítima, y por tanto a favor de una extensión de la libertad de testar.

3. LA DESHEREDACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

Como apunta Magariños (28), debido a la confluencia del Derecho sucesorio recogido en el Código Civil con el de las diversas Comunidades Autónomas, nuestro sistema legitimario es de los más variados, con soluciones que van desde la más rígida de nuestro Derecho común, hasta la más libre de la legislación navarra.

Y constataremos, después del análisis de la desheredación en los distintos derechos forales, la existencia de una mayor libertad de testar en dichos sistemas, sin que ello cause ningún perjuicio para la familia.

3.1. Aragón

El CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011 (29), regula en su Libro Tercero la sucesión por causa de muerte.

Las principales diferencias con nuestro Derecho común radican, por un lado, en la figura de legítima colectiva, y como indica el

(28) Cfr. Magariños, V., "La Libertad de testar. Una reforma necesaria", en Prats Albentosa, L. (Coord.), *op. cit.* p. 644.

(29) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA 29 de marzo 2011, núm. 67, p. 6490-6616).

Preámbulo de dicha Ley en su Apartado 36, "*puesto que en el Derecho aragonés se ha podido, desde hace siglos, excluir de la herencia a alguno o algunos de los hijos sin más que dejarles, acaso, la manda simbólica de los famosos cinco sueldos o fórmulas similares, ya se comprende el muy distinto y limitado juego que la desheredación propiamente dicha ha tenido en nuestra vida jurídica*".

Por otro lado, hay que puntualizar que en el Derecho Aragonés los únicos legitimarios son los descendientes, y así viene recogido en el art. 486 Del Decreto 1/2011; por tanto, sólo ellos pueden ser desheredados.

En conclusión, en Aragón la legítima colectiva resta interés a la figura de la desheredación, pues el causante puede dejar los bienes a un solo descendiente (incluso nieto), o distribuirlos de manera igualitaria.

3.2. Galicia

LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA (30) regula la desheredación en sus arts. 262 a 266. Y en esta materia, como apunta Rivas Martínez (31), esta ley continúa la filosofía de las demás legislaciones españolas sobre la materia.

Pero sin embargo, se aprecia con esta ley una flexibilización en relación con la libertad de testar, al reducir la cuantía de la legítima, del 66% del derecho común al 25 % (art. 243). En este mismo sentido, La Voz de Galicia destaca la mayor importancia que el derecho gallego da a la voluntad y la autonomía del testador, al recoger las palabras que el notario Francisco Ordóñez pronunció al ingresar en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación: "*el derecho sucesivo gallego se aleja del derecho común, asentándolo definitivamente en la autonomía privada*". (32)

Otra diferencia con nuestro Derecho común en orden a la desheredación radica en que los únicos legitimarios son, como establece

(30) *Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia* (BOE 11 de agosto de 2006, núm. 191, p. 30073.

(31) Cfr. Rivas Martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 1944.

(32) "El notario Francisco Ordóñez ingresa en la Academia de Jurisprudencia", La Voz de Galicia. <http://www.lavozdegalicia.es/coruna/2010/06/19/0003_8560122.htm> [Consulta: 6 de noviembre de 2016].

como establece el art. 238 de la Ley, los hijos y descendientes y el cónyuge viudo no separado, excluyendo por tanto a los ascendientes (y por tanto, tampoco podrán ser desheredados pues no son legitimarios). Es por ello que la enumeración de las justas causas de desheredación es más reducida que en el Código Civil.

3.3. Baleares

La originaria Compilación de Baleares RD Legislativo de 19 de abril de 1991 no contemplaba la desheredación, por lo que hasta la promulgación de la Ley de Reforma de 28 de junio de 1990 y Texto Refundido de la Compilación aprobado por el Decreto Legislativo de 6 de septiembre 1990 (33), era de aplicación supletoria el Código Civil.

Con la entrada en vigor de la COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE LAS ISLAS BALEARES, se regulan normas especiales en materia de desheredación para Mallorca y Menorca, por lo que en Ibiza y Formentera sigue siendo aplicable de forma supletoria el derecho común.

La diferencia más importante con nuestro Código Civil en orden a desheredación viene dada por la cuantía de la legítima de los hijos, que varía según el número: la tercera parte si fueran de uno a cuatro hijos, y la mitad si fueran de cinco en adelante. Y Respecto a los padres, en Mallorca y Menorca será la cuarta parte del haber hereditario, no así en Ibiza y Formentera que rige el Código Civil.

3.4. País Vasco

La Ley 3/1992 de 1 de julio, en vigor hasta el 3 de octubre de 2015 (34), regulaba 3 sistemas diferentes, según fuera la vecindad local de los vecinos del valle de Ayala, los vizcaínos o los guipuzcoanos, distinguiendo entre Territorios sujetos al Fuero Civil de Bizkaia,

(33) *Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares* (BOIB 2 de octubre de 1990, núm. 120, p. 6097-6103).

(34) *Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco* (BOE 15 de febrero 2012, núm. 39, p. 13496-13530).

municipios en los que regía el Fuero de Ayala, y la Ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano.

Pero en la actualidad la LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO DE DERECHO CIVIL VASCO (35) es la norma que regula el sistema legitimario vasco. Ya en su preámbulo, establece que *"pretende tener vigencia en toda la Comunidad Autónoma Vasca. Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral"*. Y en consonancia, se establece una redacción única, acompañada de las normas especiales para Bizkaia y Ayala, ampliándose de esta forma la libertad del testador.

La novedades de dicha ley, en línea con las reformas normativas de otros derechos civiles forales y europeos, tienden a eliminar las trabas existentes a la libertad de testar: se amplía dicha libertad de testar al establecer una legítima única de un tercio (1/3) del patrimonio.

Respecto a los legitimarios, los únicos legitimarios son, tal y como establece el art. 47 de la citada Ley, los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos. Con ello se elimina la legítima a favor de los ascendientes.

Respecto a las causas de desheredación, nada dice al respecto, rigiendo por tanto las normas del Código Civil como derecho supletorio.

Pero hay que tener en cuenta que, por un lado se mantiene la total libertad de testar del Fuero de Ayala, dado el arraigo que esta libertad tiene en esa zona. Así lo reconoce en el atículo 89: **"***Libertad de testar en el valle de Ayala. 1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho*".

(35) *Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco* (BOE 24 de julio de 2015, núm. 176, p. 62312).

Y por otro lado la principal novedad, común a todo el territorio vasco, viene establecida en el art. 48.2: "*el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita*". Esto quiere decir que la cuota legitimaria a favor de sus legitimarios (hijos y descendientes) es colectiva. El testador puede decidir libremente a quién de entre sus legitimarios (y, en caso de ser varios, en qué proporción) deja el tercio de cuota forzosa, pudiendo apartar al resto.

Y continúa dicho precepto, en su punto 4: "*la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento*". Mediante esta figura del apartamiento, que hasta la entrada en vigor de dicha ley era potestad exclusiva del fuero vizcaíno, se puede privar de la legítima a cualquier legitimario, sin necesidad de alegar ninguna causa para ello, a diferencia de la desheredación, que sólo es posible cuando concurren determinados hechos legalmente establecidos.

Este artículo hay que ponerlo en relación con el art. 46, que señala que la voluntad del testador es el criterio de interpretación del testamento; estableciendo que la voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de estas normas.

Todavía es pronto para empezar a ver los efectos de la nueva ley 5/2015 respecto a la desheredación de descendientes. La **SAP de Vizcaya de 26 de febrero de 2016** (36) puntualiza que con esta nueva ley, que prima de forma manifiesta la libertad de testar y la voluntad del testador, *"...no es necesaria mayor acreditación de manifestación o voluntad expresa del testador sobre el apartamiento de cualquiera de los herederos forzosos*".

En conclusión, con la nueva ley, apenas un tercio de la herencia queda cautivo y su reparto puede ser totalmente desigual entre los herederos y sin necesidad de incluir a los padres. Y los efectos de dicha ley ya se están empezando a notar. Apenas un año después de su entrada en vigor, se han duplicado las consultas en las notarías del País Vasco sobre la posibilidad de no dejar herencia alguna a un hijo sólo con no nombrarlo en el testamento (37).

(36) SAP de Vizcaya de 26 de febrero de 2016 (ROJ: 240/2016).

(37) http://www.diariovasco.com/sociedad/201610/31/permite-desheredar-hijos-duplica-20161031004541-v.html. *El Diario Vasco* [Consulta:

3.5. Navarra

La COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA (38), en el título X del Libro Primero, consagra el principio de la máxima libertad de testar, salvo la legítima navarra, conocida como "legítima foral simbólica", que consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible y su significado es dejar clara la voluntad del testador de no atribuir la cualidad de herederos a los hijos que pudiere tener. Resulta por ello intrascendente hablar de desheredación justa o injusta, dada la libérrima disponibilidad de la parte libre de la herencia.

3.6. Cataluña. Especial referencia a la falta de relacion familiar

El Código Civil de Cataluña en su libro IV, aprobado por la Ley 10/2008(39), y concretamente su art. 451-17 regula las causas de desheredación. En el Preámbulo de dicha Ley 10/2008, ya se mantiene que "*el libro cuarto mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia secular a debilitarla y a restringir su reclamación*".

Y más adelante establece: "*con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último*". El legislador justifica dicho precepto, aún reconociendo que puede ser fuente de litigios por su dificultad probatoria, por el valor que tiene dicha norma como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia subyacente. En este sentido, la **SAP**

---

6 de noviembre de 2016]: en este reportaje se recogen las manifestaciones de varios notarios reconociendo la duplicación de consultas sobre la posibilidad de desheredar a los hijos con la nueva ley.

(38) *Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (BOE 7 de marzo de 1973, num, 57, p. 4537-4547.

(39) *Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones* (BOE 7 agosto 2008, núm. 190, p. 33735-33788).

Barcelona de 19 mayo 2016 (40) apunta que el fundamento de esta causa obedece a una realidad social en la que confluye por un lado, una falta de relación de muchos hijos con sus padres durante mucho tiempo y por otro, la correlativa voluntad de los padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares.

Profundizaremos a continuación en dicho precepto. Previamente, conviene resaltar, respecto al maltrato como causa de desheredación, que la reforma operada por la Ley 10/2008 introduce otra novedad respecto a nuestro Código Civil, al establecer como en su art. 451-17-2.c) como causa de desheredación "*el maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador*". Tras la lectura del precepto, se pueden apreciar ya diferencias con el Código Civil. El Código Civil de Cataluña al fijar las causas de desheredación, no distingue entre legitimarios, y en concreto respecto a esta causa de maltrato, se aplica tanto a ascendientes como descendientes. Y por otro lado, no se especifica que el maltrato tenga que ser necesariamente de obra, sólo exige que sea grave, y ahí entrará la apreciación del Juez, en valorar la existencia o no de maltrato grave. En este sentido, la **SAP de Barcelona 14 de enero de 2016** (41), relativa a impugnación por el desheredado de un testamento en el que se le deshereda, privándole de su derecho a la legítima, por haber incurrido en la causa de desheredación prevista en el art. 451-17 2.c del vigente Código Civil de Catalunya, entra en la valoración de la prueba, reconociendo que: "…*en definitiva, la prueba practicada en las actuaciones ha revelado que don Arturo protagonizó una serie de episodios de maltrato hacia su madre que, aunque no hayan tenido reflejo en una sentencia penal condenatoria, podemos considerarlos graves".*

Pero, como ya establece el preámbulo de la ley, la introducción por el art. 451-17-2, letra e) de una nueva causa de desheredación: la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último, supone la gran novedad de la ley, ya que produce una flexibilización de la legítima.

(40) SAP Barcelona de 19 mayo 2016 (Roj: SAP B 7748/2016).
(41) SAP de Barcelona de 14 de enero de 2016 (Roj: SAP B 488/2016).

Un primer aspecto a destacar es que, en orden a valorar esta ausencia de relación familiar como causa de desheredación, se prescinde de la gravedad de la conducta.

Otro aspecto a tener en cuenta, es qué se entiende por ausencia de relación familiar. El Código Civil de Cataluña habla de falta de trato familiar (42) y aunque no dice nada sobre en qué consiste, la doctrina jurisprudencial lo relaciona con la falta de afecto. Englobaría, a nuestro entender, determinados conflictos familiares, que, aún no llegando constituir episodios de violencia o maltrato, físico o de palabra, sí que desembocan en una ruptura familiar.

Obviamente, no es asimilable a la falta de convivencia (lo normal es no convivir con los padres a determinada edad), ni a la ruptura de la misma: pensemos en el elevado número de rupturas matrimoniales que se producen en la actualidad, de las cuales según datos del INE, un 52'5 % tienen hijos menores de edad (43), y que en caso de que se establezca guardia y custodia exclusiva, de un día para otro pasan a convivir con uno solo de los progenitores, lo que conllevará un distanciamiento entre el menor y el progenitor no conviviente.

En este sentido se pronuncia **la STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015** (44) al señalar que: "…*tiene razón, en términos generales, el actor cuando afirma que no tener relación no equivale a tener mala relación"* para continuar exponiendo que, tras la entrada en vigor del Libro 4.º del Código Civil de Cataluña, dicha falta de relación solo podrá ser considerada causa de desheredación si es manifiesta y continuada y si es por causa exclusivamente imputable a legitimario.

Hay que tener en cuenta que se requiere la prueba de un hecho: la ausencia de relación familiar "manifiesta y continuada". Esto nos lleva a su vez a otro problema: el problema del tiempo: ¿qué tiempo se estima necesario, para considerar ausente una relación familiar? Arroyo/Farnos (45) apunta la dificultad en la determinación de cuán-

(42) El art. 443-5 CCCat supedita la existencia de derechos sucesorios a la existencia de trato familiar.

(43) Instituto Nacional de Estadística. Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2015 [en línea] http://www.ine.es/prensa/np990.pdf [Consulta: 8 noviembre 2016).

(44) STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015 (ROJ: STSJ CAT 5193/2015).

(45) Cfr. Arroyo i Amayuelas, E., Farnós Amorós, E., *op.cit.*, p. 17.

tos años son necesarios para entender que la ausencia de relación ha sido "manifiesta y continuada", y estima que habría sido un acierto del legislador precisar un número de años, a partir de los cuales se entiende que las ausencia de relación familiar ha sido manifiesta y continuada.

Al respecto, la **SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014** (46), en su Fundamento Jurídico Segundo, considera injusta la desheredación de quien no había atendido al causante en su última enfermedad, al amparo del art. 451-17-2, e), precisamente porque sólo habían transcurrido algunos meses desde el abandono.

Por otro lado, se requiere la prueba de imputabilidad de dicha ausencia al legitimario, es decir, hay que demostrar que dicha ausencia ha sido exclusivamente por culpa de dicho legitimario. En otras palabras, como sigue indicando la citada SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014, hay que demostrar que el causante no haya sido la causa de este alejamiento. Para el Tribunal, no es difícil de probar la inexistencia de relación familiar, lo que es más difícil de probar es que esta falta de relación sea sólo imputable al legitimario. Y hace una recomendación al fedatario público, a la hora de redactar testamento, en el sentido de que, cuando el testador quiera desheredar a un legitimario por esta causa, no se limiten solo a la cita de literal de dicha causa de desheredación en el testamento, sino que soliciten mayor explicación para evitar situaciones injustas en el futuro. Sobre este punto volveremos más adelante al plantear la problemática de la prueba del maltrato psicológico como causa de desheredación en nuestro Código Civil.

Citaremos, por último, a modo de recapitulación sobre esta causa de desheredación del Código Civil Cataluña, la **SAP Barcelona de 19 mayo 2016** (47), que, reiterando los requisitos para que sea posible desheredar por esta causa de falta de relación familiar, hace un resumen de los criterios intepretativos en los que se ha de basar el juzgador para constatar la existencia de dicha causa:

(46) SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014 (Roj: SAP B 1280/2014).
(47) SAP Barcelona de 19 mayo 2016 (Roj: SAP B 7748/2016).

1.º Respecto a la ausencia de relación, es necesario la falta de contacto familiar, el no haberse visto; pero puede haber habido otro tipo de contacto mercantil o profesional, con lo que habrá que valorar las costumbre y las circunstancias concretas: "*puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación. A tal efecto habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar".*

2.º Dicha ausencia debe ser continuada –no bastando un mera interrupción temporal por razones profesionales o análogas– y manifiesta –es decir, evidente y conocida por terceros próximos al ambiente familiar.

3.º Y por último debe ser imputable exclusivamente al legitimario, sea por el motivo que sea, lo que significa que no pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de esta prueba, sino que hay que analizar cada caso concreto.

Como hemos indicado, y a modo de conclusión, esta nueva causa de desheredación por excelencia del Código Civil de Cataluña, introducida por la Ley 10/2008, supone dar cobertura a la desheredación por una determinada causa que no tenía cabida en el maltrato de obra, como es una situación de ruptura familiar, cuya prueba no es problemática. La dificultad estribará en probar su imputación por causa exclusivamente al legitimario desheredado debido al ámbito íntimo y familiar en el que se produce.

3.7. Conclusiones sobre el Derecho Foral

Esta coexistencia de regímenes jurídicos sucesorios tan diferentes, en el seno de una cultura tan similar como es la española en su conjunto, genera un clima de desconcierto, cuando no incomprensión.

En efecto, produce perplejidad que en comunidades autonómas con una tradicion cultural y hábitos de vida similares, y con un concepto de la familia abolutamente análogo, el sistema de legítimas en una u otra sea radicalmente opuesto y permita al testador adoptar decisiones extremas entre sí, según ostente una vecindad civil u otra distinta, y todo ello dentro de la más absoluta legalidad.

4. NUEVAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

4.1. Introducción

La importancia de las causas que facultan al testador para desheredar testamentariamente a uno o a varios de sus herederos forzosos es especialmente relevante en el ámbito de nuestro Código Civil por el amplio contenido jurídico y económico que se atribuye a los derechos legitimarios de los herederos forzosos, especialmente de los hijos y nietos del testador.

Como ya hemos indicado con anterioridad, nuestro ordenamiento jurídico es taxativo al respecto: la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señale la ley. Y estas causas son las recogidas en los arts. 853, 854 y 855 CC, que distingue las causas según el heredero forzoso sea hijo o descendiente, padre o ascendiente, o cónyuge.

En todo caso, y en defensa de la sucesión legitimaria, las causas de desheredación han sido hasta ahora, objeto de interpretación "absolutamente" restrictiva [como dice el Tribunal Supremo (48)] por su naturaleza sancionadora, no admitiéndose la analogía, ni la interpretación extensiva, ni la argumentación de *minoris ad maiorem.* Asimismo, se entiende que la enumeración de causas previstas por el legislador tiene naturaleza taxativa, no pudiéndose invocar más causas que las estrictamente establecidas por la ley: las causas de desheredación son *numerus clausus.*

Esta interpretación restrictiva tenía su razón de ser cuando se promulgó el Código Civil en 1889. A finales del siglo XIX, la familia era un núcleo de convivencia y protección recíproca, por lo que tenía sentido el sistema legitimario español de limitación de la libertad de disposición de los bienes mediante la legítima. Pero en pleno siglo XXI, la función asistencial y de previsión que cumplía la herencia, es ahora realizada de manera general por las instituciones del Estado del bienestar. La herencia no constituye hoy en día soporte económico principal para la vida de los individuos. Los medios de vida y el status de una persona se adquieren cada vez más, no ya en base al capital material, sino sobre la base del capital cultural: como bien

(48) STS de 14 de marzo 1994 (Roj: STS 15067/1994).

apunta Delgado Echevarría (49), la educación, la sanidad y las pensiones cumplen hoy en día las principales funciones que antaño tenía la herencia, que era una especie de función asistencial y de previsión.

La función de sustento del Derecho sucesorio ha ido perdiendo peso en una sociedad como la actual, alzándose algunas voces sobre la conveniencia o necesidad de liberalizar las causas de desheredación o privación de la legítima. Y como suele ocurrir, los tribunales van por delante de la ley. Como indican Arroyo/ Farnós (50), el testador sólo puede negar el derecho a la legítima cuando el comportamiento del legitimario se adecúe a una de las causas tipificadas legalmente, equiparando ambos términos –causas de desheredación y causas de privación de la legítima–, para concluir que hay una tendencia a ampliar las causas de privación de la legítima en España.

A todo ello, hay que añadir que, debido a los grandes avances tecnológicos y sanitarios, como resalta Algaba Ros (51), tenemos más tiempo de vida, vivimos más años, se ha producido un envejecimiento de la población debido a los grandes avances médicos, mejora de condiciones sanitarias, avances tecnológicos, con lo que las expectativas de vida son cada vez más amplias. Ello va acompañado de un deterioro de la persona que exige especial cuidado. Y frente a esta realidad, nuestro ordenamiento jurídico es insuficiente, ya que si bien el Código civil contiene normas conducentes a regular y garantizar la necesidad de alimentos (art. 142 CC), nada dice cuando las necesidades desatendidas son las emocionales, por ejemplo, el abandono de las personas mayores, ya sea en sus propios domicilios en radical soledad, o en centros mejor o peor dotados. La ya tantas veces citada STS de 3 de junio 2014 ha flexibilizado la interpretación del art. 853.2, al permitir incluir en su seno conductas relacionadas con el abandono emocional.

La vida cambia y evoluciona en el tiempo, y la ley y su interpretación debe ajustarse a dichos cambios. Como quiera que la mejora

(49) Cfr. Delgado Echevarría, J., "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en Prats Albentosa, L. (Coord.), *op. cit.,* p. 543.

(50) Cfr. Arroyo i Amayuelas, E., Farnós Amorós, E., *op. cit.*, p. 4.

(51) Cfr. Algaba Ros, S., "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698 739X, núm. 2, 2015, Barcelona, abril 2015, p.4

del nivel de vida de los españoles y la esperanza de vida ha aumentado, es evidente que se ha ampliado también el tiempo que transcurre desde la jubilación hasta el fallecimiento, quizás en 20 ó 25 hasta que se produce la muerte, ese aumento hace que puedan surgir muchos más conflictos familiares que antes cuando una persona apenas disfrutaba 10 años de su "edad dorada" (52). Ahí está la clave para poder entender por qué algunos padres intentan "castigar" a sus hijos sin el derecho a la herencia.

Como se indica en la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015** (53) "*.... En el ámbito del derecho sucesorio, hasta que el legislador aborde su adecuación a los cambios sociales operados en más de un siglo, se impone una revisión de los criterios que hasta ahora han regido la interpretación de las normas que regulan ese ámbito del derecho civil, tan vinculado a la concepción tradicional de la institución familiar.*"

4.2. Nuevas causas

Hasta finales del siglo XX, se venía produciendo una interpretación restrictiva de todas las causas de desheredación.

Así, la doctrina seguida por el Tribunal Supremo hasta finales del siglo XX, establece que la causa de desheredación ha de ser una de las específicamente determinadas por la ley, cuya enumeración ha de entenderse exhaustiva, sin posibilidad de analogía ni de interpretación extensiva, sin comprender en ella otras distintas, porque de otra forma se daría al traste con todo el sistema legitimario español.

En este sentido, la **STS de 8 de noviembre de 1967** (54) establece que no se puede dejar al arbitrio del testador la posibilidad de consignar como causa de la desheredación, hechos que no correspondieran a la realidad y que no pudieran ser contradichos, pues ello vendría a socavar todo el sistema de legítimas.

---

(52) TENT, J., *La desheredación. Nuevas causas* [en línea]. http://basilea2013.wix.com/abogadosuiza/apps/blog/la-desheredacion-nuevas-causas [Consulta: 1 de octubre de 2016].

(53) SAP Tenerife núm 66/2015, de 10 de marzo (Roj: SAP TF 255/2015).

(54) STS de 8 de noviembre de 1967 (Roj: STS 3787/1967).

La **STS de 9 de julio de 1974** (55) es clara al respecto. Así, al enumerar los requisitos para que se pueda desheredar a un hijo y consiguientemente se le prive de sus derechos hereditarios, señala que se ha de indicar con claridad la causa legal en que se funde la decisión del testador, aun cuando no sea imprescindible su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla; y expresamente resalta la necesidad de que "...*dicha causa sea una de las específicamente determinadas por la Ley cuya enunciación ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque, de otra forma, se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos por los artículos 806, 807, número 1, y 808".*

Pero la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de interpretar las causas de desheredación, aunque sean de manera taxativa, pero conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento, en consonancia con las reglas de aplicación de las normas jurídicas contenidas en el art. 3.1 de nuestro Código Civil.

Asimismo, como indicamos con anterioridad, se han ido abriendo también otras vías por el legislador en orden a reducir el ámbito de la legítima. En este sentido, destacaremos la nueva causa de indignidad para suceder tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad del art. 756.7.º CC, introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre. La finalidad del precepto, explicitada en la Exposición de Motivos de dicha Ley, es evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo. Sin embargo, y a pesar de incorporarse esta nueva causa de indignidad a nuestro Código Civil, no se ha producido una modificación del art. 852 CC para incorporar esta nueva causa como causa de desheredación. Un sector de la doctrina se muestra partidario de la innecesariedad de la remisión al recoger ya como causa de desheredación el negar alimentos (56).

(55) STS de 9 de julio de 1974 (Roj: STS 186/1974).

(56) Cfr. Bermejo Pumar, M. M., "La legítima (función y estructura)", en Delgado de Miguel, J. F. (Coord.), "Instituciones de Derecho Privado), tomo V, Sucesiones, volumen 3.º *Las atribuciones legales,* ed. Thomson Civitas, 2005.

Con la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (57), se reforma el art. 756.1.º CC, dando un paso más: se introduce la violencia psíquica como causa de indignidad sucesoria, pero siempre que se haya ejercido con habitualidad y haya dado lugar a sentencia penal condenatoria. La reforma afecta a los tres primeros apartados del art. 756, que varían en su contenido y se reordenan en su numeración. Parece que la intención del legislador ha sido adecuarse a la realidad social, y especialmente a la actual ordenación penal, en cuanto se contemplan, en buena medida, como causas de indignidad sucesoria, conductas tipificadas penalmente. Con su nueva redacción, el Código se aproxima además a legislaciones más modernas, como algunas de las forales.

Vamos a centrarnos ahora en la evolución jurisprudencial respecto a la interpretación de las causas de desheredación de hijos y otros descendientes establecida en el apartado 2.º del art. 853 CC, la injuria grave y el maltrato de obra, ya que, como afirma Romero Coloma (58) , esta causa es "*uno de los motivos que ha suscitado siempre mayor polémica doctrinal, al tratarse de un tema en el que se implican las relaciones familiares frente a la libertad de testar*".

4.2.1. Injuria grave de palabra

Así respecto a la "injuria grave de palabra", aunque alguna sentencia ha hecho una interpretación excesivamente restrictiva, excluyendo las hechas por escrito, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de entender que también hay injurias graves cuando se hacen por escrito (que suelen ser más graves), o a través de una conversación telefónica, o un mensaje SMS (o a través de whatsapp), o un correo electrónico, o a través de un blog o de una red social, incluso medios que hoy todavía no conozcamos y que el progreso futuro nos vaya poniendo a disposición.

(57) *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (BOE 3 de julio de 2015, núm. 158, p. 54068.

(58) Romero Coloma, A. M., "El Maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación", en Diario La Ley, núm. 8038, Sección Doctrina, 7 de marzo de 2013, Ref D-93, Editorial LA LEY.

Nuestro Código Penal (59) tipifica la injuria grave como delito, recogiendo en su art. 208 que "*es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*", e indicando que "*solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*". Por ello, entiende la jurisprudencia que las injurias que tengan lugar por escrito también están incluidas implícitamente dentro del precepto del Código Civil, entre otras cosas, porque son de más fácil probanza

Las injurias graves –además– no necesitan ser repetidas. Basta con que se hayan producido en una ocasión. En este sentido, la **STS de 16 de julio de 1990** (60), que estima que sí es causa para desheredar llamar al padre-testador "hijo de perra cabrón", "cabrón, hijo de..." e "hijo de perra", estableciendo al efecto que "*si todas estas expresiones se dan como probadas resulta evidente que todas y cada una de ellas son constitutivas de injurias graves previstas en el núm. 2 del art. 853 CC*".

La injuria grave abarca, aunque lo omita el legislador, la calumnia. Y ello porque son figuras cercanas, tanto que los dos tipos están regulados en nuestro Código penal en un mismo Título (el XI) y los dos tienen un mismo bien jurídico a proteger, pues ambos son "*delitos contra el honor*". Nuestro Código Penal establece en su art. 205 que "*es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*". Y además, porque bastaría con tomar la palabra injuria en un sentido amplio y vulgar, para considerar la calumnia causa de desheredación. Como indica Romero Coloma (61), la calumnia ha sido considerada tradicionalmente, un supuesto agravado de injuria.

Para ser considerada injuria grave, y por tanto, causa de desheredación, la acción o expresión ha de ser ofensiva y ha de existir intención de injuriar: de menospreciar, deshonrar, desacreditar.

(59) *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Pena*l (BOE de 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987).

(60) STS de 16 de julio de 1990 (Roj: STS 11143/1990).

(61) Cfr. Romero Coloma, A. M., "El Maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación", en Diario La Ley, *op. cit.*

4.2.2. Maltrato de obra

En cuanto a la postura jurisprudencial relativa al maltrato de obra, la jurisprudencia venía entendiendo que se precisaba de sentencia firme que legitimara a los padres a otorgar disposición testamentaria de desheredación, ya que por el hecho en sí (maltrato de obra), no era causa suficiente, y se debía exigir un pronunciamiento previo judicial: sólo las condenas dictadas por órgano jurisdiccional hacían prueba de la causa de desheredación. Así, la SAP Asturias de 29 de noviembre de 2007 (62), y en ese mismo sentido, la **SAP Palencia de 28 de abril de 2005** (63) entiende que sólo hacen prueba de maltrato de obra como causa de desheredación, las condenas dictadas por órgano Jurisdiccional penal debiendo constar la misma en forma concreta y específica, no admitiéndose la simple referencia genérica al maltrato de obra. Posteriormente, se exige que el maltrato de obra como causa de desheredación conste en forma fehaciente, y tenga la entidad suficiente (como grave).

Y además, el concepto de maltrato, desde el punto de vista histórico se circunscribía a una agresión o violencia física, sin hacerlo extensivo al maltrato verbal ni psicológico. Pero poco a poco la jurisprudencia fue superando esta postura. Así, la **STS de 26 de junio de 1995** (64) establece que "*no es necesario que la expulsión del domicilio... sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de este deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853-2 del Código recoge como causa de desheredació*n". Como indica Romero Coloma (65), ya no es un requisito *sine qua non* el empleo de violencia física o directa para configurar el resultado de maltrato de obra.

(62) SAP Asturias de 29 de noviembre de 2007 (Roj: SAP O 3250/2007).
(63) SAP Palencia de 28 de abril de 2005 (Roj: SAP P 121/2005).
(64) STS de 26 de junio de 1995 (Roj: STS 3736/1995).
(65) Cfr. Romero Coloma, A. M., "El Maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación", en Diario *La Ley, op. cit.*

4.3. Maltrato psicológico como causa de desheredación

El maltrato psicológico está hoy en día plenamente admitido como causa de desheredación, desde la STS de 3 de junio de 2014 (66), que dice literalmente: "*en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, **el maltrato psicológico**, como **acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima**, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra*".

Vamos a estudiar la evolución de la jurisprudencia con anterioridad a dicha sentencia, y así podremos ver cómo se van introduciendo, no nuevas causas de desheredación, ya que las causas son taxativas y es una lista cerrada, sino la flexibilización en la interpretación de los conceptos incluidos en las causas cerradas de desheredación del Código Civil.

4.3.1. Doctrina jurisprudencial anterior a la STS de 3 de junio de 2014

Con anterioridad a dicha sentencia, se venía produciendo una interpretación restrictiva de todas las causas de desheredación, no sólo del maltrato de obra.

La **STS de 30 de septiembre de 1975** (67) indica que las causas enumeradas en el Código Civil como de justa causa de desheredación son de interpretación estricta. Esta sentencia afronta una relación conflictiva entre padre e hijos, reflejada o materializada en dos juicios de faltas cruzados entre el primero y los segundos (y también inserta en una mala y conflictiva separación entre el padre y la madre). En esa situación, el Tribunal resuelve "*la no existencia de malos tratos de obra e injurias graves*" al ser precisa *"la prueba de tales hechos por quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia, cosa que no se ha realizado en el presente caso"*. Y una vez negada la causa de desheredación por no haber sido probada añade: "...*sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restric-*

(66) STS de 3 de junio de 2014 (Roj: STS 2484/2014).
(67) STS de 30 de septiembre de 1975 (Roj: STS 159/1975).

tivamente por aplicación del Principio General de Derecho odiosa sunt restringenda y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos por los arts. 806, 807 y 808 de la Ley civil sustantiva".

Desde un punto de vista literal, por el contexto y antecedentes históricos, el maltrato de obra equivale a violencia física, dándose la causa de desheredación cuando el hijo pone las manos sobre su ascendiente: es la "injuria de hecho" en contraposición a la "injuria de palabra" también contenida en el art. 853.2 CC.

La **STS de 28 de junio de 1993** (68) en ese sentido, descarta el abandono emocional como maltrato de obra cuando afirma que: "... pues las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante Jurisprudencia orientada en la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose; ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*". Y añade: "…la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc, son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valorización jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia".

Esta sentencia fue objeto de duras críticas, pues realmente limitaba la posibilidad de desheredar a los cauces estrechos de la agresión física y el insulto. Entre otros, Barceló Doménech (69), indicaba que dicho planteamiento es "radicalmente contrario a la esencia del Derecho civil y al espíritu y finalidad (uno de los criterios interpretativos del art. 3.1 CC) de la institución de la desheredación".

(68) STS de 28 de junio de 1993, (Roj: STS 4601/1993).

(69) Barceló Doménech, J., "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 682, marzo-abril 2004, pp. 473 a 519.

La **STS de 14 de marzo 1994** (70) se pronuncia así: "…sólo una interpretación subjetiva y parcial puede permitir entrar a valorar una situación contrariando además el carácter absolutamente restrictivo con que deben aplicarse las causas de desheredación".

En ese mismo sentido y con igual criterio, la **STS de 4 de noviembre de 1997** (71): "*...El motivo cuarto denuncia la infracción del art. 853 CC, causas primera y segunda, porque entiende que en tales causas de desheredación incurrieron los hijos desheredados, pues no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro. El motivo se desestima, porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo, malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley…*".

Esta doctrina ha dado cobertura, hasta la STS de 3 de junio de 2014, a la negativa de Jueces y Tribunales a entrar a valorar las circunstancias que rodean la relación padres e hijos, con la excusa de que pertenecen al campo de la moral, evitando su valoración jurídica, y como indica Barceló Doménech (72), obstaculizando el recurso a la causa de desheredación por malos tratos, descartando en fin, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el ascendiente-causante un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como maltrato psicológico.

Pero poco a poco se ha ido superando esta interpretación literal e histórica, interpretando el art. 853.2 CC conforme a la realidad social que propugna el art. 3 CC, que permite la inclusión de otros comportamientos dentro del maltrato de obra, distintos del mero acto violento, como es la conducta de menosprecio y de abandono familiar. Y ello, porque el Derecho, al fin y al cabo, no es más que

(70) STS de 14 de marzo de 1994, ya citada.

(71) STS de 4 de noviembre de 1997 (Roj: STS 6536/1997).

(72) Cfr. Barceló Domenech, J., "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del tribunal Supremo Español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", en *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 febrero 2016, p. 293.

una manera de resolver conflictos cuando las partes son incapaces de resolverlo por sí mismas, adoptando como regla jurídica aquella que parece más justa al momento concreto.

Y, en la actualidad, con una sociedad que está envejeciendo a pasos agigantados, por la mayor prolongación de vida, la sociedad ha de afrontar que numerosas personas se encuentran en la más absoluta soledad y han de precisar el cuidado de terceras personas en la última fase de su vida. Es por ello que, como apunta Algaba Ros (73): "*La sociedad actual debe dar respuesta a los retos que plantea el envejecimiento de la población, regulando materias, modificando normas, reinterpretando las existentes y fomentando instrumentos que mejoren las condiciones de vida del mayor*". Y entre la reinterpretación de dichas normas se encontraría la posible inclusión del maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación, permitiendo sancionar al testador por este motivo a sus descendientes

Incluir el maltrato psicológico como modalidad del maltrato de obra responde a la realidad social, como conducta socialmente reprobable que reviste caracteres de delito. Se trata de permitir la valoración de las circunstancias del caso concreto, su imputabilidad, de valorar si esas conductas de abandono efectivo, desprecio, hostilidad, burla, ausencia de interés, no asistencia a la última enfermedad, han originado al padre un sufrimiento capaz de constituir un maltrato psicológico.

En este sentido, hay dos sentencias fundamentales: la **STS de 3 de junio de 2014** (74) y la **STS de 30 de enero de 2015** (75). A partir de estas sentencias, la doctrina jurisprudencial incide en que dicho artículo debe ser interpretado de modo flexible, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento. Vamos a examinar en profundidad el contenido de ambas, y también las pondremos en relación con la **STS de 20 de julio de 2015** (76), que, aunque ceñida al ámbito de donaciones, la consideramos sumamente importante por cuanto el fundamento de la desheredación

(73) Algaba Ros, S., "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", en *Revista*, *op. cit.*, p. 2.

(74) STS 258/2014 de 3 de junio (Roj: STS 2484/2014).

(75) STS 59/2015 de 30 de enero (Roj: STS 565/2015).

(76) STS de 20 de julio de 2015 (Roj: STS 4153/2015).

de un hijo es muy similar al de la revocación de donaciones por ingratitud, como indica Romero Coloma (77), en el sentido de que tanto las causas de desheredación como las de ingratitud constituyen una dispensa de la ley al testador y al donante ante la concurrencia de causa grave y legalmente reconocida.

4.3.2. Examen de la STS de 3 de junio de 2014

El magistrado ponente es Francisco Javier Orduña Moreno. El caso plantea la interpretación del art. 853.2.ª CC en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación. Y concluye que concurre el maltrato psicológico cuando se declara probada la conducta de menosprecio y de abandono familiar por parte de los hijos del causante que, enfermo, permaneció los últimos 7 años de su vida al cuidado de su hermana ante la falta de interés y contacto con sus hijos, que sólo mostraron interés una vez fallecido.

Un señor otorga testamento desheredando a dos hijos; la cláusula de desheredación contenida en el testamento establece: "PRIMERA.– Deshereda expresamente a sus hijos antes nombrados por las siguientes causas:

— A su hija S. por la causa 1.ª del art. 853 CC, al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados y además por la causa 2ª del citado artículo al haberle injuriado gravemente de palabra.

— Y a su hijo Roberto por la causa 2.ª del mismo artículo antes citado, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y además maltratado gravemente de obra".

Deja todos sus bienes a su hermana, quien le cuidó, ya enfermo, al final de su vida. Al fallecer el causante, los hijos demandan a su tía, solicitando entre otras cosas, se dicte sentencia por la que: "... · Se declare que mis mandantes han sido desheredados injustamente por el testador… Se declare nula y sin efecto la cláusula testamentaria en virtud de la cual han sido desheredados injustamente mis representados… Se anule la institución de heredero en cuanto perju-

(77) Cfr. Romero Coloma, A. M., "El Maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación", en Diario La Ley, *op.cit.*

dique a mis representados. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se le reconozca su derecho a percibir la legítima con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario…".

Tanto el Juzgado como la Audiencia desestiman la demanda de los hijos, considerando probado que el causante fue objeto de insultos y menosprecios reiterados y, sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar.

El recurrente en casación alega la infracción de los arts. 850, 851 y 853 CC, dado que los hechos imputados no son subsumibles en el art. 853, pues las injurias o insultos, dada la interpretación restrictiva de la institución, no tienen entidad suficiente para provocar la desheredación y, a su vez, la falta de relación afectiva o el abandono sentimental con los padres son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral y no a la apreciación o valoración jurídica, con cita de la STS de 28 de junio de 1993.

El Tribunal Supremo desestima el motivo planteado, en base a los siguientes argumentos:

1.º "*En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen*".

Este argumento hace hincapié en el recurso al art. 3.1 CC, particularmente en lo que se refiere a los criterios de interpretación de las normas que permiten su adecuación al momento en que son aplicadas. Como indica Pabón de Acuña (78), el presupuesto de que

(78) Cfr. Pabón de Acuña, J. M, "La interpretación según "la realidad social" del artículo 3 del Código Civil", *Ediciones Revista General de Derecho*, Valencia, 1999, p. 286.

parte la interpretación sociológica es el cambio de sentido que experimentan las normas con el transcurso del tiempo.

2.º "*En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea con lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea obstáculo la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004".*

Con este argumento, que propugna el respeto a la dignidad de la persona, el TS flexibiliza la interpretación del art. 853.2 CC, para evitar que su rigurosa interpretación lleve a resultados que atenten contra la dignidad de los padres y nuestro sistema de valores, dignidad que está recogida en nuestra Constitución en su art. 10.

3.º *"Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en*

relación con el principio de favor testamenti, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012".

Este argumento propugna el respeto al principio de conservación de los negocios jurídicos (que se proyecta en Derecho de sucesiones en el favor testamenti). Al respecto, SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA proclama: "Lo que constituye principio general de nuestro Derecho no es la intangibilidad de la legítima, sino que '*la voluntad del testador es ley de la sucesión"* (79).

4.º *"En el presente caso, y conforme a la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido abandono emocional, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios*".

Con este argumento, la sentencia considera el maltrato psicológico de la hija como conducta constitutiva del maltrato de obra. Equipara el abandono emocional a una mera ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, a una mera desafección familiar, e indica que el abandono emocional, en sí mismo no es relevante a los efectos de ser considerado como causa de desheredación. Una cosa es no querer al padre –el desafecto de un hijo a un padre–, ello supondría abandono emocional, no relevante; y otra muy distinta no cumplir con los deberes morales y jurídicos que se derivan de la relación de filiación –"*deberes elementales de respeto y consideración*" dice la STS–, incumplimiento que deriva en maltrato psicológico. El verdadero alcance de la sentencia, tal y como se señala en los primeros

(79) Sáenz de Santamaría Vierna, A., "Elogio de la desheredación", *Anuario de la Facultad de Derecho,* ISSN 0213-988X, núm. 29, 2011, p. 547.

comentarios a la misma [al respecto, González Carrasco (80)], no consiste en acoger la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino en considerar el maltrato psicológico de la hija como conducta constitutiva del maltrato recogido en la causa 2ª del art. 853 CC. Es decir, la pérdida del contacto familiar, la ausencia de relación, el abandono emocional, etc. deben tener entidad suficiente para caracterizar un maltrato psicológico incardinable en el art. 853.2.ª CC. Lo que justifica la privación de los derechos sucesorios es precisamente la conducta de los hijos desheredados, los insultos vertidos y el desinterés mostrado, que van más allá de la libre ruptura del vínculo afectivo, y como señala Ballester Azpitarte (81), encajan plenamente en el maltrato de obra como causa de desheredación. Tal y como indica Magariños, (82) "*el Tribunal Supremo, en esta sentencia, ejemplar tanto por su claridad, sencillez y brevedad, como por su atinada interpretación, ajustada al tiempo que vivimos, marginando rigideces formales y atendiendo al fondo humano del caso, inicia un cambio de rumbo*".

En conclusión, esta STS de 3 de junio de 2014, respecto al art. 853.2 CC, realiza, en primer lugar, tal y como apunta Hijas Cid (83), una interpretación sociológica de dicho precepto, resaltando que "*en la actualidad, el maltrato psicológico como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra*". Alude a la dignidad de la persona –como fundamento del orden político y la paz social recogido en el

(80) Cfr. González Carrasco, M. C., "Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900)", *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015, p.282

(81) Cfr. Ballester Azpitarte, L., "La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?", en Diario La Ley, núm. 8534, sección Tribuna, 7 de mayo de 2015, Ref. D-176, Editorial La Ley.

(82) Magariños, V., "Desheredación y libertad de testar", *El Mundo*, 30 de septiembre de 2014, p.17

(83) Hijas Cid, E., "Doctrina del tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones", en *Revista El Notario del siglo xxi*. Ed. Colegio Notarial de Madrid, núm. 64, noviembre-diciembre 2015, p. 36.

art. 10 de nuestra Constitución–. Por tanto, menoscabada la dignidad de la persona-padre-testador, aunque no se trate en puridad de maltrato de obra, está justificada la desheredación.

Y en segundo lugar, realiza una interpretación teleológica: el fundamento de la legítima, desde el punto de vista económico, subyace en la consideración de la familia como comunidad en la que todos contribuyen a la formación del patrimonio familiar (por lo que a la muerte de los padres, los hijos deben participar de dicho patrimonio); y desde el punto de vista moral, se fundamenta en el deber de los padres de ayudar a la subsistencia de los hijos tras su fallecimiento. Y cuando se produce un abandono o ausencia total de trato por causa imputable a un hijo, se rompe dicha comunidad, se extingue el deber moral de sostenimiento, decayendo por tanto el fundamento de la obligatoriedad del pago de la legítima.

4.3.3. Examen de la STS de 30 de enero de 2015

Esta sentencia se dicta meses después de la de 3 de junio de 2014, con el mismo Magistrado Ponente (Francisco Javier Orduña Moreno), conteniendo la misma doctrina sobre esta causa de desheredación del maltrato psicológico. Por ello, es sumamente relevante en la medida en que permite integrar el requisito de jurisprudencia (dos sentencias, doctrina reiterada) del art. 1.6 CC.

Este caso plantea de nuevo, como cuestión de fondo, la interpretación del art. 853.2.ª CC en relación al maltrato psicológico como justa causa de desheredación. El Tribunal estima la causa de desheredación por maltrato psicológico en el supuesto en que el hijo ha arrebatado dolosamente todos los bienes a la madre, obligándola a hacer donaciones a su favor, dejándola sin bienes ni ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida.

Una señora otorga testamento desheredando a su hijo; la cláusula de desheredación contenida en el testamento establece: "PRIMERA.– Deshereda totalmente a su hijo D. Secundino por concurrir la causa justa de desheredación contemplada en el art. 853, párrafo 2.º CC, manifestando la testadora que ha instado en el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Castellón, juicio ordinario número 1.101/2005, actualmente en el Supremo, con recurso de casación, la revocación de la donación efectuada a –favor de su hijo don Secundino y sus nietos, hijos de éste, Humberto y Marce-

lino, por haberlas efectuado bajo engaño y coacción, según manifiesta".

Al fallecer la señora, el hijo ejercita acción declarativa de nulidad de la cláusula de desheredación testamentaria solicitando, además, la nulidad de la institución de heredero universal en favor de su hermana por causa de indignidad sucesoria. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el hijo desheredado, considerando que concurre la causa de desheredación del art 853.2 CC, al poderse entender comprendida dentro de la expresión que el legislador había utilizado en ese precepto de "maltrato de obra" la situación existente entre hijo y madre que había llevado a ésta a desheredarlo, ya que no sólo le había arrebatado dolosamente todos sus bienes sino que le dejó sin ingresos con los que poder afrontar dignamente su etapa final de vida.

Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia, con estimación parcial de la demanda interpuesta, revocó parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula de desheredación, con la consiguiente reducción de la institución de heredero en cuanto perjudique a la legítima estricta del demandante. Aunque reconoce el grave daño psicológico causado a la testadora, fundamenta la decisión revocatoria en la aplicación restrictiva de este instituto y en la integridad de la legítima, de forma que el daño psicológico no entra en la literalidad de la fórmula empleada por el art. 853.2 CC.

La recurrente en casación denuncia la infracción del art. 853.2 CC, considerando que el maltrato psicológico que las sentencias de ambas instancias ha considerado probado es de tal entidad que debe entenderse incluido en el concepto de maltrato de obra reseñado en el Código.

El Tribunal Supremo reproduce los argumentos de la STS de 3 de junio de 2014, para terminar concluyendo que "*resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices (...) En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y*

de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia".

Este mismo magistrado (Orduña Moreno), fue el magistrado ponente en la ya citada **STS de 20 de julio de 2015**, que, aunque referida al ámbito de donaciones, y por tanto no objeto de este estudio, apreciamos relevante por cuanto fija como doctrina jurisprudencial que el maltrato de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante, queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el art. 648.1 CC, indicando expresamente que: *"...de acuerdo con la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014) y de 30 de enero de 2015 (núm. 59/2015) la interpretación sistemática del artículo 648.1 del Código Civil , en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a las siguientes directrices o criterios de interpretación. En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (artículo 648 del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva ... 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 del Código Civil . En efecto, en el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante*".

Como indica Domingo Monforte (84), el TS hace una interpretación

(84) Cfr. Domingo Monforte, J., "Revocación de la donación por incumplimiento del *ius gratitudinis.* Maltrato psicológico", en *Revista El Notario*

no rigurosamente literal del art. 648.1 CC (no se podría revocar la donación, pues no hay sentencia penal de condena a donatario), sino, que de acuerdo con el art. 3.1 CC, realiza en primer lugar una interpretación sociológica, de acuerdo con la realidad social del tiempo presente: hay conductas de hijos, que, aún no siendo formalmente delito, son socialmente reprobables, ya que reviste carácter delictivo y resulta ofensiva; y en segundo lugar, teleológica –con arreglo a su espíritu y finalidad–: el espíritu y finalidad de dicho art. 648 hay que buscarlo en el deber de gratitud del donatario al donante; y si se conculca dicho deber mediante maltrato psicológico, se dota de fundamento a la revocación de la donación. Realiza una interpretación, por tanto, flexible del art. 648 CC, acercando el derecho civil común al catalán, cuyo Código Civil en su art. 531-15 contempla como causa de ingratitud los actos penalmente condenables que el donatario haga contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la pareja estable, así como, en general, los que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente.

4.4. Problemática

No obstante, y centrándonos de nuevo en el objeto de nuestro estudio, esto es, el maltrato psicológico como causa de desheredación, convendría hacer una serie de puntualizaciones muy importantes, a la hora de incluir en el testamento el maltrato psicológico como causa de desheredación.

En primer lugar, ya han aparecido voces críticas que, aun apreciando el enorme avance que supone la inclusión del maltrato psicológico a los padres o ascendientes como causa de desheredación de éstos a sus descendientes, entienden que se debería haber ido más allá en el sentido de poder apreciarlo también como causa de desheredación de descendientes a sus padres o ascendientes. Así, Peris Rivera (85) resalta el hecho de que, mientras que el maltrato psicológico como causa de desheredación sólo puede ser empleado

del siglo xxi. Ed. Colegio Notarial de Madrid, núm. 64, noviembre-diciembre 2015, p. 38.

(85) Cfr. Peris Rivera, A. L., "Desheredación: una visión comparada", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, núm. 4, 2016, p. 347.

por ascendientes respecto a descendientes, no opera en un escenario inverso, no siendo posible desheredar a los padres o abuelos por esta causa; lo que deja entre ver, a juicio de esta autora, una configuración injusta de la norma, pues los descendientes también pueden experimentar dicha ofensa.

Y en ese mismo sentido, Ballester Azpitarte (86) llama la atención en el hecho de que, tanto la injuria grave como el maltrato de obra sirvan para desheredar a hijos y descendientes, pero no para fundamentar la desheredación de padres o ascendientes.

En segundo lugar, surge el problema de determinar qué actos o conductas constituyen maltrato psicológico, ya que es un concepto complejo, vinculado a una forma de agresión entre dos o más personas, trato vejatorio, abuso emocional que causa un daño o perjuicio en la percepción de la persona que lo sufre, por lo que deberá estarse a la realidad probatoria del caso concreto que se someta a enjuiciamiento, con la dificultad que entraña que el maltrato psicológico afecte a la esfera más íntima de la persona, e implique un daño moral que causa dolor, angustia o aflicción física o espiritual, humillación, y, en general, cualquier padecimiento o tensión injusta a la que se somete a una persona, que los siente y sufre de forma individual y a su modo. Como dice Domingo Monforte, J., "*el frente ahora queda abierto en determinar qué actos o conductas constituyen maltrato psicológico, pues nos enfrentamos a un concepto de contornos difíciles*" (87). Dos criterios que se podrían tener en cuenta podrían ser el tiempo y el grado de padecimiento. Respecto a la posibilidad de incluir el abandono familiar y/o la falta de afecto como maltrato psicológico, habrá que estar al caso concreto.

En tercer lugar, y no menos problemático, no hay que olvidar que de acuerdo con el art. 850 de nuestro Código Civil, la carga de la prueba corresponde a los herederos, en caso de que el desheredado impugne.

Ello conlleva una gran dificultad en la práctica, puesto que dicho maltrato psicológico se circunscribe al ámbito más íntimo de la persona, por lo que es muy difícil de probar, y, como recoge la ya citada **STS de 15 de junio de 1990**, "lo que ha de probarse es que la causa de la desheredación concurrió, y que tuvo entidad suficiente

(86) Cfr. Ballester Azpitarte, L., *op. cit.*

(87) Domingo Monforte, J., *op. cit.* p. 40.

para legitimar la decisión". Y lo que el Tribunal habrá de juzgar, es si esa determinada conducta, teniendo en cuenta tanto el contexto como el grado de intencionalidad, constituye causa de desheredación justa.

Y decimos que es problemático este punto, porque, a pesar de haber superado la interpretación restrictiva de las causas de desheredación, flexibilizando las conductas subsumibles en el concepto de maltrato de obra o injuria grave de palabra, la jurisprudencia sigue siendo absolutamente tajante respecto a la prueba de dicha conducta.

Así lo indica la **STS de 29 de septiembre de 2014** (88), estableciendo que al no haberse probado la realidad de la causa de desheredación, se produce la nulidad de la cláusula testamentaria; es decir, para demostrar los hechos que el testador consigna en el testamento, como señala Peris Rivera, "la prueba debe ser lo suficientemente convincente para poder tener acreditado que efectivamente se produjeron los hechos" (89).

Y más recientemente, la **STS de 8 de abril de 2016** (90) reitera esta doctrina al exigir razonar las circunstancias del caso concreto en la valoración de la prueba; anula otra sentencia que no razona el porqué se da por válida la causa de desheredación, ni indica qué circunstancias del caso enjuiciado le sirven de fundamento para la decisión que adopta, ordenando reponer actuaciones con el fin de que se dicte nueva sentencia.

Por ello, como hemos indicado, en la práctica, conviene que el testador recabe medios de prueba necesarios para facilitárselos a sus herederos; así, a modo de ejemplo, el testador, a la vez que otorga el testamento, como indica Carrau Carbonell, debería otorgar acta de notoriedad con elementos probatorios (91), que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que éste le ha abandonado y maltratado psicológicamente; podrían incorporarse

(88) STS de 29 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3853/2014).

(89) Peris Rivera, A. L., "Desheredación: una visión comparada", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, núm. 4, 2016, p. 343.

(90) STS de 8 de abril de 2016 (Roj: 1426/2016).

(91) Cfr. Carrau Carbonell, J. M.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", http://idibe.org/2015/04/24/la-desheredacion-por-maltrato-psicologico-y-su-dificultad-de-aplicacion-practica/, [Consulta: 2 de octubre de 2016, 19:24].

al acta manifestaciones del resto de familiares y cualesquiera otras pruebas que el testador considere puedan servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación, e incluir un informe psicológico de un perito en la materia que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar. O incluso, testigos presenciales de dichos comportamientos vejatorios, agresiones, amenazas de palabra, insultos, podrían otorgar, a requerimiento del testador, actas de manifestaciones declarando cuanto consideren oportuno para posteriormente ratificarlo ante la autoridad judicial.

Y como ya hemos apuntado con anterioridad al estudiar la ausencia de relación familiar como causa de desheredación en el Código Civil de Cataluña, la SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014 recomienda al notario que solicite un mayor razonamiento al testador a la hora de invicar esta causa como causa de desheredación en orden a facilitar la labor de convencimiento.

Un cuarto aspecto problemático es la consecuencia inmediata en caso de estimación de la impugnación del testamento. No hay que olvidar en ningún momento que, en caso de que el desheredado impugne y se estime la impugnación, se produce la ineficacia del testamento, lo que conlleva que "se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado" art. 851. Por ello creemos que, a veces el notario debería recomendar al testador que, en tanto no cambie la ley, disponga un legado de legítima estricta al hijo maltratador, instituyendo universales herederos a los demás, porque, aunque no se adecúa totalmente a la voluntad del testador (que desea privar al descendiente maltratador de atribución patrimonial), realmente evita a los demás herederos una reclamación judicial al fallecimiento del testador.

Asimismo, en estos casos, y en orden a evitar posibles conflictos en el reparto de bienes, debería nombrar un contador-partidor con atribución de las facultades del 841 CC.

Por último, y a pesar del giro jurisprudencial que supone la STS de 3 de junio de 2014, las críticas a favor de la libertad de testar y en contra del sistema legitimario español no sólo no han desaparecido, sino que cada son más las voces reclamando mayores avances en el proceso de libertad de disposición de los bienes para después de la muerte, y exigiendo al legislador normas adecuadas a la realidad social y familiar de hoy en día. Ello lo podemos ver

tanto en prensa escrita, como en páginas web, así como en artículos doctrinales.

En este sentido, Magariños (92) se pregunta qué sentido tiene, conforme la realidad familiar de hoy en día, seguir poniendo límites a la libertad de testar e impidiendo que el testador pueda dejar sus bienes a las personas que libremente desee, porque, a su juicio, le han atendido y querido. Insiste en que el legislador debe abordar la reforma y actualización del código Civil para adaptarlo a las nuevas necesidades, y apostilla "los padres tienen la obligación de educar y alimentar a los hijos, pero no de enriquecerlos".

O´Callaghan Muñoz (93) va más allá. Entiende que lo que hay que hacer, no es ampliar las causas de desheredación, sino que directamente lo que procede es eliminar la legítima de nuestro Código Civil, consagrando la libertad de testar.

Asimismo, la Asociación Pro Derechos Civilies Económicos y Sociales (94) viene reclamando desde marzo de 2014 un cambio legislativo que suprima las legítimas o las reduzca a los supuestos en que existen hijos menores o discapacitados, y propone que se amplíen las causas de desheredación a los casos de pérdida del afecto y de la comunicación, sin expresión de culpabilidades.

5. CONCLUSIONES

El estudio y análisis efectuado de las nuevas causas de desheredación en el Código Civil español y en los derechos forales, con especial referencia al maltrato psicológico, nos permite llegar a las conclusiones que se exponen a continuación.

PRIMERA: La desheredación en el Derecho Común español está configurada como un acto formal y una sanción civil por la que el

(92) Cfr. Magariños, V., "Desheredación y libertad de testar", *El Mundo, op. cit.*

(93) Cfr. O´Callaghan Muñoz, X., "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", en *Diario La Ley*, núm. 8592, sección Columna, ed. La Ley, 29 de julio de 2015.

(94) http://www.adeces.org/reclama-la-plena-libertad-de-testar-la-supresion-de-las-legitimas-y-ampliar-las-causas-de-desheredacion/ [Consulta: 26 de octubre de 2016].

testador priva al legitimario de su derecho, en virtud de justa causa señalada taxativamente por la ley.

SEGUNDA: La legítima tal y como está configurada en nuestro ordenamiento jurídico, constituye un límite a la facultad de disponer del testador. Este sistema protector y garantista del patrimonio familiar tenía sentido hace un siglo. Hoy la realidad social y económica es completamente distinta.

TERCERA: Nuestro ordenamiento jurídico es taxativo: la desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señale la ley.

Hasta la STS de 3 de junio de 2014, las causas de desheredación han sido objeto de interpretación completamente restrictiva, por aplicación tajante del principio *odiosa sunt restringenda.*

CUARTA: Gracias a las dos sentencias comentadas ampliamente en el presente trabajo, la STS de 3 de junio de 2014 y la STS de 30 de enero de 2015, y a la inclusión del maltrato psicológico como nueva causa de desheredación, se ha flexibilizado nuestro estricto sistema desheredatorio. La doctrina jurisprudencial ha tardado en evolucionar, pero lo ha hecho. Era cuestión de tiempo su adaptación a los nuevos tiempos y a las nuevas realidades sociales, económicas y jurídicas.

Pero con el actual Código Civil en la mano, tampoco puede llegar mucho más lejos. Por ello, cada vez surgen más voces estimando que debería plantearse seriamente por el legislador un cambio en el sistema legitimario español, dando entrada a una mayor libertad de testar, y en esa dirección ampliar las causas de desheredación.

QUINTA: El sistema sucesorio español es muy diferente según la vencidad civil que ostente el testador. Esta coexistencia de regímenes jurídicos sucesorios tan diferentes, en el seno de una cultura tan similar como es la española en su conjunto, genera un clima de desconcierto, cuando no incomprensión.

SEXTA: Otra conclusión a la que hemos llegado tras el estudio de nuestro sistema sucesorio, es la gran dificultad que sigue conllevando desheredar. En la práctica, es muy complicado probar que el

maltrato o la injuria grave se ha producido, debido, por un lado, a la esfera íntima y familiar en la que dicha conducta se produce, y por otro lado, en el hecho de que la carga de la prueba corresponde a los herederos, en caso de ser negada por el desheredado.

SÉPTIMA: A pesar de la evolución jurisprudencial en la interpretación de las causas de desheredación de acuerdo con la realidad social, económica y jurídica, siguen surgiendo voces en nuestro derecho que claman por una modificación sustancial del sistema sucesorio del Código Civil, que, sin olvidar las obligaciones de los padres respecto de hijos menores e incapacitados y respetando siempre el derecho de alimentos, establezca una mayor libertad de disposición del propio patrimonio, primando siempre la voluntad del testador. Y esta reforma, entienden que se puede realizar, bien modificando el sistema de protección de la legítima, reduciendo su cuantía y ámbito personal, bien ampliando las causas de desheredación, o bien suprimiéndola directamente.

6. BIBLIOGRAFIA

Algaba Ros, S.: *Efectos de la desheredación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

— "Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación", Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698 739X, núm. 2, 2015, Barcelona, abril 2015.

Arroyo i Amayuelas, E., Farnós Amorós, E.: "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?", en Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, núm. 2, 2015, pp. 1-32.

Ballester Azpitarte, L.: "La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?", en *Diario La Ley*, núm. 8534, sección Tribuna, 7 de mayo de 2015, Ref. D-176, Editorial La Ley.

Barceló Domenech, J.: "Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del tribunal Supremo Español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico", *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 febrero 2016, pp. 289-302.

— "La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril 2004, pp. 473 a 519

Bermejo Pumar, M. M.: "La legítima (función y estructura)", en Delgado de Miguel, J. F. (Coord.): *Instituciones de Derecho Privado, tomo V, Su-*

cesiones, volumen 3.º Las atribuciones legales, ed. Thomson Civitas, 2005.

Carrau Carbonell, J. M.: "La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", http://idibe.org/2015/04/24/la-desheredacion-por-maltrato-psicologico-y-su-dificultad-de-aplicacion-practica/.

Delgado Echeverría, J.: "Autonomía privada y Derecho de Sucesiones", en Prats Albentosa, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, tomo I, Derecho de la persona, familia y sucesiones, ed. Wolters Kluwer España, SA, 2012, pp. 513-640.

Domingo Monforte, J.: "Revocación de la donación por incumplimiento del *ius gratitudinis.* Maltrato psicológico", *Revista El Notario del siglo xxi*. Ed. Colegio Notarial de Madrid, núm. 64, noviembre-diciembre 2015, pp. 38 a 43.

García Bernardo-Bernardo-Landeta, A.: *La legítima en el Código Civil (2.ª Edición)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

González Carrasco, M. C.: "Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900)", *CCJC*, núm. 97, enero-abril 2015.

Hijas Cid, E.: "Doctrina del tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones", en *Revista El Notario del siglo xxi*. Ed. Colegio Notarial de Madrid, núm. 64, noviembre-diciembre 2015, pp. 34 a 37

Magariños, V.: *Desheredación y libertad de testar*, *El Mundo*, 30 de septiembre de 2014.

Magariños, V.: "La Libertad de testar. Una reforma necesaria", en Prats Albentosa, L. (Coord.): *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. *Op. cit.*, pp. 641-690.

O´Callaghan Muñoz, X.: "A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima", en *Diario La Ley*, núm. 8592, sección Columna, ed. La Ley, 29 de julio de 2015.

Pabón de Acuña, J. M.: "La interpretación según "la realidad social" del artículo 3 del Código Civil", *Ediciones Revista General de Derecho*, Valencia, 1999.

Peris Rivera, A. L.: "Desheredación: una visión comparada", en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, núm. 4, 2016.

Rivas Martínez, J. J.: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo II, ed. Dykinson, 4.ª edición, Madrid, 2009

Romero Coloma, A. M.: "El Maltrato de obra y las injurias como causales de desheredación", en *Diario La Ley*, núm. 8038, Sección Doctrina, 7 de marzo de 2013, Ref D-93, Editorial LA LEY.

— "La desheredación del cónyuge por incumplimiento de los deberes paternofiliales", en *Diario La Ley*, núm. 8079, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2013, Editorial LA LEY.

Sáenz de Santamaría Vierna, A.: "Elogio de la desheredación", *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988X, núm. 29, 2011, 539-558.

TENT, J.: *La desheredación. Nuevas causas* http://basilea2013.wix.com/abogadosuiza/apps/blog/la-desheredacion-nuevas-causas.
TORRES GARCÍA, T. F. (Coord.): *Tratado de Legítimas*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.

7. JURISPRUDENCIA

STS de 20 de junio de 1959 (Roj: STS 1460/1959).
STS de 8 de noviembre de 1967 (Roj: STS 3787/1967).
STS de 24 de octubre de 1972 (Roj: STS 265/1972).
STS de 9 de julio de 1974 (Roj: STS 186/1974).
STS de 30 de septiembre de 1975 (Roj: STS 159/1975.
STS de 7 de marzo de 1980 (Roj: STS 5/1980).
STS de 20 de febrero de 1981 (Roj: STS 74/1981).
STS de 10 de junio 1988 (Roj: STS 4453/1988).
STS de 15 de junio de 1990 (Roj: STS 4640/1990).
STS de 16 de julio de 1990 (Roj: STS 11143/1990).
STS de 30 de julio de 1999 (Roj: STS 5489/1999).
STS de 28 de junio de 1993 (Roj: STS 4601/1993).
STS de 14 de marzo 1994 (Roj: STS 15067/1994).
STS de 26 de junio de 1995 (Roj: STS 3736/1995).
STS de 4 de noviembre de 1997 (Roj: STS 6536/1997).
STS de 25 de septiembre de 2003 (Roj: STS 5714/2003).
STS de 30 de enero de 2015 (Roj: STS 565/2015).
STS de 29 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3853/2014).
STS de 20 de julio de 2015 (Roj: STS 4153/2015).
STS de 8 de abril de 2016 (Roj: STS 1426/2016).
SAP de Madrid de 6 de abril de 2005 (Roj: SAP M 3736/2005).
SAP Palencia de 28 de abril de 2005 (Roj: SAP P 121/2005).
SAP Asturias de 29 de noviembre de 2007 (Roj: SAP O 3250/2007).
SAP Barcelona de 13 de febrero de 2014 (Roj: SAP B 1280/2014).
SAP Tenerife de 10 de marzo de 2015 (Roj: SAP TF 255/2015).
SAP de Barcelona de 14 de enero de 2016 (Roj: SAP B 488/2016).
SAP de Vizcaya de 26 de febrero de 2016 (ROJ: 240/2016).
SAP Barcelona de 19 mayo 2016 (Roj: SAP B 7748/2016).
STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015 (Roj: STSJ CAT 5193/2015).

EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS, CANJE DE VALORES Y CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD EUROPEA DE UN ESTADO MIEMBRO A OTRO DE LA UNIDAD EUROPEA (1)

Víctor Manuel Garrido de Palma
Notario

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

I. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL. REQUISITOS
  1. Las técnicas tributarias empleadas para lograr la neutralidad fiscal
    1.1. No integración de las rentas
    1.2. Valoración
    1.3. Los socios de la sociedad transmitente
  2. Cuáles han de ser las operaciones de reestructuración Problemática definitoria: la necesaria armonización
  3. La opción del sujeto pasivo
  4. "Los motivos económicos válidos". El artículo 89.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades
    4.1. Son muchos los interrogantes
    4.2. La ayuda de la praxis: ¿existen pautas de conducta? Cuándo se considera o no que existe "motivo económico válido"
    4.3. Los criterios de valoración alcanzados. Los ejemplos

(1) El presente estudio ha tenido como base fundamental el que está contenido en el libro "Homenaje a Joaquín Zejalbo".

reales que confirman los mismos: en Fusiones; Escisiones; Aportaciones de rama de actividad.
4.4. El refuerzo que supone el contraste con el enfoque de autores que han profundizado en la problemática: relación ad exemplum

II. LOS CONCEPTOS FISCALES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL RÉGIMEN ESPECIAL. PREVIAMENTE: LA TRANSFORMACIÓN. SU INOCENCIA FISCAL
1. Concepto fiscal de la Fusión. El artículo 76.1. LIS.: modalidades
1.1. Absorción por sociedad ya existente
1.2. Constitución de nueva sociedad
1.3. Absorción de sociedad íntegramente participada
1.4. ¿Y la Absorción de sociedad participada al noventa por ciento?
1.5. ¿Y los supuestos asimilados al del número 3 del artículo 52 de la Ley de Modificaciones Estructurales?
1.6. El supuesto de Fusión inversa del artículo 52.1., segunda parte, de la LMESM
1.7. La operación asimilada a la Fusión ex artículo 53 LMESM
2. Definición fiscal de la Escisión. El artículo 76.2 de la LIS
2.1. La Escisión total
2.2. La Escisión parcial. Qué se entiende por "rama de actividad"
2.3. La Segregación de la LIS
3. Comparando la Segregación del artículo 71 LMESM y la Aportación no dineraria de ramas de actividad. La Ley del Impuesto de Sociedades

III. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA. PROBLEMÁTICA

IV. EL CANJE DE VALORES EN EL ARTÍCULO 76.5. DE LA LIS

V. APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES: EL ARTÍCULO 87 DE LA LIS

VI. EL CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO (T.T.D.S.)

VII. EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

VIII. EL IMPUESTO DEL VALOR AÑADIDO. RESALTANDO ASPECTOS FUNDAMENTALES

INTRODUCCIÓN

"El Impuesto de Sociedades es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas…" dice el art. 1 de la LIS. Ella, en su Preámbulo, sintetiza las novedades sustanciales del régimen especial aplicable a las operaciones de reestructuración, que extracto: en primer lugar es el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo por tanto la opción para su aplicación. La segunda novedad destacable se basa en la desaparición del tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión (da una explicación; yo aporto en su lugar la que expone MAGRANER MORENO: la armonización del fondo de comercio (es decir, amortizar durante cierto tiempo el sobreprecio pagado por la adquisición de un negocio respecto al valor de mercado por los activos que lo componen) derivado de la adquisición de una participación en empresas no españolas, porque este régimen falseaba la competencia en el mercado único ya que otorgaba una ventaja injustificada a las empresas españolas, especialmente en el contexto de las ofertas públicas de adquisición competitivas.

Como tercera novedad, dice el Preámbulo, la subrogación de la entidad adquiriente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad cuando ésta se transmita por otra entidad (de manera que las bases imponibles acompañan a la actividad que ha generado, cualquiera que sea el titular jurídico de la misma). Y por último, se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen especial y la circunscripción de las regulaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal en este tipo de operaciones.

Novedades específicas que –no se olvide y lo expresa el Preámbulo– en lo que supone la revisión general del I.S. en la Ley viene motivada por la permanencia a un mundo globalizado cada vez más interactivo, enmarcado de manera muy destacada por el entorno de la Unión Europea, la necesidad de competir en mercados internacionales, la adaptación de la norma al derecho comunitario o el incremento de la necesaria lucha contra el fraude fiscal.

Las operaciones de reestructuración de empresas o la racionalización de las actividades de las entidades participantes en modificaciones estructurales (terminología del actual Capítulo VII de la Ley del Impuesto de Sociedades –LIS–) han recibido tradicionalmente

un tratamiento especial, por "favorecer a la economía nacional" (en pasadas épocas, exenciones fiscales a alguna determinada fusión bancaria se concedían –recuerda García de Blas– graciosamente por el ministro de Hacienda, en casos con repercusión política resaltable).

La filosofía apuntada cambió profundamente con el ingreso de España en la Comunidad Europea: la transposición de la Directiva 90/343/CE originó un sistema –Ley 29/1991, de 16 de diciembre– consistente en no incentivar la realización de las operaciones de reestructuración empresarial mediante la concesión de beneficios fiscales. Se va a partir ahora de un principio nuevo, el de neutralidad: la fiscalidad no debe interferir en el desarrollo del proceso de concentración o de reestructuración empresarial. No ha de constituir ni un obstáculo o freno ni un incentivo o estímulo a las empresas en su proceso de reorganización. Lo que se trata es –dice Banacloche Pérez– de conseguir estructuras más eficientes.

La operación ha de efectuarse "por motivos económicos válidos" y la neutralidad fiscal va a consistir en un diferimiento de la tributación de las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de las transmisiones de patrimonios en bloque o de elementos patrimoniales, manteniendo a efectos fiscales en la entidad que los adquiere el valor que esos mismos elementos tenían en la entidad transmitente antes de realizarse la operación. Y el mismo diferimiento, como técnica de actuación, se va a aplicar a los socios de las entidades intervinientes en la operación de reorganización empresarial.

Con el sistema expuesto se consigue que las ganancias continúen latentes en los importes de los elementos patrimoniales incorporados a la sociedad adquiriente hasta el momento en que se realicen a través de la práctica de amortizaciones y de pérdidas fiscalmente deducibles, calculadas ambas sobre valores históricos, o mediante diferencias valorativas puestas de manifiesto en el momento de su enajenación. En definitiva, que –como afirma Pérez-Fadón Martínez– las plusvalías o minusvalías implícitas en los elementos transmitidos se someterán a gravamen en la entidad adquiriente a medida que se vaya realizando o cuando se transmita el elemento patrimonial adquirido.

Han aparecido sucesivas leyes y posteriores disposiciones (debido a la aparición de nuevas Directivas CE: la 90/434), y la posterior del Consejo, 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, que es la que

dio lugar, al transponerla, al régimen constitutivo del capítulo VIII de la LIS; Texto Refundido, de 5 de marzo de 2004 para llegar por último a la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del impuesto de Sociedades y a su Reglamento, de 10-VII-2015. En ella existe el régimen especial, Capítulo VII de aplicación a las ME, artículos 87 a 89. Voy ya a estudiarlo.

I. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL. REQUISITOS

Como exponía en la Introducción, el principio fundamental del que hay que partir es el de neutralidad. Punto de partida, base fundamental del régimen especial. Profundizo.

1. La neutralidad fiscal se logra a través de las siguientes técnicas tributarias:

1.1. No integrando en la base imponible del Impuesto de Sociedades (IS) que grava a las entidades transmitentes las rentas correspondientes a los bienes transmitidos.

1.2. Los elementos recibidos por las entidades adquirentes se valoran por el mismo valor que tenían al efectuarse la transmisión.

Y 1.3. Los socios de la entidad transmitente no tienen obligación de integrar en la base imponible las rentas procedentes del canje de valores, pero los valores que reciben se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados.

2. La operación de reestructuración ha de ser: Fusión, Escisión, Aportación de activos, Canje de valores y Cambio de domicilio social

Es aquí donde empieza el campo problemático, ya que estas operaciones están definidas en los citados preceptos y sus conceptos no son idénticos a los de la legislación mercantil.

En efecto, las *definiciones* fiscales tuvieron razón cuando la tuvieron, ¿y con la redacción que tienen?, y es que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles –centrándome en éstos exclusivamente– no eran en los años noventa conceptos definidos con precisión en el Derecho de sociedades, empezando por la misma

categoría jurídica: modificación estructural y no sólo modificación de los estatutos societarios o incluso actos de gestión extraordinaria.

Pero por Ley 3/2009, de 3 de abril, se regulan las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el plano sustantivo mercantil, yendo cada legislador *por su lado*. En lugar de procurar armonización, la máxima posible, en el aspecto definitorio, ambas regulaciones se dan la espalda (así lo comprobaré con posterioridad)

Es cierto que tradicionalmente ha existido falta de coordinación (Astorga Morano), pero hoy por hoy la falta de seguridad jurídica, el costo y la dilación que acarrean es de todo punto inadmisible: "es necesario modificar el art. 83 LIS, hoy 76, para adaptarlo a los nuevos conceptos contemplados por la normativa mercantil", han reconocido por de pronto los ocho autores, inspectores de Hacienda, que han trabajado recientemente la compleja materia (coordinados siete de ellos por Mellado Benavente).

En idéntica línea dirá Banacloche Pérez que al tiempo de la Ley 3/2009 se deberían haber incluido en las leyes tributarias las modificaciones producidas en la legislación mercantil; el no hacerlo –afirma rotundo– debería ser motivo de impugnación. La coherencia del ordenamiento jurídico es una exigencia del Estado de Derecho. Coherencia que necesita –dicen más recientemente aún Argente Álvarez y Mellado Menavente–: de un lado, ensamblar la regulación fiscal con el nuevo enfoque sustantivo de la Cesión global, que no exige liquidación de la sociedad cedente; y de otro, considerar la figura de la Segregación. Yo personalmente añado que la actual LIS sí que contempla la figura, pero la desarmonía con el régimen de la LMESM crea incertidumbre.

Sirva al menos de toque atención a los plurilegisladores actuales a las alturas de los tiempos que vivimos, en los que la seguridad jurídica es más necesaria que nunca.

3. El sujeto pasivo ha de optar por la aplicación del régimen fiscal especial (art. 89 LIS) y comunicar su elección a la Administración Tributaria (los arts. 42 a 45 del Reglamento IS establecen el plazo y condiciones de la comunicación). La comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda, después de la inscripción en el Registro Mercantil de la operación de que se trate, es eso, una comunicación; no se trata de autorización administrativa.

4. "En particular la operación ha de efectuarse por motivos económicos válidos (lo que hay que justificar), tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación y no con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal". Así lo dice el art. 89.2 LIS, que comienza el apartado con una contundencia total: "no aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal".

Ante lo expuesto, el juicio crítico es básicamente negativo, y ante la dificultad, ¿insuperable?, de interpretar *racionalmente* la norma, se suele, por los que la temática estudian, transcribir, resumir o exponer sin más una relación o lista –más o menos completa, o a vía de ejemplo pero sin intento sistematizador– de supuestos en que la Dirección General de Tributos (DGT) ha contestado a consultas vinculantes, y es que el mismo precepto fiscal posibilita –qué menos–a los interesados "para que formulen consultas a la Administración Tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación –dice textualmente– tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial…"

Dejando aparte el término *motivos*, aunque luego se profundizará en su calado, y la expresión, "tales como…" con lo que se abre un repertorio de posibilidades *ad exemplum* y no la imprescindible reestructuración o la racionalización de…, como ha constreñido la interpretación del órgano tributario a la norma, el salto que la misma efectúa a continuación exige que se profundice.

4.1. Aproximación al requisito fiscal exigible. ¿Cómo va a ser el *principal* objetivo el fraude?, ¿y si es *secundario*?, se pregunta Banacloche Pérez.

Se quiere indagar sobre los motivos de la operación, ¿puede hacerlo una norma jurídica?, apunta García de Blas; como si se interrogara –dice– acerca de ¿qué ha querido hacer con *esta* operación?, con lo que se está tratando de averiguar la causa concreta –"propósito negocial…", en el sentir de De Castro– de la operación.

¿Se identifica la existencia de fraude o la evasión fiscal con la ausencia de motivo económico válido en la operación?, como parecen entender los expertos tributaristas ya citados, sobre la base de numerosas resoluciones tributarias y criterios emanados de la DGT.

A mi entender, a la vista de los supuestos en que la *praxis* de la DGT ha actuado en esta materia y considerando el total régimen fiscal en la parte ahora en estudio, puede afirmarse: de un lado, que la operación no puede violar frontalmente el ordenamiento tributario, ni tampoco puede hacerlo cometiendo fraude *("circunvenit",* dando un rodeo) a la ley tributaria, mediante actos o negocios "notoriamente artificiosos o impropios" (art. 15 LGT). Lo que hay que separar –señala Bago Oria, Blanca– del empleo de la "economía de opción" por el medio jurídico más favorable fiscalmente (en igual sentido, Pérez Royo y Aguallo Avilés); ni puede ocultarse el hecho imponible mediante simulación (aun considerando –como expone Rodríguez Ramos Ladaria– que los negocios anómalos, como se aprecia por los numerosos pronunciamientos contradictorios o incongruentes, constituyen un *área gris* en el Derecho tributario español; en su sentir, el concepto de simulación, al que se acude con demasiada ligereza, es el causante de todos estos problemas).

Y de otro, que –como tiene establecido el Tribunal Supremo–: el ciudadano no tiene por qué anteponer los intereses del Fisco a los suyos propios; puede organizar, por tanto, sus operaciones de manera que la cuota a ingresar sea menor o inexistente siempre que no se demuestre mala fe, es decir, intento de engaño *jugando* con la normativa aplicable al supuesto concreto de que se trate (SS de 2 de noviembre de 2002; 11 de mayo de 2005; 14, 21 y 22 de marzo de 2005); y es que si en el fraude de ley el medio jurídico escogido está pensado para un fin diverso del de la norma de cobertura empleada, en la simulación se oculta o se falsea la base imponible (TCS 120/2005, de 10 de mayo; citada por Pablo Salvador Coderch *etaeter).*

Con lo que se demuestra la imprecisión conceptual de los distintos negocios jurídicos comparándolos con el mayor afinamiento de la patología negocial en el Derecho Civil (dentro de las dificultades que la realidad depara en esta delicada y compleja materia, como explicó con claridad hace décadas Antonio Rodríguez Adrados).

Partiendo de la gradación expuesta, entro en el momento de la verdad para la aplicación del régimen fiscal especial: no basta con "la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal", sino que la operación ha de efectuarse por motivos económicos válidos, *tales como* la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación (a vía de ejemplo).

4.2. Con lo que hay que acudir –como decía– a la *praxis*, a fin de comprobar *las, pautas de conducta* que acabo de exponer.

— No existe. MEV si se absorbe a una sociedad que no tiene ninguna actividad económica y la absorbente no afectó a actividad alguna el terreno que la absorbida tenía en su patrimonio (lo que procede es la aportación en aumento de capital), TEAC 11 de septiembre de 2008.

— No, si se absorbe a una sociedad transparente cuyo activo no estaba afecto a actividad económica alguna (no basta alegar "reducción de costes o desequilibrio patrimonial" si la sociedad está inactiva).

— No, y hay ánimo de *elusión* fiscal, de minorar la tributación ("conseguir una ventaja fiscal") si varias sociedades son absorbidas por otra sociedad, con simultánea Escisión total de esta última en otras tres sociedades de nueva creación, posteriormente absorbidas cada una de ellas por las tres sociedades reclamantes (TEAC 29 de mayo de 2008).

— No, si se aporta una nave de una sociedad a otra y se procede a la escisión financiera a una tercera sociedad, con disolución de la sociedad creada (podría haberse hecho por la vía de la Escisión parcial del inmueble, pero no sería de aplicación el régimen especial al no haber "rama de actividad"; DGT, CV de 4 de julio de 2007).

— No, si una sociedad con dos socios se escinde creándose dos nuevas sociedades, una de las cuales continúa la actividad y la otra se queda sólo con el inmovilizado financiero (al no adjudicársele activo empresarial no va a continuar la actividad, sólo se han separado los socios). Resolución del TEAC de 1 de junio de 2006.

— No se aplica el régimen de fusiones si una sociedad adquiere el 100% de las acciones de otra y luego se disuelve y liquida con adjudicación al único socio (TEAC 23 de octubre de 2008).

— No hay MEV cuando no se persigue con la Fusión la reestructuración o concentración, sino un cambio de titularidad de acciones

que siguen controladas por el mismo grupo económico, siendo el fin actualizar el valor de las acciones y desplazar las pérdidas a otra sociedad del grupo (TEAC 16 de marzo de 2006).

— No se aplica el régimen especial de Fusiones a una Escisión cuyo objeto es encubrir una enajenación de inmuebles bajo la apariencia de enajenación de acciones, tributando, al 18 % y no al tipo marginal de XRRF (TEAC 11 de octubre de 2006).

— No se aplica el régimen de Fusiones si la.finalidad es distribuir los patrimonios facilitando así la transmisión de determinados elementos (TEAC 5 de diciembre de 2007).

— No hay MEV si una sociedad compra el 100 % de los títulos, representativos.de otra; formalmente es una compraventa de títulos; no puede practicarse, por ello, la amortización del fondo de comercio, al contrario de los casos de aportación de rama de actividad o fusión por absorción. Consultas de 22 de agosto de 2003 y 23 de septiembre de 2003 (lo que es criticable, a juicio de Carmen Ruiz Hidalgo, por desconocer el *substratum* reestructurador que anida en la operación al adquirirse realmente todos los activos y pasivos con toma de control total de la entidad. A mi entender, *la venta de capa* adolece –si se quiere llegar a la conclusión doctrinal apuntada– del defecto ínsito en ella misma; no se compran bienes, derechos, la empresa,.., sino *acciones).*

— No hay MEV caso de Escisión total de modo que una rama familiar de socios controla el arrendamiento de inmuebles y la otra la promoción inmobiliaria, pretendiendo evitar la tributación (la vía natural, fiscalmente más gravosa, sería la disolución o la separación; TEAC 26 de junio de 2008).

— Hay finalidad evasora cuando se persigue separar en una sociedad las acciones que se pretendían vender para que los socios vendieran las acciones recibidas de la nueva sociedad con una antigüedad que eliminaba la tributación de la ganancia (el vehículo formal era acudir a la figura de la Escisión financiera o de cartera sin que la misma aumentara la rentabilidad de la cartera; TEAC 19 de enero de 2007.

Y para el T.S. no hay M.E.V. si la optimización de recursos alegada queda enervada por la transmisión de inmuebles realizada antes de la absorción y escisión; carece por tanto de sustento o razonamiento económico: la operación no obedece a una reestructuración de la sociedad, reducción de costes y el impacto económico, necesario para calificarlo como motivo económico válido (C. García Novoa).

4.3. Por el contrario, realizando un estudio prácticamente exhaustivo de las consultas con respuesta vinculante (hasta 2016), puede llegarse a determinar *criterios* de valoración. Sí hay MEV cuando la finalidad es: evitar duplicidad de gastos de gestión; ahorrar costes; optimizar los recursos humanos; mejorar la capacidad de financiación; optimizar la red comercial; reforzar la actividad; optimizar la utilización de los recursos; incrementar la solvencia; aumentar el ámbito geográfico de la actividad, con acceso a nuevos mercados; unificar el patrimonio inmobiliario; unificar en una sociedad los derechos políticos y económicos de una sociedad participada por otras dos que se fusionan; profesionalizar la gestión patrimonial. Esto en Fusiones, sin perjuicio de que se valoren tales motivaciones en caso de Escisión o de Fusión y posterior Escisión.

Y respecto a la figura de la Escisión, hay MEV si se separan los inmuebles destinados a la promoción de los destinados a inversión (riesgo); si se separan riesgos empresariales y se da entrada a nuevos socios; si la separación de actividades permite su continuidad ante la falta de criterios comunes de gestión; si se logra una mayor especialización por actividades con los activos de las sociedades implicadas, a la vez que se trata de evitar riesgos empresariales; en el caso de creación de un *holding* familiar unificador de decisiones y cohesionador del grupo familiar.

En Aportaciones de rama de actividad y en Escisiones parciales, el concepto de rama de actividad ha dado lugar a numerosas Resoluciones en que se considera que no la constituye: la aportación de inmueble no afecto a la actividad de arrendamiento; la escisión de parte de una cartera de valores; ni la Escisión parcial de transmisión de un terreno para campo de golf, sin que antes de ella se dedicara a esa actividad la transmitente.

Sí se aprecia, por el contrario, MEV: si un grupo familiar con participaciones en dos sociedades las aportan a una sociedad nueva,

único accionista de ambas (mejora la gestión, posibilita apoyo financiero y unifica el interés empresarial familiar).

Con la relatividad de toda solución *ad casum,* lo expuesto permite apuntar algunos criterios que sirven para resaltar los caracteres específicos que causalizan la viabilidad de muy diferentes operaciones en el campo de estudio que estoy realizando. Estos criterios se extienden desde la reorganización que reestructura la empresa a la reorganización de sus actividades para mejora de la gestión de los recursos; el aumento de la productividad; la separación de patrimonios o su concentración según los casos y la búsqueda de nuevas líneas de financiación. Y para confirmarlos, a continuación expongo una relación de operaciones en las que se ha apreciado MEV, lo que en Derecho Civil podría expresarse como: *causa lícita* fiscalmente hablando: "y es lícita la causa si no se opone… a la ley" fiscal, la cual exige MEV. No se trata de un juego de palabras, sí de *transponer* los criterios fiscales a la normativa jurídica sustantiva y a la vez que ésta sirva de pauta valoradora a la terminología que emplea el art. 96.2 LIS: "motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación; y no la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal".

4.4. La relación *ad exemplum* que expongo a continuación es más completa que la apuntada anteriormente, está contrastada y en parte tomada de la que realizan en sus estudios García de Blas y Calvo Vérgez.

Se aprecia MEV: en la finalidad de simplificar la gestión para conseguir mayor eficiencia; unificar la clientela; mejor aprovechamiento de las instalaciones; evitar duplicidad de gastos de gestión cuándo coinciden objeto, domicilio y socios; en las sociedades que desarrollan la misma actividad: ahorro de costes, consecución de sinergias, mayor volumen de negocio, optimización de recursos humanos y racionalización de la composición accionarial; concentración en una misma sociedad del terreno y de la explotación de un hotel-restaurante, para mejorar la capacidad de financiación de la propia actividad; en sociedades propietarias de distintos solares que quieren acometer conjuntamente la promoción y construcción inmobiliaria, se considera motivo válido la fusión por absorción para reducir costos e incrementar la solvencia de la adquirente; optimizar

la red comercial; subrogación por parte de sociedad absorbente en la deducción por reinversión, con ocasión de nuevas inversiones; cuando una de las sociedades intervinientes en la fusión es inactiva, puede apreciarse motivo económico válido, salvo que la operación se haga sólo para compensar bases imponibles negativas pendientes de compensar; sin embargo, cuando las sociedades son operativas, y alguna de ellas tiene bases imponibles negativas, si; la fusión refuerza la actividad, priman los motivos económicos sobre los fiscales; fusión de dos sociedades, la absorbente; participa en el capital de la absorbida, seguida de escisión total, con objeto de diferenciar actividades.

Se admite el régimen especial (en Escisiones) cuando se separan los inmuebles destinados a la promoción inmobiliaria separándose de los destinados a inversión, consiguiendo para ello diferenciar la gestión con estructuras diferentes; en general hay motivo válido para practicar escisión total de inmuebles que tienen ubicación, riesgo, destino diferenciado para gestionarlos también de forma diferenciada; escisión dirigida a separar riesgos empresariales y facilitar la entrada de nuevos socios; escisión total de una entidad promotora en varias sociedades para agilizar y asumir diferentes riesgos con las promociones; escisión total de una sociedad en tres sociedades en las que participarían en igual proporción que en la sociedad escindida, de manera que cada una de ellas será gestionada por cada lino de los tres hijos, lo que permitiría la continuidad de la actividad ante la falta de criterios comunes de gestión.

Finalmente hay que tener en cuenta que el art. 89.2 ha introducido un nuevo párrafo: *"Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo impuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal".*

Se admite de este modo que la regularización fiscal de las sociedades y socios involucrados en las operaciones afecte exclusivamente a la ventaja fiscal irregularmente obtenida (G. Menández García).

El Informe de la DGT de 10 de octubre 2005, relativo específicamente a la posibilidad de inaplicación parcial del régimen especial, entendía posible, a la vista de cada caso en particular, la retirada parcial del régimen fiscal especial, en la parte que corresponda a la

ventaja fiscal perseguida en fraude o evasión fiscal. Lo que concuerda con la permisión a los Estados de negativa de la aplicación "total o parcialmente" (art. 15.a. Directiva 2008/133 CE).

II. LOS CONCEPTOS FISCALES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL RÉGIMEN ESPECIAL

Previamente: La Transformación de una sociedad adoptando un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.

Dice el art. 3 LMESM, "En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica. Ciertamente, se ha ampliado el perímetro de la operación, pero no se contemplan los supuestos de "transformaciones heterogéneas": se parte de una sociedad (no cualquier otro tipo de entidad jurídica) que va a cambiar su forma actual por otra nueva, también societaria. Y, dentro de las sociedades, se admite el paso de sociedad civil a sociedad mercantil, ¿y a la inversa?: también (Resoluciones de 13-mayo y 26-abril de 2016; no hay por qué considerar la enumeración legal, *numerus clausus*).

Como afirma G. Giménez Reyna, mientras que en los casos de fusión, escisión y cesión global del patrimonio se produce un fenómeno de sucesión universal, en la transformación se produce la permanencia del sujeto jurídico, aunque con una forma distinta. En la transformación no se verifica transmisión ni alteración patrimonial alguna. Por tanto, no se produce el hecho imponible del Impuesto, no hay obtención de renta: una sociedad cambia de forma jurídica exclusivamente. Como ha podido decirse: estamos ante un acto inocente fiscalmente, sin perjuicio de que pueda ser determinante para que el socio adopte la decisión de separarse, en cuanto supone una modificación del contrato que suscribió en la constitución de la sociedad. Salvo en los supuestos excepcionales que el art. 27.2 LIS contempla, la transformación no tendrá ninguna trascendencia a efectos del IS.

1. Concepto fiscal de la Fusión. El artículo 76.1 LIS: modalidades

Existen tres modalidades: tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

1.1. Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

1.2. Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

1.3. Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Se trata de la absorción de sociedad íntegramente participada del art. 49 LMESM. Supone la absorción por la sociedad que es titular de todas las acciones o participaciones en que se divide el capital de la o las sociedades absorbidas.

Si la íntegra participación es directa, entra dentro del art. 83, letra c), de la LIS.

Caso de que sea indirecta (A es titular del 100 % del capital de B, y B lo es del 100 % del capital de C, absorbiendo A a C), la sociedad A ha de compensar a la sociedad o sociedades intermedias "por el valor razonable de su participación en la sociedad absorbida", para evitar su descapitalización (Juste Mencía y Sánchez Rus). El aumento de capital de la sociedad absorbente y la atribución patrimonial a los socios de la sociedad absorbida, hace en consecuencia aplicable el concepto fiscal de la Fusión (Juárez González).

Por último, y como expone C. García Novoa, si la absorbente no ostenta la titularidad íntegra del capital de la sociedad absorbida, también la DGT aplica el régimen especial si aquélla compensa a la

sociedad que no participa en la fusión por el valor razonable dada la operación (C.V. de 18-XII-2009 y 15-I-2010).

Pero la LME regula otras Fusiones especiales o simplificadas que hay que contrastar con las que la legislación tributaria regula.

1.4. Absorción de sociedad participada al noventa por ciento o más del art. 50 LME.

Se articula –dice Juárez González– por el ofrecimiento de la sociedad absorbente a los socios minoritarios de las sociedades absorbidas de adquisición de sus acciones o participaciones sociales y sólo en caso de no adquisición deben ser canjeadas por acciones o participaciones sociales propias de la sociedad absorbente que tuviera en cartera (número 2).

Difícilmente, por ello, encaja en los requisitos que el art. 83, hoy 76 LIS exige, señala el citado autor.

A falta de un pronunciamiento expreso de la DGT, que es lo aconsejado por los autores, tributaristas, coordinados por Mellado Benavente, éstos han sugerido una interpretación integradora por la que *quizás* podrá aplicarse el régimen fiscal especial, pero en todo caso sometiendo a tributación la renta obtenida por los socios de la sociedad absorbida que opten por la transmisión de acciones o participaciones sociales a la sociedad absorbente.

Y, en base a la C.V. de 26-febrero-2009, considera C. García Novoa que es posible una interpretación correctora: si estamos ante fusión de *sociedades hermanas*, su finalidad puede considerarse que es la de reestructuración empresarial.

1.5. Fusión de sociedades íntegramente participadas del art. 52 LME.

El supuesto en que varias sociedades tienen *un padre común* ha dado lugar a enfoques no coincidentes, debido fundamentalmente a que en la directa puede que no exista aumento de capital y por ello no atribución proporcional a los socios (no encajando en tal caso, según Juárez González, en el art. 76 LIS).

Para los autores tributaristas, coordinados por Mellado Benavente, si la participación del socio es *directa,* la DGT ha admitido la aplicación del régimen fiscal especial, aunque no se atribuyan valores al socio de la absorbida, ni aumento de capital en la sociedad absorbente.

Caso de participación indirecta, si, conforme al informe de los expertos, se produce aumento de capital, parece que sí podría encajar, en opinión de JUÁREZ GONZÁLEZ. Los citados autores apuntan que la DGT ha admitido la aplicación del régimen fiscal especial siempre que la sociedad absorbente compense a la sociedad a través de la cual ostenta la participación indirecta en la sociedad absorbida, por el valor razonable de la participación en la misma (DGT. Consulta vinculante de 15 de enero de 2010).

1.6. Absorción en que la sociedad absorbida es, directa o indirectamente, la titular de todas las acciones o participaciones sociales de la sociedad absorbente. Art. 52.1, segunda parte.

Estamos ante la *Fusión inversa* (caso típico, absorción de la matriz por una filial).

Si la participación es directa, como la sociedad absorbente recibe las acciones o participaciones propias que tenía la sociedad absorbida, las integra en la autocartera y las adjudica a los socios de aquélla (JUÁREZ GONZÁLEZ), la DGT ha terminado por aceptar el encaje de esta figura en el ámbito del régimen fiscal especial *ex* art. 76 (contestación a la CV de 19 de febrero de 2009; CALVO VÉRGEZ).

Si la participación es indirecta y conlleva aumento de capital —por el posible aumento del patrimonio— en la sociedad absorbente se cumplen, a juicio de JUÁREZ GONZÁLEZ, los requisitos que exige el art. 83 LIS para la definición fiscal de la fusión (no parece aplicable el régimen especial, para CALVO VÉRGEZ).)

En todo caso, apunta B. GARCÍA-ROZADO, no cabe la deducción del fondo de comercio del art. 89.3.

1.7. Fusión económica: extinción de una sociedad que transmite en bloque su patrimonio a la sociedad que es socia única.

La operación, asimilada a la Fusión del art. 53 LME, encaja –por identidad sustancial– con la definición de la letra c) del art. 76.1 LIS (JUÁREZ GONZÁLEZ y autores tributaristas coordinados por MELLADO BENAVENTE).

1.8. La Fusión apalancada: rotundamente la Audiencia Nacional ha considerado que no cabe entender que exista una razón reestructuradora u armonizadora (S. de 7 mayo 2007).

2. Definición fiscal de la Escisión

Regulada en el art. 76.2. de la LIS, abarca la Escisión total, la parcial y la llamada Escisión parcial financiera o de cartera.

2.1. *La total* coincide en su definición con el concepto sustantivo (art. 69 LME), si bien en la fiscal existe el límite porcentual –no superior al 10 % del valor nominal– a la compensación en metálico como consecuencia del canje de títulos.

Pero la característica fiscal de mayor relieve proviene de la exigencia del art. 76.2.2.º: si no se guarda la proporcionalidad cualitativa, los patrimonios adquiridos por las sociedades beneficiarias o adquirentes han de constituir ramas de actividad –luego se verá de qué habla aquí la Ley fiscal–. Y según la DGT tales ramas de actividad son las que se transmiten, de modo que los patrimonios escindidos han de constituir ya ramas de actividad en la entidad que se escinde para que sea aplicable el régimen fiscal especial (y es que se quiere evitar la aplicación del régimen fiscal a la mera separación de socios).

2.2. *La parcial* parece corresponder, en su definición, a la que el art. 70 LME regula, pero de su comparación resulta lo siguiente (además del límite porcentual a la compensación en metálico).

— De un lado, ha de mantenerse al menos una rama de actividad transmitente (art. 75.2.b de la LIS), lo que la ley mercantil no exige.

— De otro, la parte o partes del patrimonio social que se transmiten y ello no dice que sean a título universal, han de formar también ramas de actividad, cuando el art. 70 de la LME de unidad económica habla.

2.3. La Segregación en la LIS. El actual art. 76.2.1.º c) dice: "*Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual: c) Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social*

de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior".

La rama de actividad la define la LIS como el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan (art. 76.4). Estamos ante conceptos análogos, pero evidentemente el mercantil es más genérico que el fiscal. Más adelante se precisará esta materia ante la praxis.

¿Armonización sustantiva y fiscal?

La única diferencia entre las definiciones de escisión de las letras b) y c) del apartado 1.º del art. 76.2. LIS y el concepto mercantil de escisión parcial radica, hay que entender, en la composición de las fracciones patrimoniales en que se disgrega el patrimonio de la sociedad que se escinde.

En la normativa mercantil (art. 70 LMESM) sólo se exige que la fracción transmitida o cada una de las fracciones transmitidas formen una "unidad económica", exigencia que, según la mejor doctrina, se cumple cuando entre los elementos integrantes de esa fracción existe una cierta unidad o congruencia funcional.

En cambio, como sintetiza G. Menéndez García, la normativa tributaria reserva la calificación de escisión parcial y, por lo tanto, la aplicación del régimen especial a las operaciones en que concurran las siguientes circunstancias:

— Se transmite una o varias partes que forman ramas de actividad, manteniéndose, al menos, una rama de actividad o un paquete de participaciones mayoritarias en la entidad transmitente (letra b del apartado 1.º del art. 76.2. LIS).

— Se transmite un paquete de participaciones mayoritarias, manteniéndose en la entidad transmitente, bien participaciones mayoritarias en el capital de otra u otras entidades, bien una rama de actividad (letra c del apartado 1.º del art. 76.2 LIS).

Esta segunda posibilidad (transmisión de un paquete mayoritario de participaciones) no exige en los supuestos a que se refiere el

apartado 2.º del art. 76.2. LIS, esto es, en los casos en que, existiendo *dos o más entidades adquirentes*, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de participaciones en el capital de alguna de las entidades adquirentes se produzca *"en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde"*. En estas circunstancias, es necesario que los patrimonios adquiridos por las entidades financieras constituyan ramas de actividad.

3. Comparando la Segregación de la LMESM y la Aportación no dineraria de Ramas de actividad. La Ley del Impuesto de Sociedades.

Definida la primera en el art. 71 LME, supone el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales ha de formar una unidad económica, a otra u otras entidades, siendo la sociedad segregada –no sus socios– la que recibe a cambio de acciones, participaciones o cuotas (aquí vuelve la ley a hablar de estas últimas, cuando en otros preceptos –fusiones especiales– las omite) de las sociedades beneficiarias.

¿*Quid iuri*s ante la ley fiscal reguladora del régimen especial, que hoy al lado de la Segregación, habla de la Aportación no dineraria de ramas de actividad? Ésta consiste en que a cambio la entidad aportante recibe valores representativos del capital social de la entidad adquirente (art. 76.3).

Y cabe preguntarse, ¿esta figura como se armoniza y distingue de la Segregación? Y el requisito de que ha de tratarse de rama de actividad, ¿en qué consiste?

Conforme a la ley fiscal, y como ya expresa, se entenderá por rama de actividad –dice el art. 76.4 LIS– el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Con lo que se adecúa a la Directiva 2009/133 (art. 2.j).

¿Debe considerarse que, a pesar del propósito del legislador mercantil en esta materia, la descoordinación, desajuste, esquizofrenia, en palabras de Salto Guglieri, al compararla con la regulación fiscal produce el efecto de que si en el caso real de que se trate el traspaso es de algo constitutivo, a efectos fiscales, de rama de actividad, puede elegirse entre la segregación (que supone traspaso en bloque por sucesión universal) o la Aportación de rama de actividad del art.

76.3 LIS, en relación con el art. 63 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital –sin sucesión universal–, desde luego? Afirmativamente hay que considerarlo estudiando la problemática *ad hoc* en el régimen sustantivo de la figura de la Segregación. Ello sin realizar, aquí y ahora, un tratamiento más detenido de la cuestión.

Y caso de que la Aportación no dineraria no sea calificable de rama de actividad, la posibilidad de aplicación del régimen fiscal especial depende de que se cumplan los requisitos que el art. 87 de la LIS exige (el precepto separa y distingue lo anterior del supuesto de aportación de ramas de actividad; a éste se refiere el número 2) "El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará también a las aportaciones de ramas de actividad, efectuadas por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio o legislación equivalente".

Como expone Giménez García, no es exigible una autonomía funcional *actual*, sino que es suficiente una autonomía *potencial*. Dicho de otra forma, con la redacción hoy vigente queda claro que no constituye un impedimento el hecho de que la fracción patrimonial nunca haya funcionado autónomamente y parece admisible, incluso, que nunca llegue a hacerlo.

Lamentablemente, la interpretación restrictiva de la definición de rama de actividad ha sido defendida por la STS de 29 de octubre de 2009 (LA LEY 247606/2009) en unos términos reiterados, en relación con la misma cuestión de fondo, por la Sentencia del mismo Tribunal de 21-6-2010 (LA LEY 110060/2010). Haciendo suya una expresión que, es utilizada por la DGT, estas Sentencias entienden que el concepto de rama de actividad *"exige que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma exista también previamente en sede del transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma"*. En esta misma línea restrictiva, aunque en relación con el supuesto de no sujeción al IVA establecido en el art. 7.1.º LIVA, la Sentencia de ese Tribunal de 30 de junio de 2011 (RJ 2011, 6062) casó la SAN del asunto Mondariz que acabamos de citar.

Debe tenerse en cuenta, además, que el criterio mantenido por la Administración y por las Sentencias del Tribunal Supremo citadas no sólo es contrario a la redacción vigente del art. 76.4 LIS, sino

que, al exigir que los elementos transmitidos conformen una rama de actividad en origen, viene a establecer un requisito que no está previsto en la Directiva 2009/133/CE y que puede, en consecuencia, reputarse contrario al ordenamiento comunitario.

Para terminar de estudiar esta intrincada materia es plausible actuar con la mayor seguridad jurídica posible (sic) por lo que expongo supuestos en los que la Dirección General Tributaria o el Tribunal Económico Administrativo Central han dado soluciones sobre la existencia o no de r*ama de actividad*:

— No hubo escisión de rama de actividad en la aportación de inmueble que no estaba afecto a la de arrendamiento (TEAC 7-11-2003).

— No se aplica el régimen de fusiones porque no es rama de actividad una serie de activos que permitirían desarrollar una actividad diferente, sino la que se desarrolla o se puede realizar al contar con medios materiales y humanos necesarios para hacerlo (TEAC 12-11-2004).

— No se aplica el régimen de fusiones a la escisión parcial de un establecimiento hotelero que estaba arrendado sin constituir –local, personal– actividad empresarial (TEAC 27-7-2006).

— No se aplica el régimen de fusiones a la escisión de parte de una cartera de acciones y créditos a corto plazo porque no constituye rama de actividad (TEAC 19-1-2007).

— En una escisión la normativa es la vigente al tiempo de inscripción en el Registro, por lo que al incumplir el requisito de proporcionalidad en el reparto de participaciones es necesario que los patrimonios escindidos constituyan rama de actividad, y el cumplimiento impide aplicar el régimen, debiendo integrar la base al realizarse las operaciones, pues por el mero hecho de la transmisión de los bienes objeto de la escisión no hay derecho al diferimiento (TEAC 2-3-2007).

— No se aplica el régimen de escisión de rama de actividad cuando se produce una escisión parcial transmitiendo un terreno para

campo de golf, tesorería y zonas verdes, sin que antes ni al aportar se dedicara a esa actividad la transmitente (TEAC 17-5-2007).

— Por su parte, la Audiencia Nacional (frente al criterio del TEAC) identifica en lo sustancial "unidad económica" y "rama de actividad": a efectos fiscales, considera, si existe la primera –conjunto capaz de funcionar por sus propios medios– se da el requisito de la rama de actividad (C. García Novoa).

III. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA MEDIANTE TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO

Si "en cuanto procedan se aplicarán las normas de la Escisión" al supuesto del epígrafe, de modo que todo su patrimonio lo transmite en bloque –no dice si ha de ser a título universal– a otra sociedad que ha de ser de nueva creación y, a cambio recibe de la sociedad beneficiaria todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la misma (art. 72 Ley de Modificaciones Estructurales), la aplicación del régimen fiscal especial depende de si el patrimonio de la sociedad transmitente está o no constituido por una o más ramas de actividad (Juárez González).

Esta figura, *filialización* total, se diferencia de la cesión global de activo y pasivo por la contraprestación y su enmarque –relativo– dentro de la Escisión en la ley sustantiva, se ha debido al recelo motivado por la creación de una sociedad tipo holding.

IV. CONCEPTO FISCAL DE CANJE DE VALORES

El art. 76, número 5, LIS lo define como: "la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispusiere de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad".

Como puede verse, no estamos ante una figura con propia sustantividad en Derecho Mercantil: se trata de un medio instrumental caso de aportación de acciones o participaciones de una sociedad a otra en volumen suficiente para atribuirle la mayoría de los derechos de voto, o aumentar los que ya tenía; o bien en una segregación si el conjunto de acciones o participaciones transmitido constituyen una "unidad económica"; y en último término la operación puede articularse mercantilmente mediante permuta de los socios de sus participaciones con las participaciones en autocartera de la sociedad que toma o que aumenta el control (JUÁREZ GONZÁLEZ y GARCÍA DE BLAS).

Como dice el primer autor citado, su tratamiento fiscal es idéntico a las operaciones típicas de Fusión y Escisión.

V. APORTACIONES NO DINERARIAS ESPECIALES. ARTÍCULO 87

1. EL régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del contribuyente de este Impuesto, del Impuesto sobre La Renta de Las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, a Las aportaciones no dineradas en Las que concurran tos siguientes requisitos:

a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados.

b) Que una vez realizada la aportación, el contribuyente aportante de este Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el 5 por ciento.

c) Que, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente en territorio español, se tendrán que cumplir además de Los requisitos señalados en las letras a) y b). Los siguientes:

1.° Que a la entidad de cuyo capital social sean representativos no le sean de…. aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas, previstos en esta Ley, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en Los términos previstos en el artículo 4.ocho.dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

2.° Que representen una participación de, al menos, un 5 por ciento de Los fondos propios de la entidad.

3.º Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación.

d) Que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos de los mencionados en la Letra c) por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean residentes en Estados miembros de la Unión Europea, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio o legislación equivalente.

VI. CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL AL EXTRANJERO

"La decisión de una SE o una SCE de reorganizar su actividad mediante el traslado de su domicilio social no debe verse obstaculizado por una reglamentación fiscal discriminatoria, ni por restricciones, trabas o distorsiones derivadas de disposiciones fiscales nacionales que contravengan el Derecho comunitario. El traslado, o los hechos relacionados con ese traslado, pueden dar pie a alguna forma de imposición el Estado miembro a partir del cual se traslada el domicilio. En el caso de que los activos de la SE o de la SCE permanezcan realmente afectados a un establecimiento permanente perteneciente en el Estado miembro a partir del cual se hubiera trasladado el domicilio social, ese establecimiento permanente debe poder disfrutar de ventajas similares a las previstas en los artículos 4, 5 y 6. Además, debe excluirse la imposición de los socios con ocasión del traslado de domicilio social". Así dice la Directiva 2009/133 CE en su preámbulo y a tal efecto, se incorpora esta nueva operación protegida con

la siguiente definición en el art. 2.k): "Traslado de domicilio social": La operación en virtud de la cual una SE o una SCE traslada su domicilio social de un Estado miembro a otro, sin que ello dé lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica".

Expone E. Giménez-Reyna que aunque lo normal es que el traslado de domicilio comporte el cambio de residencia de la entidad, y así se regula el supuesto en las normativas nacionales de la imposición de sociedades (en España, el art. 19.1 LIS), la Directiva contempla también el otro supuesto, aquel en que el traslado del domicilio social no da pie a que cambie la residencia fiscal; la dicción de la Directiva trata ambas cosas como una sola: traslado de domicilio o cambio de residencia fiscal. No obstante, como algún otro autor ha dicho, dado que la SE sigue el criterio de la sede real, y visto que el criterio utilizado por los convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE será el de sede de dirección efectiva, lo más probable será que el traslado de domicilio social implique el de residencia fiscal.

La doctrina, si bien destaca la trascendencia de la nueva figura, conformada desde el espíritu de la máxima continuidad de la personalidad jurídica, considera criticable que la regulación de las consecuencias tributarias del cambio de domicilio social a otro Estado de la Comunidad se limite únicamente a las entidades que adopten la forma de SE o de SCE y no se extienda al resto de tipos sociales cubiertos por su ámbito de aplicación.

Y es que la LIS en su actual art. 76.7 dice que: el régimen tributario previsto en este Capítulo –el VII– será aplicable a las operaciones de cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la UE, respecto de los bienes y derechos situados en territorio español que quedara afectados con posterioridad a un establecimiento permanente situado en dicho territorio. A estos efectos, las reglas de este régimen especial sería de aplicación a las operaciones de cambio de domicilio social, aunque no den lugar a dichas transmisiones.

Queda apuntar que –conforme al art. 8.1. LIS se consideran residentes en territorio español las entidades: a) constituidos conforme a las leyes españolas; b) que tengan su domicilio social en territorio

español, o c) su sede de dirección efectiva en territorio español (con lo que cabe que se traslade el domicilio pero no también la sede de dirección efectiva: doble residencia).

Por último es destacable el enfoque –caleidoscópico– de G. Menéndez García que en esencia transcribo: La cesión global de activo y pasivo no parece subsumible en las operaciones que pueden disfrutar del régimen especial del capítulo VII del título VII de la LIS. De acuerdo con el art. 81 LMESM; en la cesión global la sociedad cedente o sus socios perciben siempre una contraprestación, y esta contraprestación no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La concurrencia de estas dos notas impide subsumir esa operación en las definiciones de fusión, escisión, aportación de rama de actividad y canje de valores del art. 76 LIS, o en la definición de aportación no dineraria del art. 87 LIS. Pueden verse, en este sentido, contestaciones de la DGT como la 20 de octubre de 2014 (V2821-14).

En particular, queda claro hoy que la transmisión a que se refiere el art. 76.1.c) LIS (transmisión por una entidad, *"como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación"*, del *"conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social"*) no puede realizarse a través de la cesión global de activo y pasivo. En efecto, en la operación a que se refiere ese precepto no media la contraprestación característica de la cesión global y, de acuerdo con el art. 53 LMESM, la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio al socio único en pago de su cuota de liquidación, cuando este socio tenga forma societaria, *"constituye una fusión".*

Sólo en casos de laboratorio podría entenderse que la cesión global cumple los requisitos de las definiciones de los arts. 76 u 87 LIS. Así la cesión podría subsumirse en el supuesto de hecho de los apartados 3 (aportación de rama de actividad) o 5 (canje de valores) del art. 76 LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o participaciones propias, y la sociedad cedente recibiera como contraprestación una rama de actividad que le permita obtener la mayoría de los derechos de voto (o esta participación y una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal de las acciones o participaciones). Del mismo modo, la cesión global podría incardinarse en el supuesto de hecho del art. 87.1 LIS si el patrimonio transmitido consistiera en acciones o

participaciones propias que representen, al menos, un 5 por ciento de los fondos propios de la entidad cedente y ésta recibiera como contraprestación elementos no dinerarios (que no podrán consistir –recuérdese– en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario).

VII. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. Están no sujetas las "operaciones de reestructuración" por el concepto "operaciones societarias" (art. 19 de la Ley —Texto Refundido— después de la reforma por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre).

2. La LITP y AJD establece en su art. 19.2 que no están sujetas las operaciones de reestructuración. Tampoco lo están el traslado de la sede de dirección efectiva o la del domicilio social de sociedades de un Estado miembro de la UE a otro, así como… la transformación de una sociedad (art. 19).

3. Algunos supuestos reales nos dan visión práctica de lo anterior

— No hay exención por adquisición de rama de actividad cuando se adquieren inmuebles de entidades financieras, porque no son objeto de su actividad ni existía una unidad económica autónoma capaz de funcionar por sus propios medios (TEAC 24-5-2000).

— No está exento el aumento de capital por la vía de compensación de créditos contra la sociedad, ya que no se incluye entre las aportaciones no dinerarias del art. 108 LIS, existe una adjudicación en pago de deudas, siendo aplicable el art. 110 LIS (TEAC 10-4 y 23-6 de 2004).

— Sí está exenta, porque aunque lo aportado no constituye rama de actividad, es de aplicación el art. 108 LIS al darse las condiciones que exige el precepto sobre aportación no dineraria (TEAC 20-6-2001).

VIII. EL IMPUESTO DEL VALOR AÑADIDO. RESALTANDO ASPECTOS FUNDAMENTALES

1. Hoy, debido a la supresión por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, de la referencia a la Ley 29/1991, por la exigencia legal de que la transmisión se trate de "un conjunto de elementos que constituyan una unidad económica capaz de desarrollar una actividad" (art. 7 LIVA), la no sujeción al IVA depende no sólo de que no se aplique el régimen especial en el IS, sino de que ante tal unidad económica y conjunto de elementos dotados de la suficiente autonomía nos hallemos.

2. Caso de transmisión de inmuebles, la no sujeción al IVA lleva a la sujeción al ITP, concepto Transmisiones Onerosas (art. 4 LIVA).

3. Como ejemplo de aplicación real puede señalarse: caso de Escisión total, con el régimen especial en la IS, la transmisión a dos sociedades del patrimonio (máquinas de juego y autorizaciones) está sujeta, porque no es susceptible de actividad económica, y no está exenta porque lo transmitido son servicios –derechos– y la LIVA, en su art. 20.1.24.º, dice: entrega de bienes (TEAC 12-5-2009).

4. En último término, un apunte sobre la *no sujeción* al IVA: a vueltas con la rama de actividad y la unidad económica autónoma en el transmitente.

En la redacción dada por la Ley 4/2008, el art. 7.1 LIVA establecía la no sujeción de *"La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley". En la redacción dada por la Ley 28/2014, el precepto ha pasado a exigir para aplicar la no sujeción que los elementos "constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente"*

A estos efectos –señala el artículo en ambas versiones– *"resultará irrelevante que el adquirente desarrolle la misma actividad a*

la que estaban afectos los elementos adquiridos u otra diferente, siempre que se acredite por el adquirente la intención de mantener dicha afectación al desarrollo de una actividad empresarial o profesional". Como es natural, "En caso de que los bienes y derechos transmitidos, o parte de ellos, se desafecten posteriormente de las actividades empresariales o profesionales que determinan la no sujeción prevista en este número, la referida desafectación quedará sujeta al Impuesto en la forma establecida para cada caso en esta Ley".

Como se puede observar, el elemento nuclear en la delimitación del supuesto radica en que los elementos transmitidos *"constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una unidad empresarial o profesional por sus propios medios".*

La relevancia de la autonomía funcional es destacada por la STJUE Zita Modes en la interpretación de la Directiva. El apartado 40 de esta Sentencia entiende que el concepto de *"transmisión", a título oneroso o gratuito o bajo la forma de aportación a una sociedad, de una universalidad total o parcial de bienes" comprende "la transmisión de un establecimiento mercantil o de una parte autónoma de una empresa, con elementos corporales y, en su caso, incorporales que, conjuntamente, constituyen una empresa o una parte de una empresa capaz de desarrollar una actividad económica autónoma".*

Este elemento de la autonomía funcional está presente también en la definición de "rama de actividad" del art. 76.4 LIS que, guarda relación con la aplicación a ciertas operaciones de reestructuración del régimen especial en materia de imposición directa configurado por el capítulo VII de la LIS.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Primero.– El poder general incluyendo actos y negocios dispositivos, incluso donaciones y aunque se incurra en autocontratación o interés opuesto, ¿no faculta al apoderado para donar si el poder no especifica los bienes que se pueden donar?

La Resolución de 25 de octubre de 2016 (BOE de 18 de noviembre de 2016) dice lo que a continuación transcribo:

— La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2016 considera que para declarar nulo un acto como el controvertido se acude a los criterios interpretativos del Código Civil en sede de mandato y gestión de negocios, tales como la extralimitación y falta al deber de fidelidad, pero sin objetar nada a la amplitud de facultades conferidas en el poder general, con lo que está marcando la pauta para resolver la cuestión que en este expediente subyace, en el sentido de que la valoración de aquellas circunstancias –que son las realmente decisorias– necesariamente deben ventilarse en sede judicial y quedan al margen de las funciones de notarios y registradores.

Con la perspectiva que resulta de estas consideraciones deben valorarse las decisiones que en la práctica judicial buscan medidas correctoras de situaciones de abuso en el concreto caso valorado para conseguir la solución más justa o equitativa. En este ámbito deben encuadrarse Sentencias como la de 6 de noviembre de 2013 citada en la calificación a que se refiere el presente recurso (relativa dicha decisión judicial a un supuesto en que se considera que con el otorgamiento del poder controvertido se trataba de proveer la estancia del padre poderdante en determinada residencia, facultando al hijo para realizar actos en nombre del padre que incluía facultad para hacer y aceptar donaciones, y el apoderado, al año siguiente,

otorga donación a favor de su pareja sin conocimiento ni consentimiento de su padre que cuando salió de la residencia revocó el poder, de modo que se estima que se hizo un uso inadecuado de tal poder).

Pero tal circunstancia no puede impedir que ex ante, en el ámbito de la actuación de notarios y registradores, se apliquen las normas de Derecho positivo sobre la materia. Por ello, a falta de norma como la del Código Civil italiano (cuyo artículo 778 establece que es nulo "il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione"), o como la del artículo 221 del Código Civil español (del que resulta la prohibición de recibir el representante -tutor- liberalidades del representado legalmente -tutelado-), en nuestro Derecho debe concluirse en la admisibilidad del apoderamiento para donar sin necesidad de que especifique la persona del donatario o el bien que se dona, sin perjuicio de una posible valoración judicial de la existencia de eventual abuso o extralimitación respecto de un mandato representativo no reflejado en los términos de la escritura de poder.

Indudablemente, en caso de que las limitaciones e instrucciones para la actuación del apoderado correspondientes al mandato representativo no queden reflejadas en la escritura de apoderamiento no puede ignorarse que este poder de representación legitima al apoderado en el tráfico, de modo que notarios y registradores han de atenerse a los estrictos términos en que aquel haya sido redactado. En esa esfera de actuación no puede descartarse que existan relaciones subyacentes entre mandante y mandatario que justifiquen esa amplísima legitimación del apoderado para actuar incluso en beneficio propio (es ejemplo de tal circunstancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1996).

Ciertamente, debe ponerse de relieve la necesidad-más bien exigencia- de que en la formalización de apoderamientos generales, como el debatido en este expediente, el notario, a la hora de redactar la escritura pública, extreme su celo y haga las indagaciones oportunas sobre la intención y alcance que el otorgante desee dar al apoderamiento, pues son evidentes las necesarias dosis de prudencia que han de emplearse cuando de poderes generales se trata. Ello redundará en beneficio de la seguridad del tráfico y de la mejor y adecuada protección y salvaguardia de la autonomía de la voluntad y personal de los ciudadanos, principio básico de nuestro ordena-

miento jurídico con un claro respaldo institucional y que no puede ni debe ser restringido innecesariamente.

De seguirse hasta sus últimas consecuencias la doctrina en que basa su calificación la Registradora, quedaría cercenada una vía tan frecuente y útil en la práctica como la de otorgamiento de poderes generales que de ordinario atienden a casos de ausencia duradera o de realización por un mismo apoderado de diversos actos o negocios de riguroso dominio en una fase temporal prolongada, sin necesidad de concesión de varios apoderamientos específicos "ad hoc" de forma sucesiva. Asimismo, en la mayoría de los casos perderían su razón de ser los denominados "poderes preventivos", generales normalmente, basados no ya en la autonomía de la voluntad, sino en el propio ámbito de decisión personal, introducidos en la regulación del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que modificando el artículo 1732 de dicho Código, permite que la incapacitación sobrevenida del mandante no sea causa de extinción de éste cuando el mandante hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Igualmente, quedaría enormemente disminuida la utilidad del poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad regulado en el artículo 222-2.1 del Código Civil de Cataluña, según el cual no es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses, añadiendo el artículo 222-44 que el apoderado, de acuerdo con el artículo 222-2.1, necesita la autorización judicial para los mismos actos que el tutor, salvo que el poderdante la haya excluido expresamente (algo que se realiza «ex ante» y sin contemplar la composición futura de su patrimonio, o posibles beneficiarios también futuros).

Por lo demás, el hecho de que en el presente caso la donante esté representada por el mismo donatario nada empece a la admisibilidad del poder debatido, ni justifica la exigibilidad de concreción del bien objeto de la donación, toda vez que la poderdante salva expresamente el conflicto de intereses, tal como refleja el notario autorizante (vid. Sobre este extremo y la autocontratación en caso de donaciones las recientes consideraciones de esta Dirección General en las Resoluciones de 20 de octubre de 2015 y 11 de abril

de 2016, que no es necesario reproducir para la resolución de este expediente).

Segundo.– Convenio regulador. Adjudicación no inscrita y posterior modificación por escritura pública. La Resolución de 21 de septiembre de 2015.

"El notario recurrente alega que tratándose de un acto de naturaleza patrimonial, los ex cónyuges pueden estipular lo que tengan a bien en la escritura pública de liquidación de su sociedad conyugal, lógica consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes y de la libertad individual; que la escritura de modificación o liquidación de la sociedad conyugal es inscribible sin necesidad de acompañar convenio regulador, y si se acompaña el convenio, como en este caso, los cónyuges no pueden verse condicionados por lo pactado en dicho convenio; que habiendo acordado una forma de liquidación en el convenio regulador, ahora los ex cónyuges pueden liquidar de manera distinta, pues si posteriormente pueden transmitirse los bienes o cuotas indivisas por cualquiera de los negocios jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico, más aun podrán liquidar como deseen, y que si el convenio regulador se hubiera inscrito, que no es el caso, habría una transmisión de bienes entre cónyuges partiendo de la situación consolidada del convenio".

Ha de empezar por manifestarse que la finca objeto del expediente, inventariada en la liquidación de la sociedad conyugal, no es el domicilio familiar, sino una rústica por lo que no son de interés para su resolución, las alegaciones hechas por el recurrente sobre atribución de uso de la vivienda familiar.

En el supuesto de este expediente, existe sentencia firme de divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, quedando disuelta la sociedad conyugal y se liquida y adjudica el pleno dominio de la finca al ex esposo.

Ahora, nueve años después, se otorga una escritura pública titulada de liquidación de sociedad de gananciales por la que se modifica el convenio regulador y se realiza otra liquidación distinta de una de las fincas, adjudicándose esta finca a la ex esposa, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Pero la Registradora alega también: se exige un título para adquirir el dominio. En nuestro caso no hay un título de adquisición del dominio, en el sentido de contrato válido...

Como ya manifestara esta Dirección General en su Resolución de 6 de julio de 2006, respecto de una escritura de rectificación « siempre será necesario que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, a fin de evitar que por una vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos. En este punto, no es posible dar pautas generales y habrá de atenderse a cada supuesto fáctico".

En este expediente no estamos ante una rectificación del convenio regulador en el sentido de rectificar un error padecido en su confección pretendiendo las partes que su contenido se ajuste a lo realmente querido.

De su propio tenor, se deduce que lo que realmente se pretende es una modificación del convenio regulador, que se corresponde con una nueva declaración de voluntad, a un nuevo negocio jurídico, produciendo efectos de transmisión del dominio de la finca del patrimonio del marido al patrimonio de la mujer.

Ciertamente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que son válidos y eficaces los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges (en este caso ex cónyuges) y, por tanto, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que queden especificados en el título los elementos esenciales del negocio jurídico y, entre ellos, la causa del negocio, como exige el principio registral de especialidad o determinación. Así lo ponen de manifiesto, las Resoluciones de 8 de mayo, 2,4 y 26 de junio, 1 de julio y 6 de septiembre de 2014, señalándose en esta última que «la especificación de la causa es imprescindible para acceder a la toma de razón de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora y después practicar debidamente los asientos que procedan».

Igualmente esta Dirección General ya en sus Resoluciones de 24 de septiembre y 18 de noviembre de 1998 impuso: a) La exigencia de una causa lícita y suficiente para todo negocio traslativo (cfr. artículos 1274 y siguientes del Código Civil); b) la extensión de la calificación registral a todos los extremos determinantes de la validez del negocio inscribible (artículo 18 de la Ley Hipotecaria); c) la necesidad de reflejar en el Registro de la Propiedad de forma completa

el negocio jurídico determinante del derecho real a inscribir (cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), y d) las distintas exigencias en cuanto a la validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (adviértase las diferencias entre las adquisiciones a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte su protección –cfr. artículos 34 Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil –como en su firmeza– cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil).

En este sentido alcanza pleno significado la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011, cuando con cita de su Sentencia de 22 de abril de 1997, determina que "es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico". Claramente exige nuestro Alto Tribunal la concurrencia de la causa como requisito esencial de validez.

Queda por determinar si es causa suficiente para la transmisión dominical que motiva el presente expediente el de «modificación» del convenio regulador. En la escritura se inventaría como ganancial la finca que en el convenio anterior se había adjudicado al marido. Se valora en 13.300euros y se adjudica a la esposa, llevando un exceso de adjudicación de 6.850 que se manifiesta percibido en metálico con anterioridad a ese acto.

En el contexto de la escritura que motiva la presente Resolución ha de entenderse que esta causa, «modificación», no es suficiente para provocar la transmisión dominical realizada. La «modificación» por sí no constituye un título traslativo del dominio.

Ciertamente, dentro de un contexto de resolución de la crisis familiar, la existencia de una "causa familiar", debidamente expresada, con distintos y variados significados (asunción de cargas familiares, pago de pensión compensatoria, transacción), puede justificar una modificación del inicial "convenio regulador" y podría servir de causa del desplazamiento patrimonial pretendido, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros, pero ello no concurre en el presente expediente, donde los otorgantes se limitan a manifestar,

nueve años después de aprobarse judicialmente el convenio regulador, que modifican éste, sin someterlo nuevamente a aprobación judicial (que aunque ya hemos visto no es estrictamente necesaria cuando el negocio jurídico complementario es coetáneo parece razonable exigirse cuando ha transcurrido tanto tiempo), sin justificar además el carácter ganancial con que se pretende inventariar ahora el bien, y sin expresar causa traslativa alguna que justifique el desplazamiento patrimonial.

Tercero.– Convenio regulador. Atribución de ganancialidad. Resolución de 21 de julio de 2016.

"Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros, esta Dirección General ha considerado (cfr. Resoluciones de 8 de mayo, 26 de junio, 26 de julio y 29 de septiembre de 2014, y 19 y 30 de junio y 27 de julio de 2015), la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 7 de julio y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

Ciertamente el criterio general de esta Dirección General es que el convenio regulador aprobado judicialmente no es el documento idóneo para verificar atribuciones de ganancialidad, incorporando nuevos bienes en el patrimonio ganancial (cfr. Resolución 13 de marzo de 2015). Sin embargo, esta misma Dirección General ha admitido que en el convenio regulador puedan los cónyuges, respecto de la vivienda familiar de que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al matrimonio, explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial (cfr. Resolución de 11 de abril de 2012) y este mismo criterio debe aplicarse respecto de la plaza de garaje ubicada en el mismo edificio que la vivienda familiar, dado el carácter complementario a la vivienda que puede atribuirse a la plaza de garaje".

• Los supuestos SEGUNDO y TERCERO, como puede observarse, plantean cuestiones judiciales-notariales (convenios- escrituras públicas posteriores). Adjudicaciones, modificaciones posteriores, atribución de ganancialidad

Vivienda familiar; plaza de garaje de carácter complementario. CAUSA FAMILIAR crisis matrimonial La DGRN va configurando una doctrina específica, original, en sede no contenciosa.

Y puede complementarse con las Resoluciones: BOE de 7 de noviembre de 2014 y 20 de septiembre de 2016, así como con lo que transcribo a continuación, de la Resolución de 24 de noviembre de 2015.

Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros, esta Dirección General ha considerado (cfr. Resoluciones de 8 de mayo, 26 de junio, 26 de julio y 29 de septiembre de 2014, y 19 y 30 de junio y 27 de julio de 2015), la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 7 de julio y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

Cuarto.– Lo que es y no es partición por el testador. La legítima "pars bonorum". Resolución de 5 de julio de 2016.

Addenda, comparativa: La legítima en Galicia y en Cataluña. Resolución de 23 de septiembre de 2016.

"En primer lugar, es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales –inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos–, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a

cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998, ha establecido que para la distinción entre partición y operaciones particionales –normas para la partición– "existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione". También en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1993 y la de 15 de julio de 2006, en las cuales, no son partición los simples ruegos, deseos, recomendaciones y otras que no supongan adjudicación, hechos por el testador; en este caso estaremos ante normas particionales y no ante una partición hecha por el testador.

La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador-partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa "iure hereditario" de los bienes adjudicados a cada heredero, es decir, y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986, es de aplicar a estas particiones el artículo 1068 del Código Civil, según el cual, "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados".

La duda sobre si se está en presencia o no de una verdadera partición testamentaria se nos presenta cuando el testador distribuye los bienes entre los herederos sin practicar las operaciones que normalmente entraña la partición. La mencionada Sentencia de 21 de julio de 1986 lo resuelve en sentido afirmativo. Así pues, conforme a esta jurisprudencia, cabe el reparto de los bienes sin formalizar el inventario ni practicar la liquidación, de manera que en el supuesto de esa Sentencia nos encontrábamos ante una verdadera partición,

de forma que el artículo 1068 del Código Civil era aplicable a ese caso "sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador".

Este Centro Directivo también se ha pronunciado, en Resolución de 1 de agosto de 2012, en los siguientes términos: "Resumidos los antecedentes, procede analizar las distintas cuestiones que se plantean en este recurso. La primera cuestión es la de determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, éste se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador".

Centrados en el objeto de este expediente, se menciona literalmente en el testamento que "lega a su nieto don A. G. A., hijo de su fallecida hija M. C., la legítima estricta que le corresponda ( ) como norma particional, adjudica para pago de los derechos que al testador le correspondan sobre ( )". Además se establece una prelación para la adjudicación de bienes, luego no hay avalúo de los mismos ni se hace la adjudicación definitiva sino que se marcan unas pautas para adjudicar en pago de la legítima estricta. En definitiva se hace un legado de cuota legitimaria con asignación de cosas –y no un legado de cosas con delimitación de cuota–. De tratarse de un legado de cosa cabría aceptar una partición pendiente de las acciones de complemento de legítima por parte del nieto. Pero se trata de un legado de cuota que exige un avalúo de todo el caudal hereditario para su determinación. En consecuencia, no nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son unas nor-

mas de partición. Así pues, siendo unas "normas de partición" no se produce ninguno de los efectos dichos antes para la partición del testador, y por consiguiente, las operaciones de partición no son complementarias sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del artículo 1057 del Código Civil. Así pues, sentado que el testador no hizo la partición por no figurar ésta en el testamento, debemos concluir en que estableció normas particionales para hacerla, y según reiterada doctrina de este Centro Directivo, la intervención de todos los legitimarios –además herederos en este caso– en la partición, es inexcusable.

La necesaria intervención del legitimario, se recoge entre muchas otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989, que reconoce las acciones que corresponden a los legitimarios: se reduce en determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos, de la acción de complemento de la legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, por lo que se puede producir una infracción del artículo 818 del Código Civil en relación con el artículo 657 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1075 y 1079 en relación con los artículos1056 y 818. Incluso y tratándose de partición hecha por contadores-partidores, en la ejecución de la misma, será "cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global ( ) han percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta". Así pues, no es posible ejercer las quantum o valor pecuniario que por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales.

Esta doctrina ha sido reiterada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Resolución de 1 de marzo de 2006, en la que se recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta

de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (artículo 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una "pars bonorum", y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o "pars valoris bonorum".

De ahí, que en este supuesto, en que la legítima se paga con un legado de cuota, se imponga 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. Y dicha intervención es necesaria también para la entrega de legados (*vid.* Resoluciones de 25 de febrero de 2008, 9 de marzo de 2009, 6 de marzo de 2012 y 12 y 16 de junio y 4 de julio de 2014). Esta misma doctrina ha sido mantenida en la Resolución de 15 de septiembre de 2014 para un caso análogo, de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (artículos 843 y 847 del Código Civil).

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de Derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es "pars bonorum", en otra muy distinta ("pars valoris"), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros.

Así pues, no habiendo partición hecha por el testador ni contador-partidor designado, y pagándose la legítima mediante un legado de cuota, no es posible ejercer las acciones de rescisión o de complemento en su caso sino hasta saber el montante del quantum o valor pecuniario que por legítima estricta corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento y fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes

que quedaren a la muerte del testador, con la deducción de las deudas y de las cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del Código Civil, lo que permite la práctica de las pertinentes operaciones particionales.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación

• Queda por determinar cuál será la regulación aplicable a los legitimarios de Derecho Civil de Galicia. Resolución de 23 de septiembre de 2016.

Le Ley Gallega de 1995, escogía para la legítima de los descendientes, el modelo de "pars valoris bonorum", estableciendo (artículo 151.1) que todos los bienes de la herencia quedaban afectos a su pago, correspondiendo al legitimario acción real para la reclamación y atribuyendo, además, que se pudiera pedir anotación preventiva de la demanda en que se reclamase la legítima o su suplemento.

Pero la vigente Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, adopta el modelo "pars valoris" y reproduce el sistema adoptado en Cataluña. Así, el artículo 249 dispone que "el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor". No obstante, en el apartado 3 del mismo artículo, le confiere la posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho sobre bienes de la herencia: "Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia".

El artículo 42.6 de la Ley Hipotecaria dispone, que podrán pedir anotación preventiva "los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos".

Por otra parte, el artículo 46 de la Ley Hipotecaria establece que "si la anotación fuere pedida por los herederos, legitimarios o personas que tengan derecho a promover el juicio de testamentaría, se hará mediante solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo 16. En los demás casos se practicará mediante providencia judicial, obtenida por los trámites establecidos en el artículo 57".

Así pues, en cuanto a la anotación preventiva del derecho hereditario, el artículo 46 de la Ley Hipotecaria entiende que no pueden solicitar directamente la práctica de la anotación quienes no pudieran promover el juicio de testamentaria, hoy procedimiento de

división judicial de la herencia, posibilidad, conforme a este artículo, vedada a los legitimarlos gallegos como meros titulares de un derecho de crédito. De manera que para estos legitimarios gallegos por la vía del artículo 46 Ley Hipotecaria, solo se practicaría la anotación mediante providencia judicial.

Más en concreto, esta anotación puede pedirla cualquiera de los que tengan derecho a la herencia –herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota- o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar-acreedores de la herencia– (artículo 146 del Reglamento Hipotecario).

Pero existen dos modos de obtenerla: mediante solicitud, si es pedida por los herederos, legitimarios o personas que tienen derecho a promover el juicio de testamentaria o los acreedores de la herencia cuyos créditos no estén especialmente garantizados o afianzados por los herederos siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública; mediante providencia judicial en el resto de los casos, conforme los trámites del 57 y 73 de la Ley. Actualmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lugar del juicio de testamentaria, regula el procedimiento para la división judicial de la herencia, pudiendo solicitarlo cualquier coheredero o legatario de parte alícuota) artículo 782.1 y .5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Junto a la posibilidad de promover el juicio de testamentaria y la intervención en los actos particionales, el legitimario dispone de las acciones correspondientes para pedir el suplemento de la legítima, la declaración de ser injusta la desheredación o la acción de preterición errónea o intencional.

Pero cuando la legítima es un simple derecho de crédito frente a la herencia ("pars valoris"), el legitimario puede ver burlados sus derechos sobre los inmuebles relictos por el juego de la fe pública y el nacimiento de terceros. Cuando para inscribir los bienes a nombre del heredero o legatario se precisa el consentimiento de los legitimarios, tienen éstos garantía suficiente, pero cuando el heredero puede satisfacer las legítimas en metálico o bienes no inmuebles, más propiamente bienes no registrables, es fácil obviar el asentimiento legitimario en materia inmobiliaria.

Cuando la legítima es concebida como una "pars valoris" entonces adquiere una naturaleza distinta, ya que a través de una facultad concedida por la ley o por el legislador se convierte en la obligación de satisfacerla y adopta con ello el tipo de una obligación facultati-

va. Se convierte así la legítima en un crédito del legitimario frente al heredero, y de ahí que sea necesario el principio de publicidad para garantizar el posible pago de lo que la ley le reserva.

Centrados en este expediente, la legítima gallega es una obligación de valor que puede ser satisfecha en metálico.

El artículo 249 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, establece que "1. El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor. 2. El legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario. 3. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia".

Y, el artículo 250 dispone que "el heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial".

Con la Ley 2/2006, la posición del legitimario ha quedado debilitada respecto de la situación de la Ley de 1995, pasando el legitimario a ser un acreedor, por lo que, en defensa de la reclamación de su legítima, puede exigir la formación de inventario y hacer uso de la anotación preventiva prevista en el artículo 249, para no verse perjudicado en sus derechos con la aparición de un tercero hipotecario.

El inventario es un nuevo requisito de la Ley 2/2006, que deja en manos del legitimario el que se realice o no, pues como establece el artículo 249.2: "El legitimario podrá exigir" del heredero la formalización de inventario. Esta solicitud obedece a dos razones: la necesidad de conocer el todo del que se detraerá la legítima y la conveniencia de evitar la confusión del patrimonio relicto con el del propio heredero. Es el legitimario el único que lo puede solicitar, por lo que si nada dice al respecto no se practicará esta actuación.

En cuanto a la garantía del legitimario, según el artículo 249.3: "Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia".

La nueva regulación ha modificado la configuración de la anotación, que en la Ley de 1995 regulaba la anotación preventiva de la demanda en la que se reclamara la legítima o su suplemento, mientras que ahora se habla de "anotación preventiva de su derecho" sobre los bienes inmuebles de la herencia. Esta anotación puede tener encaje en el artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a las formas de solicitar la anotación, en primer lugar, lo será por solicitud directa al registrador, formulada en documento público o en simple instancia, en los que se manifiesten o describan los bienes, siempre que éstos estén perfectamente identificados y sitos en la circunscripción territorial de aquél. Con esta petición escrita y descriptiva de los bienes, deberán presentarse en el Registro el título sucesorio fundamental, testamento, contrato sucesorio o declaración de herederos ab intestato, las certificaciones de defunción del causante y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

Quinto.– Cláusula estatutaria, caso de transmisión de participaciones sociales. Valor razonable. Objeción no expresada en la calificación. Resolución de 2 de diciembre de 2016 (BOE).

En Resolución de 2 de noviembre de 2010, este Centro Directivo ha admitido la inscripción de cláusulas de valoración de participaciones sociales para el caso de transmisión voluntaria por acto inter vivos de las mismas aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por entender que no rebasan los límites generales de la autonomía de la voluntad (cfr. artículos 1255 y 1258 del Código Civil y 28 de Ley de Sociedades de Capital), y que su acceso al Registro Mercantil tiene claro apoyo en la norma del artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil, introducida por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, siempre que no perturben la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicadas, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho -cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil–. Por otra parte, si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo

el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias.

Por lo demás, admitidos los privilegios respecto de los derechos económicos de las participaciones sociales, en el reparto de las ganancias sociales y en la cuota de liquidación del socio (cfr. artículos 95, 275 y 392.1 de Ley de Sociedades de Capital), deben admitirse también cláusulas como la ahora debatida, en el marco de la autonomía privada, con los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros. Tales cláusulas no hacen más que delimitar el contenido económico del derecho del socio a percibir el valor de sus participaciones sociales en caso de transmisión voluntaria.

Una cláusula como la que se rechaza en la calificación impugnada no puede reputarse como prohibición indirecta de disponer, pues no impide "ex ante" y objetivamente obtener el valor razonable, o un valor que será más o menos próximo a aquél según las circunstancias y los resultados de la sociedad así como del hecho de que se hayan retenido o no las ganancias. Por ello, no puede afirmarse que la cláusula debatida tenga objetivamente carácter expropiatorio o sea leonina para el socio transmitente. Y, aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios.

En el presente caso, el acuerdo debatido ha sido adoptado por unanimidad de los socios en junta general universal, por lo que se cumple el requisito establecido en el citado artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil para la inscripción del «pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones "inter vivos" o "mortis causa"…». No obstante, no puede desconocerse que la cláusula estatutaria debatida atribuye un derecho de adquisición preferente no sólo a los socios sino también a la sociedad y como ha reiterado esta Dirección General (*vid.*, por todas la Resolución de 28 de enero de 2012), han de rechazarse todos aquellos sistemas de tasación que no respondan de modo patente e inequívoco a las exigencias legales de imparcialidad y objetividad. En el presente caso el sistema establecido no garan-

tiza el cumplimiento de tales exigencias si el derecho de adquisición preferente es ejercitado por la sociedad, en tanto en cuanto el valor contable depende del balance aprobado por la junta general. Pero tal objeción no ha sido expresada en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Sexto.– El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no… (art. 1721 CC).

Caso de entidad bancaria que apodera, ¿es comisión mercantil, con aplicación del Código de Comercio? La elevación a público de documento privado. Resolución de 13 de septiembre de 2016.

Considera el Registrador que es erróneo el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas porque, a su juicio, la escritura de subapoderamiento en representación de la entidad bancaria vendedora fue otorgada por quien carecía de facultades para subapoderar, al tratarse de un mandato de naturaleza mercantil, y por tanto de aplicación los artículos 261 y 296 del Código de Comercio, según los cuales el apoderado necesitará autorización del mandante para delegar el encargo recibido, a diferencia de lo que establece el artículo 1721 de Código Civil, que permite al mandatario nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido. No todo lo que realiza un Banco es mercantil y en el supuesto presente no lo es.

¿Y ahora el NUEVO DICTAMEN?

Esta vez no. Estoy elaborando un libro conteniendo de una parte una selección al día de los "Dictamina, que algo queda" ya planteados en la Revista, y completados además con otros nuevos.

Finalidad, la de siempre y ahora específicamente: que en las oposiciones actuales los que luchan por obtener plaza tengan, dentro de este año, material útil. En ello estoy; quedo emplazado.

revistajuridica@notariado.org

RECENSIONES

SOBRE EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Gabriel García Cantero
Catedrático Emérito de Derecho Civil

Resumen: En el trabajo se recensiona ampliamente el Libro-Homenaje al Prof. Ignacio Serrano García, catedrático de la Univ. de Valladolid, editado por W. Kluver España SA en 2016. Comprende 22 colaboraciones en su mayoría de profesores universitarios de toda España. El título genérico de "Derecho de obligaciones y contratos", abre no pocos interrogantes (¿mera revisión o reforma? ¿en qué modelo comparativo inspirarse?, relaciones con el Derecho europeo y comunitario, valor de algunos proyectos oficiales y particulares) objeto de amplio debate en nuestra doctrina, sin perjuicio de la reforma ya realizada de los plazos de prescripción extintiva. Los organizadores han elegidos varios temas básicos añadiendo otros más bien de carácter particular o secundario. La recensión finaliza con una valoración de forma y fondo de la obra.

Palabras clave: el Libro IV del CC, revisión o reforma, normas internacionales y reformas europeas, Proyectos del Ministerio de Justicia y privados, reforma parcial prescripción extintiva.

SUMARIO

1. PREÁMBULO

2. CONTENIDO DEL VOLUMEN

3. SEMBLANZA DEL HOMENAJEADO: EL PROF. DR. DON IGNACIO SERRANO GARCÍA

4. UN VALIOSO ENSAYO DE LA REVISIÓN *SUB SPECIE RE STATALE*

5. ENTRE GLOBALIZACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

6. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL PMCC: LUCES Y SOMBRAS

7. EL PAGO CON SUBROGACIÓN EN LA PMCC

8. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

9. EL PRECONTRATO

10. LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y SU PRINCIPAL EXCEPCIÓN: EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

11. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

12. SOBRE LA PRESUPOSICIÓN EN LOS CONTRATOS

13. REFORMA DE LOS PLAZOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

14. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

15. DOS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL

16. OTRAS COLABORACIONES

17. A MODO DE CONCLUSIONES

1. PREÁMBULO

Se ha generalizado ya entre nosotros un tipo de obras colectivas con finalidad conmemorativa (cumplimiento de una edad determinada del homenajeado, en particular la jubilación, o la designación para cierto cargo, y similares), surgido en indeterminada fecha del siglo pasado, y a lo que ya no son ajenos los legítimos intereses editoriales, (ahora, con frecuencia multinacionales, que en buena medida las universalizan, y garantizan la publicación efectiva de aquéllas). Inicialmente su contenido resultaba variopinto y disperso, a veces en exceso (sobre todo si la obra estaba abierta a la colaboración extranjera). Luego se cayó en cuenta de que la obra sería más fructífera si el Comité organizador imponía, con mayor o menor rigor, un tema general para desarrollarlo mediante diversas colaboraciones, recayendo así sobre la oportunidad y el acierto en la elección de aquél, en buena medida, el éxito de la obra conmemorativa.

En el presente caso una somera reflexión convence al lector del interés español y europeo del tema "Derecho de Obligaciones y Contratos", aunque acaso hubiera convenido concretarlo o adicionarlo con alguna mención, aclaración o subtítulo. Ciertamente, los Anteproyectos elaborados recientemente por nuestra Comisión General de Codificación referentes a la reforma del Derecho de obligaciones y del Código de comercio, con el transfondo del ya consolidado Derecho europeo de consumo, y el todavía incierto Código civil europeo, junto a la novísima y singular reforma francesa del nuevo Libro IV del *Code civil* y también la muy elaborada reforma alemana de 2002, sin olvidar la promulgación de los recientes Códigos civiles de la Europa central y oriental (países en su mayoría incorporados ya a la UE), aconsejan sin asomo de duda a los juristas españoles "no perder el tren", y "ponerse al día" en esta materia. Queda así suficientemente explicada y justificada la *raison d'être* del título genérico y, –cabe confirmarlo–, rabiosamente actual del volumen que recensiono.

2. CONTENIDO DEL VOLUMEN

Entre la "Presentación" (Vattier Fuenzalida) y el "Epílogo" (Cobacho Gómez) figuran 22 colaboraciones –de autor único, salvo una

excepción–, aparentemente estructuradas según el alcance general o particular de aquéllas, elaboradas por profesores de diversas Universidades españoles. Ya se comprende que no deja de haber coincidencias laterales entre algunos temas, que parecen inevitables, a veces con enriquecedores desarrollos no coincidentes . Su objetivo lo expresa resumidamente el Prof. Vattier Fuenzalida al decir que sus autores lo publican con la confianza de que contribuya efectivamente a la renovación derecho del Derecho de obligaciones y contratos; por mi parte, su contenido enunciativo lo describo a continuación.

– Luis Humberto Clavería Gosálbez, *Apuntes para una gran reforma. Problemas y propuestas* (p. 23-42).

– Juan Roca Guillamón*, La armonización del Derecho de contratos en la UE.* (p. 43-61).

– Teodora F. Torres García, *La autonomía privada: Luces y sombras* (p. 63-95).

– Carlos Vattier Fuenzalida, *El pago con subrogación* (p. 97-111).

– Santiago Hidalgo García y Félix Calvo Vidal, *Los créditos documentarios irrevocables y el pago,* (p. 113-134).

– Encarna Serna Meroño, *La extinción de la obligación,* p. 135-155.

– José A. Cuevas Segarra (TS. de Puerto Rico)*, Del ofrecimiento de pago y la consignación* (p. 157-175).

– Germán de Castro Vítores, *Determinación convencional de las consecuencias pecuniarias del incumplimiento y propuestas de renovación del Derecho contractual español. Primer esbozo de un mapa de situación* (p. 177-214).

– M.ª Eugenia Serrano Chamorro, *El pacto de arras. Especial consideración como cláusula abusiva* (p. 215-246).

– Antonio M. Román García, *De nuevo sobre el precontrato* (p. 247-256).

–Begoña González Acebes, *La nueva configuración de la contratación a distancia: Información y desistimiento* (p. 257-300).

– José M.ª Caballero Lozano, *El desistimiento unilateral del contrato,* (p. 301-338).

– Agustín Luna Serrano, *Un apunte sobre la presuposición* (p. 339-362).

– Manuel Cuadrado Iglesias, *Consideraciones sobre el principio de relatividad del contrato y del contrato a favor de tercero como principal excepción,* (p. 363-393).

– José M.ª de la Cuesta Sáenz, *La modificación del contrato por alteración de las circunstancias* (p. 395-412).

– Blanca Sánchez-Calero Arribas, *Nulidad y anulación de los contratos* (p. 413-442).

– Margarita Fernández-Arroyo, *Cuestiones en torno a la nulidad contractual,* (p. 442-464).

– Gabriel García Cantero, *Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía,* (p. 465-487).

– Jacobo B. Mateo Sanz, *Sobre los plazos de la prescripción extintiva,* (p. 517-536).

– Ángel Sánchez Hernández, *Nuevos principios contractuales de aplicación al sector agroalimentario,* (p. 537-601).

– Ignacio Serrano Blanco, *El daño extracontractual imputable. Una pluralidad de personas* (p. 603-634).

3. SEMBLANZA DEL HOMENAJEADO: EL PROF. DR. DON IGNACIO SERRANO GARCÍA

Ya se comprende que mi situación personal como recensor no deja de ser algo singular. Me honro en pertenecer a la reconocida Escuela vallisoletana de civilistas, creada precisamente por el progenitor del ahora homenajeado, desde mediados del pasado siglo, y puedo asegurar el exquisito cuidado con que Don Ignacio *sr.* encomendó a otros la formación inmediata de la carrera profesoral de su hijo primogénito. Ciertamente hace algún tiempo que dejaron de ser raros entre nosotros los casos de apellidos ilustres que se reiteran en el escalafón de catedráticos universitarios. Me parece, no obstante, que actualmente el significado de las clásicas *Escuelas* científicas está evolucionando, con cierta tendencia a difuminarse, de modo gradual, su importancia; en consecuencia, en el futuro parece que habría más bien que facilitar el *modus procedendi* para que el hijo de un Profesor universitario pudiera continuar, libremente y sin obstáculos o prejuicios, fiel a su vocación, el ejemplo paterno, incluso en asignatura idéntica, y sin que ello se tradujera en favor o disfavor suyo. Pero supuesto lo anterior ¿puede alguien poner en duda que las cualidades magisteriales del progenitor o progenitora dejen de resplandecer también en su descendiente ?

Ignacio *jr.* finalizó en 1964 con premio extraordinario la Licenciatura. Realizando su Tesis doctoral sobre *La naturaleza jurídica de la hipoteca de establecimiento mercantil,* bajo la dirección del mercantilista Prof. Girón Tena, defendida el 2 mayo 1972 y distinguida asímismo con premio extraordinario. Había obtenido una beca del Ministerio para estudiar derecho hipotecario en la Univ. de Florencia bajo la dirección de F. Ferrara *jr*. durante el curso 1966-1967. Accedió al Cuerpo Nacional de Profesores Adjuntos de Universidad, y desde 1978 fue Profesor Agregado de Derecho Civil en las Universidades de Valencia y Valladolid. Desde 1980 a 1986 fue catedrático de Derecho civil en la Univ. de Murcia, pasando a la de Valladolid en la que se ha jubilado, y en la que, en varios periodos ha ejercido la dirección del Departamento de idéntica denominación. Desde 1987 dirigió también la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica Agrícola de Palencia, impartiendo Derecho Agrario.

Ha sido profesor visitante durante varios cursos en la Università di Roma Tre, y asímismo ha intervenido en actividades organizadas por las Universidades de Lisboa, Palermo, Salzburgo, Paris V, y Mayor de San Simón en Cochabamba (Bolivia). Desde 1998 a 2002 dirigió –con destacado éxito– un programa de doctorado impartido en Puerto Rico, resultado de un convenio entre la Pontificia Universidad Católica de PR y la Univ. de Valladolid.

Su producción científica es amplia y extensa, abarcando las diversas partes del *Ius Civile*, como muestra el epiloguista-biógrafo con detalle. Se ha ocupado de temas de nacionalidad, fundaciones, pastos, derechos reales de garantía, creaciones audiovisuales y creación intelectual, forma de los contratos, dación en pago, extinción del mandato, LAU, legado de crédito y de liberación. Pero sobre todo se ha especializado en los relativos al Derecho de Familia (crisis matrimoniales, adopción, tutela, alimentos) y, de modo singular en los referentes a la incapacidad o discapacidad, interviniendo reiteradamente en la viva discusión abierta entre nosotros a propósito de la ratificación del Convenio de la ONU de 2006 y su correlativa integración en nuestro ordenamiento. Me gustaría destacar el rasgo final que subraya Cobacho Gómez ("sus grandes cualidades humanas le han llevado a asumir responsabilidades sociales en distintas entidades dedicadas a la ayuda a los demás"), en lo que, por un lado, ha seguido fielmente el ejemplo de su progenitor, y, por otro lado, viene a robustecer y reforzar las posiciones

doctrinales que mantiene *sine ira* , pero con firmeza, en la aludida discusión teórica.

4. UN VALIOSO ENSAYO DE LA REVISIÓN *SUB SPECIE RE STATALE*

Original es la inicial premisa de Clavería Gosálbez: "No ha existido voluntad política en la Unión Europea de crear pronto un Derecho privado patrimonial europeo; aunque parece claro que gran parte del contenido del Derecho mercantil, como sector cualificado del Derecho económico, es volátil y dependiente de vertiginosos cambios económicos y financieros, en España se han dedicado considerables esfuerzos para redactar un nuevo Código mercantil; por otra parte, aunque en la misma España queda casi todo por perfilar respecto de la cuestión territorial y de su tratamiento jurídico, sobre todo en su conexión con Europa, la mayoría de mis colegas civilistas se lanza a la elaboración de un nuevo Código civil, cuando tal vez una parte de él no debería ser ni española, ni italiana ni francesa, sino europea y otras partes tal vez puedan ser catalanas o tridentinas". Aclara luego que aquél debiera denominarse *Derecho privado patrimonial básico europeo*, comprendiendo las obligaciones y el contrato en general, algunos contratos (hoy civiles y mercantiles), el Derecho de daños, los derechos reales más vinculados al Derecho de obligaciones (especialmente los de garantía), Registro inmobiliario, y singularmente la responsabilidad de los deudores casados.

En un apretado resumen nos hace partícipes del objeto de sus reflexiones en materia de contrato y de obligaciones en general en orden a la reforma que auspicia. A su juicio, debe comenzarse diciendo que el contrato es un acto jurídico consistente en un acuerdo de voluntades contrapuestas encaminado a constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Debe eliminarse cualquier enumeración, relación o lista de diversos elementos del contrato, concentrándose en el genuino precepto español, el pár. 1.º art. 1262 CC, que en lenguaje moderno debe expresar que el contrato es un consentimiento sobre un contenido manifestado a través de una forma, siendo el elemento principal y definitorio de ese contenido la función económico-social que las partes pretenden ejecutar mediante su acuerdo, que el CC llama "causa", y que justifica las obligaciones, las tradiciones y las atribuciones patrimoniales. Pro-

pone simplificar el equivalente del art. 1255, siendo innecesario que se distinga entre leyes, moral y orden público, pues este último es parte de Ordenamiento, y la moral social queda absorbida por éste, siendo también innecesario que se aluda a leyes imperativas. Si por causa se entiende también el móvil convenido, podría eliminarse el art. 1274, precepto explicable en su época y hoy superado, y también el 1277 que formula una peligrosa presunción. Puede conservarse el 1275, pero simplificándolo como el 1255. Propone cambio de ubicación de los arts. 1305 y 1306, así como para el 1276.

Propone igualmente distinguir la divergencia entre voluntad y declaración y los vicios del consentimiento, incluyendo en aquélla el error obstativo, la reserva mental, las declaraciones no serias y la simulación. Aunque las figuras del error, dolo, violencia e intimidación están muy consolidadas, propone una clasificación más moderna. El consentimiento debe reputarse viciado sustancialmente en dos casos: cuando falte, al menos, en cierta medida la libertad y cuando falle la información, correspondiéndose en cierta medida con la intimidación (con o sin violencia) y el error (provocado o no por el otro contratante). Debe suprimirse el dolo, reservado para el grado máximo de culpabilidad en materia civil y penal. Respecto del error como vicio, convendría que la ley perfilara cuándo es esencial, ya recaiga sobre el objeto, los sujetos, las condiciones, los presupuestos etc. optándose por un criterio subjetivo u objetivo (inclinándose por el primero).

Podría ser útil que nuestro CC, como hacen el alemán o el italiano, regulase la representación voluntaria como figura diversa del mandato, si bien relacionándolo con el espíritu realista del art.1717, aunque con una técnica más depurada; caben poder sin mandato y viceversa pero cuando un tercero con el que se contrata con él es un mandatario aunque no sea apoderado, los efectos deberían caer directamente en el mandante. Respecto de la ratificación, propone regularla, junto con la confirmación, en sede de ineficacia.

En materia de forma, a medio plazo y con vistas a un régimen definitivo en la Europa comunitaria el autor propondría un sistema formalista para los inmuebles, pieza esencial de un engranaje completado por un sistema hipotecario como el suizo. Alterando también, en consecuencia, el sistema del título y modo. Sin embargo, a corto plazo, consciente de los problemas técnicos que tal propuesta acarrearía propone mantener la libertad de forma y la doctrina del

título y del modo, permaneciendo el carácter excepcional de las inscripciones registrales constitutivas.

No considera ocioso un artículo que aluda a los tratos preliminares, indudablemente generadores de responsabilidad precontractual. En cuanto a la oferta y aceptación seguiría el modelo de la Convención de Viena de 1980. Mantendría el art. 1262, pár. 2.º para regular el contrato entre personas distantes. En cuanto al precontrato y a la opción no los reputaría actos preparatorios de otros contratos, sino contratos definitivos con elementos no totalmente determinados. Mencionaría el concurso y la subasta, y los supuestos de predisposición e imposición del contenido contractual, con o sin condiciones generales, con adherente consumidor o no, pero no los regularía en el CC sino probablemente en ley especial, la cual asímismo debiera ocuparse de los contratos bancarios y de los concertados electrónicamente. En cambio regularía el auto-contrato cuya validez se admitiría en ausencia de conflicto de intereses. En cuanto a la eficacia del contrato, podrían mantenerse actualizados los actuales arts. 1256-1258, si bien mantiene reservas acerca de que el contrato a favor de tercero produzca sus efectos principales antes de la aceptación. Otras figuras podrían regularse aquí (modificación del contrato, cesión de la posición contractual, la llamada cesión de contrato, contrato por persona a designar, contrato en blanco, endoso de contrato, subcontrato, contrato vinculado, contrato complementario, etc.).

Mantendría en líneas generales los textos vigentes en materia de interpretación, destacando sus relaciones con la integración y la importancia del art. 1296 para fijar la función o causa del contrato. Convendría precisar algo más a qué usos se refiere el 1287.

La ineficacia es uno de los "temas estrella", y dando por supuesto el vivo debate doctrinal el autor adopta sustancialmente la doctrina clásica, distinguiendo dos causas de invalidez, pero precisando más las causas de nulidad y anulabilidad y retocando su régimen; la nulidad debe ser declarada de oficio para proteger el interés público, y siempre para evitar la indefensión; el contrato anulable sería inválido antes de su anulación, por lo cual la sentencia sería meramente declarativa, y si la opones (lo mismo que la nulidad) en el proceso, no reconvienes, sino excepcionas. Tanto la confirmación como la ratificación deben regularse como convalidaciones de negocios inválidos. En cuanto a la resolución por incumplimiento hay que tras-

ladarla a la ineficacia del contrato, precisando mejor sus requisitos. En cuanto a la rescisión, que tuvo sentido en el pasado pero no actualmente, los interrogantes se acumulan: ¿son meras irregularidades intrínsecas al proceso formativo? ¿debería suprimirse? ¿o mantenerse la acción pauliana como figura autónoma, en forma de inoponibilidad?

Al margen de meros "retoques" que reconoce haber meditado menos, llama la atención sobre la responsabilidad patrimonial de los cónyuges, que a su juicio debe ser común a todos los españoles, incluso en el supuesto de los regímenes de comunidad, evitando las complejidades, por ejemplo, de los arts. 1365 o 1373 CC.

Como otras sugerencias sobre Derecho contractual que reitera, se impone una reconsideración de los contratos civiles y mercantiles que podrían recibir una regulación unitaria estable a nivel europeo, aunque acaso merecerían leyes europeas especiales los bancarios, los arrendamientos especiales y los relativos al consumo. La regulación de la compraventa deberá reducirse al eliminarse las acciones edilicias. Opta por el sistema alemán de las cláusulas abusivas. Para regular los contratos bancarios tendría en cuenta la O. M. de 28 octubre 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda, o la Directiva 2014/17 de 4 febrero. En Derecho del consumo tendría en cuenta el Texto Refundido de 2007, advirtiendo que debe respetar en materia de desistimiento lo que disponga el Código de Obligaciones y Contratos en su caso.

En sus consideraciones finales hace un llamamiento al "bien hacer legislativo" que sintetiza resumiendo así su parecer: "Mientras las autoridades comunitarias no decidan acometer la elaboración de ese Ordenamiento tan necesario para consolidar y vitalizar la Unión, a los ciudadanos de un viejo y anacrónico Estado nacional nos corresponde realizar, si pensamos y actuamos de un modo sensato y realista, sólo retoques y remiendos operativos, evitando dilapidar esfuerzos consistentes en rellenar páginas y páginas de preceptos destinados a España cuya utilidad nos parece tan cuestionable. Escribamos poco, evitemos textos sin verdadero contenido jurídico claramente exigible ante los tribunales o invocable ante árbitros; y lo que escribamos, de momento para España o parte de ella, que afecte a los puntos más necesitados de atención [...] pensando más en Europa, pero partiendo en numerosos casos , para mayor nitidez de nuestro Código civil".

5. ENTRE GLOBALIZACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

Bajo otras perspectivas se aproxima al tema el Prof. Roca Guillamón invocando de entrada, los principios del análisis económico del Derecho, la idea general de que el lenguaje es el primer código universal, el hecho de que los preceptos jurídicos dispositivos sirven de complemento a la voluntad no expresada, el dato de que el contrato sigue siendo el instrumento central de la actividad económica, y también que el Derecho de contratos es, probablemente el elemento más importante para la implementación de un mercado único, observándose que desde principios del siglo XX la concepción individualista del contrato ha conocido en Europa un desarrollo desbordante, si bien se mantiene que el reiterado interés general no es otra cosa que la suma de intereses individuales, incluso en el novedoso Derecho del consumo, por lo cual no conviene insistir en la idea del contrato como instrumento de canalización de la libre iniciativa económica (*subject made law)* prefiriendo otro aspecto más objetivo, como regla de eficiencia económica en la asignación y utilización de recursos, de justa distribución de riesgos y de previsibilidad de los costes de las decisiones.

Al describir el autor una panorámica de la armonización del Derecho de los contratos en Europa ayuda al lector a superar las estrictas coordenadas comunitarias (pues antes de la Segunda GM ya hubo intentos, teóricos y prácticos, de universalizar y europeizar algunos derechos estatales), advirtiendo también sobre la necesidad de atender *lato sensu* a la unificación jurisdiccional [el recensor indica a título de ejemplo: ¿son fluidas *hic et nunc* las relaciones entre los Tribunales supremos y constitucionales -si los hay-, de cada estado miembro, con los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo? ¿Están resueltos los conflictos que puedan surgir entre si? ¿Cómo formar internacionalmente a los jueces estatales?].Otra afirmación del autor se presta quizá a la polémica al insistir en que, genéticamente, en Europa predomina una suerte de *ADN mercatorum* [traduzco: la consabida “Europa de los mercaderes”] que sólo más tarde se consigue revestir de un aparato conceptual a modo de superestructura. Oportunamente se constata que el afán por superar la diversidad legislativa se ha canalizado desde sus inicios tanto por la vía de la unificación de las normas de conflicto como por la más premiosa del Derecho material.

La Convención de Viena de 1980 (CISG) seguida por los Principios de UNIDROIT, los llamados Principios de la Comisión Lando (PECL) y el Proyecto de Pavía de un Código europeo de contratos de Gandolfi, se consideran por el Prof. Roca Guillamón como las aportaciones científicas más importantes al proceso de unificación material del Derecho contractual europeo. Con posterioridad se han sumado el Marco común de referencia (CFR, según las siglas en inglés), la aportación publicada en 2008 de la *Association Henry Capitant,* el Informe del *European Union Committee of the House of Lords,* y el estudio editado en 2009 por el Acquis Group, todas ellas con importantes comentarios españoles centradas en estudiar su compatibilidad con nuestro ordenamiento.

En este punto el autor se plantea la cuestión de si la unificación del derecho contractual europeo constituye un fin en sí misma o, por el contrario, es simplemente la consecuencia de la necesidad, o mejor conveniencia, del tráfico mercantil transfronterizo; lo que supondría que no existe un motivo cultural y así culmina con la Directiva de 25 octubre 2011 sobre derechos de los consumidores. Pero la cultura jurídica europea está en buena medida ligada a razones políticas, que tienen no poco que ver con la eclosión de los nacionalismos y los avatares de la codificación decimonónica (repárese en los casos de Suiza, Italia y Alemania) que resultan tamizados por una acentuada sensibilidad nacional, que aglutina y justifica la unidad legislativa como testimonio de la misma. Por otra parte la diversidad legislativa en países como EEUU, no impide el arraigo de una fuerte conciencia nacional. Ese parece ser el punto en que nos encontramos actualmente, con el agravante de que la UE no pasa por su mejor momento para predicar proyectos unificadores en un terreno en que hay que moverse siempre con prudencia, so pena de dejar demasiadas susceptibilidades heridas por el camino. El recensor que asiste admirado desde 1957 –cuando presenció por la TV italiana la firma del Tratado de Roma– a los sucesivos desarrollos de esta inédita forma de colaboración interestatal- , advierte que tal cautela inspiró sin duda la distinción entre Directivas y Reglamentos y ha brillado a lo largo y ancho de casi sesenta años de existencia con alternativas, por lo que comparte el mencionado consejo prudencial del autor . El Libro Verde sobre “opciones para un derecho contractual europeo de los consumidores y la empresa”, de 1 julio 2010, trató de superar algunas disfunciones producidas por razón

de la diversificación entre el derecho contractual y el derecho del consumo, propiciando la reunión de ambos en un instrumento único, dotado de fuerza imperativa para los consumidores, originándose un vivo debate doctrinal que ha dado paso a un importante Proyecto de un Reglamento de 2011 sobre un derecho común de compraventa, actualmente en suspenso después de un animado debate doctrinal.

El autor dedica las páginas finales de su aportación a una sintética visión crítica de la codificación europea. La Propuesta de la Comisión Lando, cuyos Principios ofrecían acusado paralelismo con los Principios UNIDROIT, por razón de su elaboración material con amplia coincidencia de personas en la elaboración de ambos, sin embargo advierte una importante diferencia funcional pues los últimos poseen una vocación universalista, habiendo sido tomados habitualmente como referencia en el tráfico mercantil internacional, y muy especialmente en el ámbito del arbitraje. Por el contrario los Principios Lando, al estar vinculados al espacio territorial de la UE, ya desde su aparición suscitaron dudas e incertidumbres acerca de su función como instrumento de unificación interna del Derecho contractual de los estados miembro. No afectando al Derecho del consumo pero sí desde la óptica de la conveniencia de la contratación mercantil que, desde una perspectiva global, no dejaría de ser una nueva codificación simplemente regional y, por tanto, de dudosa eficacia en aquellos sectores que están internacionalizados.

También se invoca como contraria a la codificación europea las diferencias entre los sistema codificados del *Civil Law,* y el sistema angloamericano del *Common Law.* Pero acertadamente rechaza el motivo dado que ambos sistemas por vías diferentes han llegado a parecida solución afirmativa. Si existe hoy una diferencia destacada entre el funcionamiento básico de los Derechos de Inglaterra y Gales y el norteamericano acaso hay que buscarla en la vinculación al precedente, de mayor rigidez en general en los países de la *Commonwealth* que en USA donde se concede más importancia a la orientación constante de la jurisprudencia, y donde el método del *case law* está más sistematizado en colecciones prácticas de precedentes vinculantes. También se olvida que en los sistemas anglosajones coexisten como fuente del derecho la ley y la costumbre. Por último se ha señalado una suerte de aproximación entre ambos grandes sistemas por cuanto en los países continentales el papel que se reconoce a la jurisprudencia es cada vez más relevante, mientras que tanto

en Reino Unido como en EEUU avanza la sistematización orgánica de los precedentes (así la *Sale of Goods Act* inglesa, y el *Restatement of contract* norteamericano, son un buen ejemplo). Según el autor, entre nosotros el reflejo de la aproximación de los sistemas, además del papel importantísimo de la jurisprudencia, se manifiesta en la necesidad de motivación de los cambios de criterio jurisprudencial que, tras la consagración constitucional de los principios de igualdad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, es exigida por el TC que tempranamente se pronunció en el sentido de que un órgano judicial sólo puede apartarse de los criterios seguidos con anterioridad por el mismo en casos similares cuando ofrezca para ello una motivación suficiente y razonada (SSTC de 30 marzo 1981, 14 julio 1982, 24 marzo 1988 y 15 enero 1990).

El Prof. Roca Guillamón concluye:

También desde el propio ámbito anglosajón se defiende la necesidad de elaborar un Código civil europeo unificado, lo que muy recientemente se ha justificado por el creciente escenario económico sin fronteras, "donde el Derecho privado tiene que lidiar con los flujos de bienes y de personas un contexto de creciente interculturalidad", según opinión del prof. inglés Hugh Collins, quien defiende asímismo la necesidad de elaborar un Manual de Derecho Privado europeo que regulase las relaciones comerciales entre los distintos países de la UE con el fin de fortalecer el mercado único. Collins toma como referencia Estados Unidos y plantea establecer como base un sentimiento de unidad europeo en múltiples niveles, creando un Europa federal, tanto a nivel social , como político y económico. Pero el autor reconoce que esta visión no es en absoluto pacífica ni seguramente mayoritaria.

El proyecto de una Europa unida en una Comunidad de naciones libres, con unos ciudadanos de primera, con unas prestaciones sociales, especialmente en sanidad y educación, sin parangón en el mundo, buenas infraestructuras, etc., es sin duda un modelo quizá calladamente envidiado, pero también el rival a batir en la confrontación por el liderazgo del mundo. Y es en el flanco económico y financiero de la UE donde, tras la crisis global desencadenadas por las hipotecas *sub prime* en EEUU, se han hecho más aparentes las carencias con el resultado a que nos hemos visto abocados desde hace ya cinco años. Ese desequilibrio financiero global que provoca la situación de insolvencia de los países periféricos europeos, entre

los que lamentablemente figuramos a la cabeza, determina que los intentos de robustecer el papel de la UE también en otros ámbitos, especialmente los jurídicos, mediante la creación de espacios fuertes susceptibles de ampliar su influencia a ámbitos extraeuropeos (la unión fiscal y monetaria a partir de Maastricht) no es algo que se vea con agrado desde economías tradicionalmente fuertes y dominantes de concretos sectores de la producción y el comercio mundiales. Ello unido a que la actitud no siempre constructiva de determinadas instituciones europeas o países líderes que habitualmente imponen su criterio en las instituciones (Alemania), hace dudar a veces de la coherencia de los planteamientos institucionales. Pero en cualquier caso, mientras que las decisiones jurídicas en ciertos campos son vistas con indiferencia desde fuera - protección de los consumidores, espacio judicial europeo para la cooperación penal-, o incluso aplaudidas (marcas, propiedad industrial) hay otras ante las que les resulta más difícil permanecer indiferentes y provoca reacciones un tanto airadas. Así una norma como la propuesta sobre compraventa es vista con recelo desde otros observatorios por distintas razones, fundamentalmente económicas, llegando a cuestionar la propia competencia de la UE para abordarla.

6. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL PMCC: LUCES Y SOMBRAS

Podría decirse que la aportación de la Profª. Teodora F. Torres García inicia el apartado de temas concretos del volumen, pero lo hace con perspectiva muy personal pues aporta abundante jurisprudencia de nuestro TS en la que se recogen concretas referencias a los textos europeos e internacionales, hasta el punto de poder afirmarse que ciertos puntos de éstos se han integrado ya en la doctrina jurisprudencial hispana. El hecho de estar enfocada hacia la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMCC), de la Comisión General de Códigos, publicada dos veces en 2009, no impide valorarla como se debe, aludiendo la autora a su "gran calado", calificándola de "profunda e innovadora reforma". Su razón de ser no estriba en tratarse de normas codiciales inalteradas prácticamente desde 1889, ni en la existencia de no poca legislación especial que en parte propendería a retornar al CC, sino más bien en la existencia de trabajos prelegislativos que, con ma-

yor o menor respaldo de instituciones internacionales y europeas, dirigidas por eminentes juristas –RABEL, LANDO y GANDOLFI–, buscan la armonización, unificación si es posible y modernización del Derecho de Obligaciones en Europa, proponiendo sobre todo una fusión entre el Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón, que se percibirán en preceptos concretos del PMCC. Las vías a seguir han sido de diverso alcance normativo, pero en todas ellas late la idea de la renovación del Derecho de contratos.

El primero a considerar es la CISG de 11 abril 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, ratificado por España en 1991. Las reglas y principios en ella contenidos está contribuyendo a una renovación de nuestro Derecho de contratos, y no solo en materia de compraventa (SSTS de 5 abril y 20 julio 2006, 28 junio y 11 julio 2012). En segundo lugar, el resurgir la idea de la elaboración de un Código de Obligaciones y Contratos como pauta de política legislativa para la difusión del *Code civil,* con antecedente en el Proyecto italo-francés de Obligaciones y Contratos de 1927, preludio del *Anteproyecto de un Código europeo de contratos*, elaborado por el Grupo de Pavía bajo la dirección del Prof. Gandolfi. Además, un grupo de especialistas presididos por Lando publican los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL), presididos por el principio de libertad contractual supeditado a la buena fe y a las normas imperativas, siendo el deber de cooperación entre las partes, junto con la buena fe, los pilares que vertebran al resto de los preceptos. Estos principios han sido muy bien recibidos entre nosotros, tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial, donde se está llevando a cabo una verdadera recepción pese a la ausencia de poder normativo (por ej. la STS de 15 enero 2013, respecto al *favor contractus).* En 2009 el Grupo Acquis presidido por Von Bar, publica el Marco Común de Referencia (DCFR) que ofrece ciertas analogías con los Principios Lando aunque con influencias dogmáticas del Derecho alemán, y que también ha tenido algún eco en SSTS de 13 marzo 2010 y 19 junio 2012.

La reforma proyectada en el PMCC , destinada a abarcar los arts. 1088 a 1314 posee su *intrahistoria* que la autora desmenuza, advirtiendo que en ella se encuentran recogidos preceptos procedentes de leyes extracodiciales que recogen la mayor parte del Derecho comunitario derivado últimamente (Ley de condiciones generales, TR de 2007 de la LGDCU etc.), de suerte que buena parte del Derecho

comunitario del consumo se incorpora al CC, siguiendo los modelos alemán y holandés. Su importancia como factor de modernización se manifiesta en la acogida que le dispensa la Manualística y, reiteradamente, la jurisprudencia (que la aplica al *favor testamenti* en STS de 20 marzo 2013, o la ya citada de 15 enero 2013, que cita expresamente el PMCC).

Curiosamente en los arts. 1236 y 1237 del PMCC no se refiere de manera expresa a ninguna de las tres denominaciones con que tradicionalmente se conoce a ese poder del individuo de crear o modificar relaciones jurídicas y establecer reglas para las mismas: autonomía privada, autonomía de la voluntad y libertad contractual. La última denominación aparece en el art. 1.102 PECL, y en el art. 1.1 de los UNIDROIT. Mientras que la jurisprudencia utiliza más asiduamente la autonomía de la voluntad, y, a su vez, la autonomía privada refleja la libertad de la persona para actuar en el ámbito del Derecho civil, siendo sus manifestaciones el derecho subjetivo y el negocio jurídico, destacando la íntima relación que existe entre la autonomía privada y la Constitución económica (arts. 22, 33, 34 y 38 CE).

La autora sostiene que el art. 1236 PMCC se inclina por el concepto tradicional de contrato, prescindiendo de expresiones ambiguas –como la *fuerza de ley* para recordar su carácter normativo–. No lo define para facilitar lo más posible la contratación y suprimir todo aquello que impide su desarrollo. El precepto establece que dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir no cualquier relación jurídica sino las que se ciñen a las de carácter patrimonial. Son requisitos esenciales: el acuerdo, el carácter patrimonial de las prestaciones y la pluralidad de prestaciones. No se puede limitar la autonomía privada al ámbito obligacional, ni sustituirlo porque la prestación sea susceptible de valoración económica. En el ámbito del Derecho de familia, común o foral o especial, hay un ámbito tradicional para regular el acuerdo de voluntades unido en ocasiones a ciertas formalidades, que ha sido ampliado en el moderno, más igualitario, apenas jerárquico y con mayor libertad entre sus miembros, de suerte que puede seguir aplicándose la categoría del negocio jurídico como expresión de la autonomía privada. La posible extensión de la autonomía al ámbito sucesorio suscita en la autora algunas modalizaciones.

En la PMCC se destaca la independencia que adquiere el contrato, rubricando con este término el Tít. II, dedicándole los arts. 1236 y

1237, ubicados en las disposiciones generales. En el primero, se da por supuesto o no interesa una definición del mismo, se pone el peso en el acuerdo "de dos o más personas"(negocio bilateral o plurilateral), admitiéndose no obstante declaraciones de voluntad por varias personas que son negocios unilaterales. A partir de este momento la PMCC adquiere rasgos propios que la definen y la separan del concepto de contrato del CC. Por ello no es de extrañar que los arts 1239, 1242, 1243 y 1244 señalan que el contrato se perfecciona únicamente con el consentimiento; que hay contrato si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales, así como que las partes se obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, y también el principio de la relatividad del contrato y el principio *pacta sunt servanda.* La PMCC en sede de contrato traslada al art. 1237 los límites de la autonomía privada, que debe enlazarse con el 1243, de modo que ambos preceptos mejoran la dicción del vigente 1255, sobre todo al recoger con amplitud los tres límites a la autoridad contractual anteriormente señalados.

Para determinar si es posible que una de las partes imponga como contenido el propio de los contratos de adhesión la autora examina minuciosamente los límites que se establecen en el texto, a saber la ley, las normas dispositivas y el orden público. Se apoya en la doctrina reconocida (De Castro, Albaladejo, Díez- Picazo, Alonso Pérez), reiterada jurisprudencia del TS, doctrina de la DGRN, y recientes reformas legislativas.

7. EL PAGO CON SUBROGACIÓN EN LA PMCC

El Prof. Vattier Fuenzalida delimita con precisión el contenido y alcance de esta figura que trata aquí y que anteriormente había estudiado con profundidad. No va a hacerlo ahora, sino a la vista de la doctrina dominante, analizar la propuesta contenida en la PMCC y formular la suya personal. La aportación carece, en consecuencia, de referencias bibliográficas.

La EM del Proyecto dice que la regulación se inspira en los desarrollos de la doctrina y jurisprudencia españolas y en los PECL. El autor agrega además el influjo de otros códigos civiles, como el italiano, pero no el alemán que ignora la subrogación personal, incluso después de la Ley de Modernización. También se descono-

ce el Proyecto de Pavía pese a la inspiración de este en el CC de 1942.

La opinión doctrinal predominante entre nosotros, a juicio de VATTIER FUENZALIDA, se caracteriza por admitir una doble coexistencia; de un lado entre las acciones de reembolso y de subrogación, y, de otro, entre la subrogación convencional y la legal. Pero a su juicio ello representa la acabada expresión del dogmatismo excesivo de que adolece la doctrina que se ocupa del pago con subrogación, pues el primer binomio que concuerda con la asunción de deuda por delegación, es de poca relevancia práctica por ser muy probable que el *solvens* opte casi siempre por la subrogación antes que el reembolso, por ser la que más le favorece. Lo mismo hay que decir del segundo binomio pues no existe un criterio seguro para distinguir la subrogación convencional y la cesión del crédito, salvo quizá la responsabilidad agravada del acreedor cedente. Por eso es poco verosímil que el acreedor acepte voluntariamente la garantía de la *veritas nominis* en la subrogación convencional. Luego advierte de la diferencia de enfoque que implica el art. 7.106 (1) de los PECL, disponiéndose que salvo que la prestación sea personalísima por su naturaleza o pacto expreso, el acreedor no puede rechazar el pago de un tercero que actúa con el consentimiento del deudor o tenga un interés legítimo en el cumplimiento y sea además evidente que el deudor no ha cumplido ni podrá cumplir. Invoca, por último, el régimen del art. 79.1 y 2, del Proy. de Pavía.

Entrando en el análisis de la propuesta afirma el autor que, formalmente, resulta acertada dado que rectifica los defectos del CC, regula la subrogación por pago de forma unitaria y en sede sistemática adecuada. Hay un cambio radical en materia de legitimación; podrá discutirse si la restricción establecida es acertada o no, pero la redacción es clara y no deja lugar a dudas. La propuesta consagra de manera expresa la dualidad de acciones, lo que plantea el problema de la naturaleza de la acción de reembolso, su relación con la concerniente a la subrogación y las modalidades de ejercicio de una y otra. Pocas novedades en lo que concierne al contenido, alcance y límites de la subrogación, limitándose a establecer que el tercero que ha pagado se subroga en el crédito del acreedor, con sus garantías y privilegios, omitiendo el alcance de la misma sobre las excepciones y las defensas posible, terminando por determinar el efecto limitado del pago parcial. En cuanto a la sucesión en el crédito, es

claro que se extiende a los deberes instrumentales o accesorios que impone la buena fe objetiva. Es de lamentar que la Propuesta no se pronuncie sobre las excepciones que puede invocar el deudor respecto de las que guarda el mismo silencio tímido que el CC en vigor. Como se ha dicho, la Propuesta mantiene la autonomía de la subrogación convencional, que no debe confundirse con la cesión de créditos (arts. 1214 a1221), ni con la cesión de la posición contractual (art. 1227), figuras jurídicas que se mantienen separadas dentro de la larga serie de vicisitudes que pueden acaecer durante la vigencia de la relación obligatoria. Deben considerarse los casos en que proceden y su contenido. El Proyecto sigue una idea extremadamente liberal en cuanto al primer supuesto apartándose del régimen en vigor, representando una nueva orientación que, pese al precedente italiano, se contrapone al BGB y a los PECL. En cuanto al contenido, la propuesta es más cautelosa reiterando el propio de toda subrogación. Los supuestos legales de subrogación legal son similares, con pocas variaciones a los vigentes arts. 1210 y 1211 CC, prescindiendo de las polémicas y arcaicas presunciones de subrogación, invirtiendo los dos primeros números y simplificando su redacción. Finaliza con su personal propuesta de los arts. 1155 y 1156.

8. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL CONTRATO

La textualidad de la colaboración del Prof. Caballero Lozano ofrece caracteres indudables de generalidad, que merecen ser destacados pues su contenido lo ratifica. En efecto, después de describir el panorama del desistimiento en nuestro ordenamiento, analiza minuciosamente su perfil, y los principales supuestos en la actualidad, incluyendo la Propuesta, para finalizar en el fecundo campo que ahora ofrece el, –al parecer–, fecundo campo que supone el Anteproyecto del Código Mercantil.

El desistimiento del contrato, a juicio del autor, es ya un tema clásico del Derecho civil que en los últimos años se ha consolidado en el Derecho del consumo al comprobar en esta categoría privatista un modo de protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios (ya desde la Ley 26/1991, pasando por el TR de la LGDCU de 2007, para finalizar con la Ley 3/2014 que transcribe la Directiva de 2011 sobre los derechos de los consumidores). Fuera

del ámbito de la contratación ha crecido la importancia del desistimiento en materia familiar, a partir de la reforma de 2005, sin olvidar la revocación de los actos mortis causa (art. 737 CC). También aparece reconocido en varios sectores del Derecho administrativo (Ley 30/1992), en el la legislación penal (LO 1/2015 que modifica el art. 16 Cp , e incluso en el proceso civil y en las relaciones internacionales (ley 25/2014).

Enfocando el perfil del desistimiento contractual afirma el autor que se trata de una declaración de voluntad que se efectúa en el seno de una relación obligatoria, en la que destacan dos aspectos, la renuncia a un derecho y lo más relevante que es la extinción de la obligación. A diferencia de la parte activa del crédito, en las obligaciones el deudor no puede disponer libremente de su posición pasiva. De aquí deriva que el ordenamiento considera el desistimiento contractual como un supuesto no universal sino especial de extinción del contrato.

A su juicio debería reservarse el término desistimiento para la decisión unilateral de poner término final al contrato sin mediar causa alguna, por la sola voluntad de la parte que desiste. También deberían obviarse utilizar términos como *resolver o rescindir* cuyo ámbito genuino de empleo nada tienen que ver con la extinción discrecional de un contrato.

Para que pueda ejercerse la facultad de desistir ha de haberse perfeccionado el contrato ya que aquella es un efecto del contrato y puede hacerse valer antes de que comience la fase de ejecución o durante la fase de su cumplimiento (art. 1594 CC). En materia de consumo la norma establece una limitación temporal a contar, bien sea desde la entrega al consumidor de la información relativa al mismo, bien desde la entrega de la cosa. La buena fe objetiva puede imponer, al que tiene la voluntad de desistir, la comunicación de su propósito a la parte que ha de soportarlo. En los contratos que producen obligaciones duraderas o de ejecución sucesiva, la oposición a tales efectos evitando la continuidad del contrato constituye un supuesto de desistimiento. El efecto retroactivo o irretroactivo depende de la naturaleza del objeto de la obligación pactada.

Sin ánimo de exhaustividad el autor inicia la lista de casos vigentes con ocho supuestos del CC (arrendamiento de servicios –art.1584-; obra –art. 1594–; sociedad –arts. 1700, 1705 a 1707–; mandato, tanto del mandante como del mandatario –art. 1732.

1.º, arts. 1733-1735, y arts. 1732.2.º, 1736 y 1737; comodato –art. 1750–; depósito –art.1750–; servicios, según doctrina y jurisprudencia; cláusula penal –art.1153–, y compraventa con arras –art. 1454–). Tres casos del Ccom. vigente (arts. 248, 290-291 y 302). Siete supuestos están contenidos en leyes especiales (LAU, LAR, LPI, LCS etc). Singularmente ocupan un lugar destacado los nueve regulados por la legislación consumerista.

En esta materia podría decirse que la PMCC ha realizado una labor de acarreo, criba y modernización, originando una complejidad que dificulta la exposición doctrinal. Así ocurre que al dar nueva redacción al Libro IV del CC, como subraya el autor, regula el desistimiento en varios supuestos, algunos están en vigor y otros son de nueva introducción como los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los celebrados a distancia, cuya normativa la Ley 3/2014 ha dejado sin efecto la reforma del TR de la LGDCU de 2007. Por ello deberán reconsiderarse los arts. 1265-1268 del PMCC.

Advierte el Prof. Caballero que el Anteproyecto de Ley de Código mercantil de 2014 ha suscitado vivo debate en la doctrina en razón de la expansión que opera en el Derecho mercantil a costa del civil. Por su parte la doctrina mercantilista ha defendido esta nueva orientación que lo transforma de ser un *Derecho de la empresa* hasta convertirse en un *Derecho del mercado*. Pero se ha replicado el carácter general del Derecho civil y el específico del ámbito empresarial del Derecho mercantil, postura que cuenta con el aval cualificado del Consejo de Estado. Con todo parece evidente que el debate no ha hecho más que empezar, siendo aconsejable considerar el Anteproyecto tal cual es y describir elementalmente los supuestos en él incluidos (contrato por tiempo indefinido, contrato de obra por empresa, contrato de servicios mercantiles, contrato de tarjeta, pactos parasociales, contratos de servicio de comunicación electrónica, contrato de agencia, contrato de depósito y supuestos de desistimiento causalizado). Me parece de gran interés la conclusión o recapitulación del autor, de que esta variedad de supuestos no puede llevarnos a sostener que el principio de indisponibilidad del contrato, hoy recogido en el art. 1256 CC haya dejado de ser un principio general para convertirse en un supuesto casi excepcional, ni siquiera en el ámbito del Derecho de consumo. Cabe preguntarse con el autor por la posibilidad de racionalizar este ámbito de lo discrecional ex-

tintivo contractual mediante reglas comunes a todos los supuestos. Por último se ocupa del desistimiento tal como se contempla en la Directiva 2014/17/UE de 4 febrero 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pendiente del desarrollo por nuestro país.

9. EL PRECONTRATO

El Prof. Antonio Román García en 1982 publicó en Madrid un estudio dogmático y jurisprudencial sobre el precontrato, con la desaparecida editorial Montecorvo, y el tiempo transcurrido con un método de aproximación realista le permite asegurar que los problemas de calificación del mismo se transforman necesariamente en problemas de interpretación del contenido y de la estructura del negocio concreto. De ahí la enorme variedad de situaciones negociales que podrán articularse eficazmente acudiendo al concepto jurídico genérico de precontrato. El precontrato en nuestro Derecho civil se manifiesta siempre como una figura jurídica sumamente confusa, determinada en gran medida por su atipicidad. Por esto, su ejecución forzosa en forma específica, siempre será muy problemática, siendo posible, incluso, que las partes se hayan sustraído de común acuerdo este derecho, sustituyéndolo por la obligación de indemnizar según el interés jurídico equivalente, o por medio de una suma de dinero previamente convenida. Después de exponer las concepciones que pueden considerarse clásicas, sustentadas por Castán Tobeñas y De Castro, como más extremas, y la posición conciliadora de Roca Sastre, sostiene que la categoría jurídica del precontrato tan sólo será un punto de vista para una referencia conceptual que sistematice a una serie diversa de combinaciones de naturaleza contractual que las partes pueden desarrollar, al amparo de la autonomía privada y libertad de contratación, que les sean útiles para vincularse en diversos grados, según las necesidades o conveniencias que concurran en el caso concreto; ante la imposibilidad o inconveniencia de poder desarrollar directamente el contrato definitivo proyectado, armonizando de tal manera sus intereses contractuales que, sin necesidad de formular un nuevo consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato, pueda llegarse en un momento posterior, al proyectado contrato definitivo.

Aunque no ha habido una línea uniforme y constante en la jurisprudencia sobre esta temática, puede constatarse , afirma el autor, que el TS ha deslindado perfectamente la figura jurídica de los precontratos, tanto de las simples promesas unilaterales del contrato como del contrato de opción. Ha exigido que tengan todos los requisitos de validez y eficacia jurídica requeridos por el ordenamiento para la conclusión del contrato principal, obligándose las partes a desplegar una actividad de cooperación que tiene sentido precisamente por ir dirigida a la conclusión del contrato definitivo. Desde la perspectiva jurisprudencial el objeto del precontrato es un *facere* destinado a la conclusión del contrato definitivo, concibiéndose como una garantía para el aseguramiento de la preservación de los intereses negociales de las partes. Los criterios que tradicionalmente mantuvo la Sala 1.ª del TS hasta 1980, y los actuales encuentran una evidente continuidad. No existe, ni debe existir un criterio exacto y uniforme acerca de los efectos que produce el incumplimiento de lo convenido en el precontrato, por la variedad de combinaciones que se agrupan en esta categoría conceptual. Pero en la jurisprudencia más reciente encuentra cierto matiz diferencial que expresa así: La eficacia jurídica del precontrato, en caso de incumplimiento por una de las partes, cuando exista base negocial suficiente en el mismo, de modo que sin necesidad de nuevo consentimiento, permita llegar al proyecto definitivo proyectado, hace que el TS considere que en estos casos debe obligarse al cumplimiento específico de lo pactado. Pero si fuera necesario completar o matizar el consentimiento emitido por las partes, teniendo en cuenta que ello es un acto personalísimo de éstas que no puede ser sustituido por el órgano jurisdiccional, las situaciones de incumplimiento habrán de resolverse mediante la indemnización de daños y perjuicios por el equivalente económico. De ahí que la eficacia constitutiva de los precontratos dependa, en cada caso, de la correcta interpretación de las intenciones de las partes contratantes. Por esta razón también existen diversas especies del concepto genérico de precontrato; algunas típicas (compraventa, prenda, hipoteca, arbitraje); y otras atípicas (sociedad, préstamo, ceso, arrendamiento etc.), cuya validez y eficacia se ampara en el art. 1255 y concordantes del CC.

A modo de conclusión afirma que sería muy beneficioso y útil en nuestro Derecho privado contar con una caracterización pública o figura genérica de precontrato, donde se establecieran los requisitos

esenciales y se determinara un criterio orientativo sobre la eficacia jurídica de los mismos, como sucede en el CC Ita. o en el ABGB. Lo cual también ayudaría a su calificación jurídica, sobre todo para diferenciarlo de figuras afines , como los esponsales, los tratos preparatorios del contrato, la venta a prueba, la compraventa con pacto de arras, la compraventa de cosa futura, el retracto convencional, el contrato condicional o a término, el contrato de opción etc.

10. LA RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y SU PRINCIPAL EXCEPCIÓN: EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

El Prof. Cuadrado Iglesias, con base normativa en los arts. 1091 y 1257 CC, estructura una extensa aportación que se basa en el principio de la relatividad del contrato y lo que aparece como su excepción más destacada, a saber el denominado contrato a favor de tercero.El segundo tema es el más extensamente desarrollado en la comunicación, por lo que parece claro que el primero le ha servido propiamente de introducción o preparación. La aportación en su conjunto posee una sólida fundamentación que puede considerarse clásica, pero abierta también a la doctrina más reciente así como a los textos internacionales y proyectos españoles de reforma.

De modo sintético expone el principio de relatividad del contrato, analizando la eficacia del contrato *inter partes* y respecto a los herederos, subadquirentes a título singular, y, por último, explorando inicialmente el campo de los efectos respecto de terceros de la mano de Díez Picazo, no ahorrando críticas al art. 4.111 de los Principios de Derecho contractual europeo por falta de claridad. Siguiendo a aquel autor acepta la eficacia directa e indirecta (con cita de la STS de 16 mayo 1995); en la última categoría cabe diferenciar todavía la eficacia meramente de hecho que no atribuye ningún derecho, la refleja y la que puede calificarse de provocación, y que dan lugar a la oponibilidad y a la utilizabilidad. A su juicio la oponibilidad ha mitigado en gran medida el rigor del principio de la relatividad del contrato. Para que tenga lugar respecto de terceros se requiere publicidad y fehaciencia (arts. 1218, 1219, 1227, 1230 y 1865). Para la utilizabilidad se requiere prueba de la relación contractual.

Aunque pudiera pensarse que el contrato a favor de tercero, regulado en el pár. 2.º del art. 1257 supone la abrogación del prin-

cipio de relatividad del contrato, en realidad sólo constituye una excepción al mismo. Le parece al autor más correcta la solución adoptada por el PMCC al regular por separadas ambas cuestiones, y también más explícito el art. 6:110 de los Principios de Derecho contractual europeo. La parquedad de su tratamiento legislativo en España contrasta con la cuantiosa doctrina jurisprudencial, tanto del TS como de las AAPP. Siguiendo al autor citado distingue tres causas por las que el estipulante celebra con el promitente un contrato a favor de tercero: *donandi, solvendi et credendi*. En el CC además del art. 1257.2 encontramos otros supuestos de este tipo de contrato: renta vitalicia (art. 1803.2), donación *sub modo* (art. 619), reversión de donaciones a favor de personas distintas del donante (art. 641), donaciones con la carga de pagar las deudas del donante (art. 642), depósito con la obligación de entregar la cosa a un tercero (art. 1766). También los hay fuera del CC (por ej. transporte con la obligación de consignar la cosa a un tercero, seguro de vida en caso de fallecimiento de su tomador en beneficio de tercero).

Requiere tres sujetos: Promitente y promisario son quienes realizan el contrato; el primero se obliga a efectuar la prestación; promisario, es ante quien se obliga el promitente. Beneficiario o tercero es aquél a cuyo favor ha de realizar la prestación el promitente; no necesita estar individualizado inicialmente bastando su determinabilidad; pueden ser personas no nacidas, e incluso no concebidas (con los límites de los arts. 640 y 781), personas jurídicas todavía no constituidas (STS 1 julio 1977), personas cuya determinación depende de circunstancias futuras (arts. 772 y 773). Aunque normalmente lo designa el estipulante, cabe que se pacte que lo designe el promitente.

En cuanto al objeto sostiene el autor que el Cc contempla contratos con efectos obligatorios, por lo que se adhiere a la doctrina de que la simple declaración de voluntad no es nunca suficiente para la transmisión de la propiedad. Pese a la dicción literal del 1257.2 se adhiere a la doctrina de la STS de 9 diciembre 1940 cuando afirma que la estipulación a favor de tercero puede ser el contenido único y exclusivo del contrato, ratificada unánimemente por la jurisprudencia posterior, también recogida por el art. 1295 de la PMCC.

En principio, el contrato a favor de tercero no requiere forma especial, ni tampoco la aceptación del tercero. Excepcionalmente cuando exista una *causa donandi* de bienes inmuebles el autor dis-

tingue dos aspectos, ya que siendo tal causa ajena al promitente no es necesario que conste en escritura pública el contrato que celebre a favor de tercero; sin embargo, la aceptación, a tenor del art. 633 párrafos 2 y 3, ha de hacerse necesariamente en escritura pública. Con carácter general el autor discurre sobre el significado y eficacia de la aceptación del beneficiado. En relación con el 1257.2 afirma: "Aceptar significa tanto como expresar el tercero su anuencia para la adquisición, a lo que, por supuesto, no está obligado el tercero ya que aquél utiliza la expresión *podrá* que le autoriza pero no le obliga". La STS de 10 diciembre 1956 matiza que no se trata de una aceptación, ni de una ratificación sino de una *adhesión* elevada por la ley a *conditio iuris* para que surja el derecho del tercero. Criterio que mantiene la jurisprudencia posterior. En la doctrina reciente (Delgado, Díez Picazo) se sostiene que la comunicación de la aceptación por el tercero precluye el ejercicio de la facultad de revocar el estipulante, pero tal facultad persiste cuando habiendo aceptación ésta no ha sido comunicada. El Prof. Cuadrado advierte que normalmente aceptación y comunicación coinciden cronológicamente. En la PMCC se amplía a ambos contratantes la posibilidad de recibir alternativamente la aceptación del tercero, y también en el art.6:110 (3) (b) de PCLS.

El autor analiza con detalle las complejas relaciones entre los sujetos implicados en el contrato a favor de tercero: la relación de cobertura entre promitente y estipulante; la relación de valuta (entre estipulante y tercero); y, por último, la que media entre el promitente y el tercero. El capítulo final relativo a la extinción del contrato supone un amplio análisis comparativo del Cc con la regulación contenida en el PMCC y en los PECLS.

11. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Este tema se desarrolla en la comunicación del Prof. De la Cuesta Sáenz quien arrancando del conocido texto ciceroniano, pasando por otro de las Partidas que trata de cuantificar el equilibrio de las prestaciones en los contratos conmutativos, encuentra entre ambos idéntico fundamento. Se fija en el art. 1575 CC y observa que los casos fortuitos extraordinarios –advirtiendo que no son diferentes

de los que hoy cubren los seguros agrarios–, nos señalan qué es lo excepcional y qué es lo general, y parece que lo excepcional es excluir la posible atemperación de la renta a las resultas negativas de los casos fortuitos extraordinarios, efecto que es un elemento natural del contrato, sugiriendo el autor una eventual extrapolación de la regla propia de los contratos agrarios a las situaciones de las grandes crisis económicas.

Con espíritu acreditadamente crítico, que le ha supuesto en anteriores trabajos ir contra corriente y discrepar a fondo de pertinaces políticas legislativas, realiza el autor una sintética exposición de los fenómenos jurídicos de las crisis económicas ocurridas en España, y también en Europa y en el mundo occidental, desde comienzos del siglo pasado. En el siglo xx se han prodigado toda clase de cambios en el entorno económico, hijos a veces de la dinámica propia de las economías de mercado, y en otras ocasiones resultado de los conflictos bélicos o de políticas económicas temerarias. En consecuencia, los contratos de tracto sucesivo, generadores de obligaciones duraderas con prestaciones periódicas, han sido, en distintos lugares y momentos tensionados hasta el paroxismo. Las viejas reglas del Derecho de obligaciones han debido afrontar, por ejemplo, fenómenos como la hiperinflación vivida en la Alemania de entreguerras, o como los extremos de inestabilidad sufridos en la Guerra civil española, en un curioso marco de coexistencia de dos signos monetarios nacionales; en ambos casos para mantener la justicia de los intercambios en el implacable ocaso del patrón oro. El caso español fue especialmente extremado y la intervención del legislador a través de las llamadas leyes de bloqueo y desbloqueo, resultó un intento bastante realista y equilibrado de paliar los desastres de la guerra en el ámbito de los contratos. La pérdida del valor adquisitivo de la moneda se habría combatido con las cláusulas de estabilización que no son ciertamente un remedio ineficaz en algunos momentos, pero que tienen efectos económicos perversos en casi todas las situaciones críticas, porque espolean la hiperinflación. Ni uno ni otro remedio han sido pacíficamente utilizados. En nuestro caso, el curso legal y forzoso de la vieja peseta después de la guerra civil fue acompañada del principio nominalista, y como remedio, la legislación de los años ochenta y noventa comenzó, primero, a tolerar las cláusulas de estabilización y por último a imponerlas como un contenido normado de los contratos generadores de obligaciones

dinerarias duraderas. Así ocurrió en el art. 18 de la ley 29/1994 de AU, que introdujo una facultad revisoria anual al alza , o a la baja, durante los cinco primeros años del contrato con base en el Índice General del Sistema de precios al consumo (vulgarmente conocido como IPC General, que calcula y publica el INE). Resulta convincente la afirmación del autor de que la entrada en vigor en España de un nuevo signo monetario supranacional, por efecto de la Ley 46/1998, de 17 diciembre, permitía presagiar algún cambio en esta materia que, sin embargo, no se ha producido hasta mucho tiempo después del estallido de la crisis, que puso de relieve el inequitativo funcionamiento de la facultad revisora en momentos en que, siendo patente el descenso de los precios de las inmuebles, todavía era posible lograr aumentos notables en el arrendamiento de vivienda. Tardíamente el art. 18 LAU ha sido reformado, primero por el art. 1.12 de la Ley 4/2013 de Medidas de Flexibilización y Fomento del Arrendamiento de Viviendas, que, sin embargo, continuó estableciendo en defecto de pacto expreso el recurso a la cláusula de estabilización conforme al IPC General, con alguna moderación. Últimamente la Ley 2/2015, de Desindexación de la economía española parece inspirarse en la buena orientación, dedicando su cap. II al régimen aplicable a los contratos entre partes privadas, disponiendo en su art. 7.1. que sólo procederá la revisión de valores monetarios cuando se haya pactado expresamente, y en tal caso cuando no se especifique el índice o metodología de referencia será aplicable la tasa de variación que corresponda al índice de Garantía de Competitividad elaborado según lo previsto en el anexo de esta ley. Nueva orientación legislativa que el autor califica de modo escasamente complaciente: “Tardía reacción contra un estado de cosas insostenible, que surgió como reacción desmedida a las prolongadas congelaciones de rentas del pasado siglo, y que fue asumida por el Legislador a mediados de los años Noventa en un momento económico que desaconsejaba introducir en los contratos de arrendamientos semejantes previsiones legales”. La mencionada regla afecta al art. 18 y a la Disp. Final primera de la LAU 1994, tal como ha dispuesto oportunamente la DF 1.ª de la Ley 2/2015, y al art. 13.2 LAR 49/2003, igualmente modificado en idéntico sentido.

La crisis económica no ha terminado todavía sino que afecta también a otros sectores (por ej. la depreciación rápida y aguda de activos mobiliarios e inmobiliarios) y, en casos extremos, a la pérdi-

da casi total del valor de ciertos activos por la pérdida de ingresos de entidades emisoras. No se ha logrado sostener el crecimiento mundial después de los últimos acuerdos de la OMC, con políticas monetaria tan agresivas como el tipo del interés 0, o incluso el negativo. Aunque es difícil vaticinar si se va a volver al crecimiento es posible, entre tanto, afinar los instrumentos jurídicos de que se dispone para situaciones de extrema volatilidad de los mercados, como las que se han vivido desde 2007, en el que los mercados de las materias primas alimentarias entraron en un proceso vertiginoso de alzas y bajas, "que tan pronto ponen en peligro la rentabilidad de la actividad productiva, como amenazan a las capas de población económicamente más débiles n los puntos más alejados de las zonas de producción con el desabastecimiento y con subidas de precios inasumibles". Como causa autónoma se añade el cada vez más desigual reparto de poder de negociación a lo largo de las cadenas de aprovisionamiento, situaciones debidas al fenómeno descrito como "la asimetría de la información de los agentes". Pero advierte que "en el fenómeno de la imprevisión es donde más importante papel juegan las crisis, en la medida en que suponen las crisis agudas una ruptura de las expectativas de los contratantes que tiene un notable reflejo en la litigiosidad, que aflora en toda clase de acciones, especialmente en las de exigencia de cumplimiento y en las acciones resolutorias, y no solo en las ejecuciones crediticias o hipotecarias como a primera vista pudiera parecer".

La inexcusable referencia jurisprudencial la resuelve el autor mencionando primero lo que puede considerarse doctrina jurisprudencial clásica, representada por la STS de 17 mayo 1957 y sintetizada por doctrina autorizada, y luego un cierto cambio que se observa en las SSTS de 17 y 18 enero 2013, y 30 junio y 15 octubre 2014, de las que ha sido Ponente el mismo Magistrado de la Sala 1.ª (Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno).

En la STS de 30 junio 2014 se reitera la fundamentación de las dos anteriores resoluciones llevando a cabo una rigurosa caracterización de la cláusula *rebus sic stantibus* con referencia a los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, mencionando expresamente los Principios Unidroit, los PECL y el PMCC. Además expresa con precisión los cambios que se producen en la doctrina jurisprudencial hasta entonces mantenida, así como su alcance y efectos. En cuanto a la fundamen-

tación no se trata de una derogación en equidad de la regla *pacta sunt servanda,* sino que se fundamenta en reglas derivadas del orden público económico, y particularmente de "la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de la buena fe". Este fundamento técnico objetivado resulta compatible con el sistema codificado que "tampoco se quiebra si atendemos al campo de los efectos o a consecuencias jurídicas que la aplicación de la cláusula opera, ya sea un efecto simplemente modificativo de la relación, o bien puramente resolutorio o extintivo", y es plenamente coincidente con el desenvolvimiento de la materia en el Derecho europeo de los contratos. En cuanto a los criterios de delimitación, se fundamentan en la doctrina de la causa, de la base del negocio y de la asignación contractual de los riesgos, lo que ciertamente no constituye novedad en la jurisprudencia de la Sala 1.ª TS. También procura diferenciar el supuesto de revisión contractual con base en la cláusula, de situaciones que guardan alguna semejanza, como la imposibilidad sobrevenida o los supuestos de resolución de las obligaciones, que tienen consecuencias muy distintas, en un caso la liberación del deudor, y en otros las derivadas del incumplimiento esencial. Por último, tiene especial interés el tratamiento que da a la crisis económica y a sus relaciones con la excesiva onerosidad de algunas prestaciones , en cuanto obligan a contemplar la actividad económica de quien debe realizar la prestación como parámetro del cambio acaecido, sea por incremento de los costes o por falta del carácter retributivo de la prestación a que tiene derecho debido a otras circunstancias. La doctrina de esta sentencia se aplica a un contrato público adjudicado en procedimiento de concurrencia, consistente en un contrato de publicidad a realizar en autobuses urbanos, aunque sometido expresamente al derecho privado en lo relativo a su interpretación y a otras vicisitudes relacionadas con su ejecución. Más recientemente la STS de 15 octubre 2014, de idéntico ponente, ha aplicado esta doctrina a un contrato privado, el arrendamiento de un hotel, dando lugar a la pretensión de reducción de la renta pactada, con estimación de un recurso fundamentado, entre otros motivos, en la inaplicación del principio de la buena fe (art. 1258 CC). El autor aprueba este viraje jurisprudencial pese a las críticas recibidas, al tiempo que no considera oportuno confinar la nueva línea jurisprudencial al terreno de la protección de consumidores o del contratante débil, lamenta el escaso eco que ha tenido el art. 1213 de la PMCC de 2009 que prevé la excesiva onerosidad.

A modo de conclusión advierte el autor que la velocidad a la que se suceden las noticias hace difícil emitir un juicio seguro sobre el estado de la cuestión en materia de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero no impide tener alguna certidumbre parcial. Hay que pensar que la solución *de lege ferenda* es la incentivación de la renegociación del contrato, que de hecho se produce a menudo cuando las partes del contrato mantienen posiciones realistas, y sólo subsidiariamente la revisión judicial de las prestaciones. La nueva línea jurisprudencial que se insinúa en las sentencias comentadas del TS, es un paso en esa dirección. Su consolidación llevaría, sin necesidad de reforma legal, o al menos antes de que esta se produzca, a mejorar la praxis de renegociación contractual, empeño en el cual la función que deben asumir la doctrina y la jurisprudencia es la de establecer con la mayor precisión posible, los datos a tener en cuenta para posibilitar la revisión judicial y el umbral a partir del cual el desequilibrio habría de ser causa de resolución.

12. SOBRE LA PRESUPOSICIÓN EN LOS CONTRATOS

El Prof. Luna Serrano aporta al tema sugerentes reflexiones filosófico-jurídicas que permiten profundizar con provecho en la exégesis de determinadas normas del ordenamiento, especialmente de naturaleza contractual. Con apoyo en doctrina consagrada, es plausible pensar que la voluntad negocial de los contratantes se configura incluyendo mentalmente alguna "condición no expresada o no desenvuelta o implícita" (adoptando la terminología de Windscheid sobre *unentwickelte Bendingung*, también denominada *implied term* o *implied condition* por la doctrina inglesa), a propósito de la situación actual o de la evolución de los hechos que inciden en la relación convencionalmente establecida (en cuanto a que la otra parte ha de cumplir o a que el cumplimiento que debe llevar a cabo o el que nosotros debemos realizar tendrá lugar en circunstancias sustancialmente inalteradas); o bien evaluando, como en reacción a la concepción fundamentalmente subjetivista anterior se precisa posteriormente (por Oertmann y Larenz), los datos objetivos o presupuestos que se representan y constituyen la conocida como situación negocial de base o "base del negocio" y su posible permanencia o evolución (la llamada *Geschäftsgrundlage* de los alemanes); o,

incluso, dando a tales datos una relevancia causal en cuanto determinantes del "fin del contrato"; es decir, constituyendo la presuposición una suerte de reserva virtual que se insertaría en la disciplina negocial en consideración a la buena fe, conceptos todos ellos que podrían enlazarse con la vieja categoría de las *conjucturae* (de que hablaba Castillo de Sotomayor en 1726), o bien ser tenidos en cuenta como referencias útiles de la integración del contrato.

Reconoce el autor que se trata de un concepto extraño a la doctrina tradicional y tan vago, abstracto y aun evanescente, además de dudoso,controvertido y de construcción anfibológica y equívoca, por lo que no ha dejado nunca de plantear ciertas perplejidades, que se incrementan si se atiende a su posible incidencia negativa en la seguridad del tráfico y a la confianza que debe reinar en las relaciones recíprocas con base en el principio *pacta sunt servanda.* Ello explica las dudas de los autores y sus vaivenes en la aceptación o rechazo de la presuposición, así como la afanosa y a veces obsesiva búsqueda de instituciones tradicionales a las que la idea de presuposición hubiera proporcionado inspiración y en las que la misma se pudiera proyectar al objeto de encontrar a través suyo una efectiva virtualidad disciplinar. Después de haber ilustrado con una selecta bibliografía la situación antes descrita, concluye que la pluralidad de derivaciones con que se ha descrito la teoría de la presuposición pone de relieve la dificultad de presentar una configuración unitaria, si bien puede acogerse la idea de que en los casos en que la composición de los intereses en juego no encuentra una congruente adecuación en las previsiones contractuales, el sentido inspirador de la difusa categoría de la presuposición puede ser orientador para atender selectivamente a la concreta y equilibrada conformación de tales intereses –incluidos los riesgos que pueden afectarles– mediante la via de la integración del contenido del contrato.

En la última parte de su colaboración el autor desciende al terreno de la praxis y aunque reconoce que la presuposición no alcanza particular relieve en la diciplina normativa ni su concepto suscita, entre nosotros, excesiva atención doctrinal, las que podemos llamar genéricamente *presuposiciones* no dejan de estar presentes en nuestro legislación, ni tampoco de recurrir a ellas la jurisprudencia, siendo también sensibles a tenerlas en cuenta algunas propuestas encaminadas a modernizar perfectivamente el sistema normativo.

13. REFORMA DE LOS PLAZOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El Prof. COBACHO GÓMEZ aborda un tema de máxima actualidad pues en su comunicación trata, no ya de proyectos meramente realizables, sino de reformas recientemente operadas en nuestro ordenamiento; concretamente por la DF 1.ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, y por la DT 5.ª, sin que no deje de seguir llamando la atención el instrumento reformador aquí utilizado, pues con cierta frecuencia la norma procesal se ha empleado por nuestro legislador, tanto para derogar como para regular instituciones civiles.

Podría hablarse de una *communis opinio* en nuestra doctrina antes de la Ley 42/2015, sobre la necesidad de reformar la usucapión y la prescripción extintiva en particular. Por su parte, en la PMCC se regula parcamente la prescripción extintiva en el art. 1186, disponiendo que la prescripción extintiva no impide la compensación si el cumplimiento del tiempo de aquélla no estuviera realizado cuando los créditos se tornaron compensables, y en el art. 1974 según el cual la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias con pluralidad de acreedores aprovecha por igual a todos ellos. La Ley 29/2002, de 30 diciembre es, cronológicamente, la primera Ley del Cccat y se ocupa de la prescripción y la caducidad en el Tít. II del Libro I, capítulos I y II, con una detallada regulación de la misma en los arts. 121, números 1 a 24, y art. 122, números 1 a 5. El Preámbulo dice que el derecho histórico catalán siempre reguló la institución, y que la jurisprudencia del TS fue siempre muy respetuosa con la normativa catalana sobre prescripción, siendo numerosas las sentencias en que se aplica la prescripción de los 30 años del *Usage Omnes causae*, excluyéndose el Cc, sin tener en cuenta los plazos romanos de diez y veinte años, generalizándose por tanto aquél. Uno de los ejes de la reforma en esta CA ha girado en torno a la reducción de los plazos de prescripción. El art. 121-20, intitulado prescripción decenal, viene a establecer el plazo general al disponer que las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa. El art. 121-21 conserva la prescripción trienal en los siguientes casos: pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves, pretensiones relativas a

la remuneración de prestaciones de servicios y de ejecuciones de obra, pretensiones de cobro del precio en las ventas de consumo, y pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual. Según el art. 121.22 prescriben al cabo de un año exclusivamente las pretensiones protectoras de la posesión. El art 121-24, denominado *plazo de preclusión*, dispone que cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en las mismas causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el art. 121-23, en materia de cómputo de plazos.

La Propuesta de Código de comercio elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación contiene el Libro Séptimo que trata de la prescripción y caducidad. Con carácter general el art.712-1 dispone que las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que se disponga otra cosa. La Propuesta del Tít. 1.º del Libro Sexto del Cc elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil intitulado “Prescripción y caducidad”, comprende los arts. 611 a 616. Con carácter general el art. 612.1 dispone que el plazo de prescripción es de tres años, salvo para aquellas pretensiones que tengan establecido un plazo distinto . El art. 612.2 establece que tienen un plazo de prescripción de diez años: A) Las pretensiones declaradas por sentencia, en un laudo arbitral, en una transacción judicial o en un convenido de mediación elevado a escriura pública conforme a la Ley 5/2012 o que ha sido homologado judicialmente; y B) Las pretensiones de indemnización de daños causados por homicidio, detención ilegal, secuestro, actos de terrorismo y actos contra la libertad e indemnidad sexual. El art. 615,1 intitulado duración máxima del plazo de prescripción, declara en su apartado 1: El plazo de prescripción no podrá prolongarse por más de quince años contados desde que la pretensión puede ser jurídicamente ejercitada o, por la pretensión de indemnización de daños, desde que se produce la conducta dañosa (hay varias excepciones en el apartado 2).

El Prof. Cobacho realiza, a continuación, un notable esfuerzo doctrinal sobre la evolución, en general, de la prescripción extintiva en el mundo, que completa con documentos sobre prescripción surgi-

dos en el ámbito internacional que tratan de armonizar y unificar su régimen jurídico (Convención de la Comisión de las Naciones Unidas, conocida como UNCITRAL; los Principios de Derecho contractual europeo, Parte IIIª, cap. XIV, regulando esta materia desde los arts.14:101 al 14:601; la regulación muy similar del MCR; los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2014; la Propuesta de Reglamento europeo de compraventa de 2011 contiene también una normativa común de la prescripción en los arts.178-186).

Como ya se ha indicado la Ley 42/2015 realiza una reforma parcial, pero importante en el régimen civil de la prescripción extintiva, alterando el art. 1964.2 CC, cuyo texto es el siguiente: "2. Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan". Como afirma el autor: "se lleva a cabo una reducción sustancial de dicho plazo que pasa de quince años a cinco". Hay que pensar que no es una reforma temporal o en espera de otra más completa, sino que –al parecer– se trata de una redacción definitiva mirando al futuro, pese a su alcance claramente parcial, ocasional y limitado. Ello obliga a revisar proyectos o propuestas más o menos oficiales que, en el punto examinado, dejan de tener valor y eficacia (así se abandona el modelo vigente del Cccat y tampoco se adopta el criterio del proyecto de Ccom). La reforma ha entrado ya en vigor, incluso en lo relativo a las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, respecto de las cuales el *dies a quo* de la prescripción extintiva comienza cada vez que se incumplan. Hay una norma de derecho intertemporal contenida en la DT 5.ª de la ley, según la cual, bajo el epígrafe "régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes", dispone que " el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el art. 1939 del Código Civil", lo que constituye una mera remisión legal. El autor analiza, con ayuda de doctrina especializada, la nueva problemática que puede originar esta regulación, y en particular el plazo prescriptivo de la acción civil nacida de delito, las obligaciones duraderas de hacer o no hacer, y las continuas de hacer. Finaliza valorando positivamente la reforma del art. 1964 CC, que, a su juicio,

va en la línea de las reformas de otros derechos extranjeros y tiene en cuenta lo previsto en los tratados internacionales. Concluye que acaso se haya iniciado un proceso que conduzca a una reforma total de los plazos de prescripción en línea de lo que mantiene un sector de la doctrina española.

14. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

La Profesora Begoña González Acebes afirma de entrada que la contratación a distancia experimenta actualmente un auge creciente e imparable; tiene numerosas ventajas (sus costes de distribución son bajos; es muy cómodo para el consumidor, y es un sistema de comercialización muy util en las sociedades rurales). Podemos pensar que es una de las fórmulas jurídicas más importantes y con mejor porvenir dentro del comercio minorista. Además, su aptitud para traspasar fronteras e internacionalizar el comercio lo convierten en un instrumento muy adecuado para conseguir la unificación del mercado y la libre circulación de bienes y servicios. Pero en este modelo de contratación se observan también deficiencias o inconvenientes. El denominado "riesgo de incumplimiento", el "déficit de reflexión y la compra compulsiva", pues se celebran contratos no suficientemente meditados en los que quizá no hay una auténtica y consciente voluntad negocial. Opina la autora que en el panorama actual la cuestión no es tanto legislar más, ni siquiera legislar mejor, sino conseguir la aplicación de la legislación existente; postura más bien conservadora que, a tenor de las circunstancias, parece razonable. En nuestro ordenamiento el RD Legislativo 1/2007 que publica el TR de la LGDCU, ha sido modificado por la Ley 3/2014, de 7 marzo, que transpone la Directiva 2011/83/ UE del Parlamento y del Congreso, de 25 octubre 2011, sobre Derechos de los consumidores, calificada de Directiva de máximos. Si la contratación a distancia se realiza a través de medios electrónicos resulta también aplicable la Ley 34/2002, de 11 de julio.

En nuestro ordenamiento cabe sintetizar la especialidad de la contratación a distancia cuando concurren las siguientes notas:

a) Contratos celebrados en el marco de un sistema organizado

de venta o prestación de servicios a distancia; requiere una verdadera organización creada por el comerciante/empresario, para la distribución comercial de bienes o servicios en el mercado a través de las técnicas de comunicación a distancia; lo determinante será la falta de contacto presencial entre ambos contratantes, tanto en el momento precontractual como en el de la emisión de consentimientos.

b) Utilización de una o más técnicas de comunicación a distancia; la ley enumera con carácter abierto, el correo postal, Internet, el teléfono y el fax; es indiferente que ambos contratantes utilicen la misma técnica, o esta sea distinta.

c) Una de las partes ha de ser consumidor. Aquí radica nuestra singularidad pues la condición de consumidor no consiste en ser destinatario final de los bienes o servicios, sino en el desarrollo de su actuación al margen de una actividad empresarial o profesional, pudiéndolo ser una persona jurídica. Pese a que el TR no ha acogido de modo expreso, en el ámbito de la contratación a distancia, el concepto de consumidor vulnerable, la autora propugna su aceptación.

El proceso de formación del consentimiento contractual se ha visto ampliamente afectado por la reforma del art. 28 de la Ley 3/2014, dando una nueva redacción y contenido a los arts. 98 y 99 del TR. Ahora bien, aunque el formalismo en la contratación a distancia se ha querido configurar como uno de los instrumentos básicos de protección del consumidor, sin embargo, –sostiene la autora–, el formalismo de los deberes de información precontractual y la exigencia de la confirmación del contrato no le han convertido en un contrato formal . Esta parte de la comunicación constituye probablemente una de las más densamente trabajadas. En primer término se analiza minuciosamente el deber de informar, su problemática general, y en particular la que recae sobre los bienes o servicios, sobre el empresario, sobre el precio total y otros costes, sobre el contenido del contrato (entrega, ejecución, lengua utilizada, duración y resolución de conflictos), el derecho de desistimiento y las consecuencias de la omisión de este deber en la fase precontractual). Luego se estudia la confirmación del contrato, siendo nue-

va la obligación para el empresario de facilitar en soporte duradero y en un plazo razonable la confirmación (art. 98 TR), incluyendo aspectos importantes para el consumidor. El incumplimiento de esta obligación, según el art. 100 TR puede producir la ineficacia del contrato pues se legitima al consumidor para solicitar su anulación, tanto por vía de acción como de excepción. En ausencia de norma comunitaria, ha acogido la solución prevista anteriormente para los contratos celebrados fuera del establecimiento, cuyo régimen se ha unificado con el de los contratos a distancia, suscitando críticas en la doctrina; tampoco se prevé el plazo para el ejercicio de la acción, cuyo ejercicio, paradójicamente, puede a veces interesar más al empresario que al consumidor. La reforma del TR ha introducido reglas especiales para los contratos celebrados a distancia, distinguiendo la autora: a) Contratos celebrados a través de una técnica de comunicación a distancia en los que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados; b) Contratación electrónica; y c) Contratación telefónica.

El apartado final dedicado al derecho del desistimiento estudia los arts. 102 a 108, dedicados a regularlo en los contratos a distancia, analizando la autora su concepto, el plazo de ejercicio, sus consecuencias y la imposibilidad de devolver la prestación.

15. DOS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL

Aunque la materia tratada es sustancialmente idéntica, la postura del jurista necesariamente difiere, hasta el punto de que sería posible incluso un estudio comparativo con resultados diferentes. La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada y aprobada por la Comisión General de Codificación en 2009, tiene eficacia sólo dentro de nuestras fronteras y, como es sabido, no en todo el territorio nacional. Bruselas, por supuesto, nada tendría que decir al respecto. Sin desplazarnos mucho baste recordar que varios proyectos galos han nacido y fenecido, teniendo poco que ver su contenido con la reforma, un tanto inusitada, llevada a cabo finalmente por Decreto-ley en el país vecino. Por múltiples razones circunstanciales la Propuesta española puede ser acogida en todo o parte, abandonarse, o ir perdiendo atractivo

gradualmente. Por su lado el conocido como Proyecto Gandolfi o de Pavía, no pasa de ser un ejemplo más de codificación postulado por el llamado *Professorenrecht,* que es conocido y ha sido presentado oficialmente en Bruselas desde principios de siglo, aunque carece de todo valor vinculante (lo que no obsta a que sus autores aspiren a que se convierta, en su día, en Derecho comunitario en vigor). Habría que reconocer con todo que la PMCC de 2009 resulta más cercana y susceptible de atraer la atención que el Proyecto de Contratos Europeo. Ambos se integran, sin embargo, en ese reiteradamente invocado proceso de modernización de nuestro Derecho de obligaciones.

La Profesora Blanca Sánchez-Calero Arribas dice que el tema de la nulidad y anulabilidad de los contratos se regula en el cap. IX, titulado "De la nulidad y anulación de los contratos", del Tit. II ("De los contratos"?) del Libro IV ("De las obligaciones y contratos") del PMCC. Dicho capítulo se compone de 14 arts. (1296 a1 1309), y en ellos se recoge, -a juicio de la autora-, en líneas generales, la interpretación que, doctrina y jurisprudencia, defienden en torno a las categorías de la nulidad y anulabilidad, estableciendo una diferenciación entre ambas y configurando un régimen específico para cada una de ellas.

Según el art. 1296.1, la nulidad de un contrato se produce "por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva, así como por la falta total de consentimiento o de una forma esencial". La Propuesta ha prescindido de la inexistencia como categoría distinta de la nulidad. No se reproduce el vigente art. 1261 CC. No se cita como causa de nulidad, en aquel precepto, la falta de forma debido a que nuestro ordenamiento rige con carácter general la libertad de forma; más adelante se requiere que la falta de forma sea esencial en determinados supuestos. También se omite toda referencia a la falta de objeto. Sobre la causa dispone el art. 1238.1 de la Propuesta: "1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral.- Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo. 2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario". La autora entiende que aquí se alude a la causa en sentido objetivo, ya que no cabe abstracción causal en nuestro Derecho. Invoca doctrina autorizada

y jurisprudencia del TS para proponer que los jueces hagan un uso prudente y cauteloso para anular los actos contrarios a la ley. El art. 1296 prevé la simulación relativa, pero se ocupa de la protección de los terceros afectados por la nulidad cuando hayan adquirido a título oneroso un derecho del titular aparente y no conocieran ni hubieran podido conocer la simulación. El régimen de la nulidad no deja de plantear algunos problemas interpretativos, en parte por su genérica redacción. En principio, la nulidad se declarará a instancia de cualquier persona con interés legítimo, planteándose la dificultad de precisar la entidad de este último. La acción es imprescriptible, pudiendo ejercitarse en cualquier momento, sin estar sometida a plazo alguno. Sin embargo, si las prestaciones en que consiste el contrato nulo se han cumplido, la acción para pedir la restitución de las mismas sí está sujeta a prescripción; y si uno de los contratantes está poseyendo la cosa que se le entregó en virtud del contrato nulo, durante los plazos y con las características exigidas para la usucapión, ésta se habrá consumado y la restitución no será posible. El art. 1296.3 niega la posibilidad de convalidar los contratos nulos de pleno derecho. Pero un contrato nulo puede producir los efectos propios de otro contrato distinto si cumple los requisitos de éste y, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, debe suponerse que estas lo habrían querido de haber conocido la nulidad.

La anulabilidad aparece minuciosamente analizada, tratando de sus diferencias con la nulidad y su tendencia expansiva, con apoyo en la doctrina de Gordillo Cañas, Pasquau Liaño, Carrasco Perera y V. Guilarte Zapatero; sus causas (defectos de capacidad, vicios del consentimiento, actos realizados por un cónyuges sin el consentimiento del otro cuando fuere necesario, desequilibrio de las prestaciones, conflicto de intereses entre representante y representado). En cuanto a las personas que pueden ejercitar la facultad de anulación, se describen en cada caso, reduciéndose de cuatro a dos años años, plazo calificado de caducidad, cuyo *dies a quo* se establecen en aquellos; el pár. 2º del art. 1305 prevé que la facultad de anulación pueda oponerse mediante excepción en cuyo caso no se aplica dicho plazo. Novedosa es la regla del art. 1305 pár.1º ue prevé el ejercicio extrajudicial de la facultad de anulación mediante comunicación dirigida la otra parte con expresión de las razones en que se funde. Como causas de extinción de la facultad de anulación analiza la confirmación y la pérdida de la cosa.

La declaración de invalidez de un contrato, por nulidad o anulabilidad, supone el nacimiento de una relación obligatoria de liquidación.

También es novedosa la previsión de la ineficacia parcial.

La Profesora Margarita Fernández Arroyo, bajo una titulación genérica, circunscribe su aportación al ámbito de la nulidad absoluta de los contratos, siendo esta materia en la UE el sector del Derecho privado que, por razones de certeza y de seguridad jurídica es el más necesitado de una regulación general uniforme. Por otra parte, se decanta por el Anteproyecto de Código europeo de contratos elaborado por los iusprivatistas de la Academia de Pavía en las postrimerías del siglo xx, porque en él se contiene lo que los ordenamientos jurídicos de tradición latina se conoce con la locución *Teoría General del Contrato,* añadiendo que su inclinación personal por la técnica codicial le facilita erradicar mejor la tendencia de los jueces a resolver los casos litigiosos desde la perspectiva del Derecho nacional (invocando, a este respecto, las opiniones autorizadas de De los Mozos, Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno). En esta materia no ahorra, sin embargo, críticas de fondo y forma, aunque alaba la instrumentación que realiza de las patologías contractuales al otorgar primacía a la resolución extrajudicial, dado que la vía judicial solo queda expedita cuando las partes no logran alcanzar un acuerdo, lo cual se fundamenta en razones de economía procesal, seguridad jurídica y celeridad.

En lo que atañe a su régimen jurídico el Anteproyecto de Pavía regula la nulidad en su libro I, arts.140 a 145, ubicados en la sección primera, bajo el epígrafe *Anomalías,* del Tit. XI, rubricado *Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios.* En ellos se contienen muchas y muy importantes novedades, las cuales afectan al factor genético, a sus causas, a sus atributos y efectos , contribuyendo decisivamente a conformar una figura que no encaja en el esquema tradicional, proclamando el principio de conservación del contrato. Pero también destaca por sus omisiones, al prescindir de la causa, ello influye en el control de la legalidad y moralidad del contrato, que se lleva a través de contenido del contrato, y también en el tratamiento de la simulación.

A juicio de la autora la ordenación sistemática de la invalidez contractual está muy bien articulada, por cuanto ha sido estructurada siguiendo un orden cualitativo decreciente en función de la

gravedad de las respectivas anomalías estructurales, constituyendo el reconocimiento en sus arts. 137 a 139 de la denostada y polémica figura de la inexistencia una de las aportaciones de profundo calado y más llamativas de la Academia de Pavía . La inexistencia es una anomalía de naturaleza estructural que difiere de la nulidad tanto en el plano ontológico como en el efectual; en ella no cabe hablar de contrato, ni de contratantes, sino de interesados, cuya actuación carece de fuerza vinculante porque entre ellos no surge ningún tipo de vínculo jurídico. Ni siquiera ha llegado a generar ninguna apariencia de contrato. Constituye la forma más radical de invalidez contractual porque de ella no puede derivarse ningún efecto jurídico, con base en el viejo brocardo *quod nullum est, nullum producit effectum.* El reconocimiento normativo de la inexistencia ha supuesto la implantación *ex novo* de un *tertium genus* en materia de invalidez contractual y, por ende, el establecimiento de una concepción tripartita en la que la nulidad estructural ha visto reducida significativamente su ámbito de aplicación. En la concepción del Anteproyecto la nulidad estructural ofrece mayor afinidad con la anulabilidad, pues ambas anomalías tienen como presupuesto la existencia del contrato, son sanables y se extinguen por prescripción. Pero en el fondo la invalidez y la ineficacia son dos categorías cualitativamente distintas, porque actúan en planos diversos y se producen, por regla general, en diferentes momentos.

Sostiene la autora que la Academia de Pavía ha desterrado injustificadas preocupaciones doctrinales, al implantar una serie de mecanismos correctores de la nulidad, en consonancia con la tendencia jurisprudencial al abandono de la rigidez en esta compleja materia, al haberse puesto el acento en la finalidad perseguida por las normas infringidas y no en el aspecto estructural (como se desprende del art. 143.1 según el cual la nulidad en los contratos *contra legem* no son susceptibles de confirmación, ni de que les sea aplicable la nulidad parcial, ni la regla de la conversión, ni ningún otro correctivo, por lo que es insubsanable). También se ha tomado en consideración el criterio de la utilidad social nacional, dado que en los conflictos entre las normas de Derecho comunitario y las de Derecho interno, cuando estas sean de utilidad nacional y, en particular, sean conformes con los principios constitucionales fundamentales en vigor en cada uno de los mismos y en relación con los principios de igualdad, solidaridad social y tutela de la persona humana. La nulidad opera *ipso iure* y la sentencia que

se dicte tiene carácter declarativo con efectos *ex tunc* para mantener el equilibrio de los intereses implcados, dando lugar a la restitución de las prestaciones; pero no puede ser apreciada de oficio por el juez (art.141.2); la acción está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar de la conclusión del contrato, si bien las situaciones fácticas creadas al amparo del contrato nulo pueden consolidarse por la usucapión. Todo parece indicar que los contratantes son los únicos que pueden hacer valer la nulidad ya que el art. 142.1 habla de partes y no de interesados; también parece evidente que es inaplicable la regla *nemo auditur sua turpitudinem allegans,* pero los legítimos intereses de los terceros están protegidos por la inoponibilidad (art. 154). Respecto de las causas de nulidad incluidas en el art 140, que considera meramente norma interpretativa de carácter supletorio, lo critica por ser redundante en la enumeración de los contratos ilegales, mezclando cuestiones de ilicitud con las estructurales, y siembra dudas y contradicciones con la aplicación del art. 140, núm 1 (la ley puede establecer un mecanismo distinto de la nulidad en los casos contemplados en el precepto). Su exhaustividad es más aparente que real, apareciendo la división entre contratos ilícitos y defectuosos, siendo poco afortunada –a su juicio–, la descripción de los últimos. Finaliza su exposición tratando de la caducidad regulada en el art. 142 que se considera como una anomalía que opera en los contratos con eficacia diferida, y la figura que puede considerarse reverso de la anterior (art. 140.6) de validez sobrevenida o sucesiva del contrato.

16. OTRAS COLABORACIONES

En la imposibilidad, por diversas circunstancias, de entrar en su detallada exposición, y siguiendo el orden de su publicación, daré sumariamente cuenta de las restantes colaboraciones:

– Santiago Hidalgo García y Félix Calvo Vidal: *Los créditos documentarios irrevocables y el pago,* p. 113-134. Estudio jurisprudencial centrado en la acción directa del art. 1597 Cc y también en las cartas de crédito.

– Encarna Serna Meroño, *La extinción de la obligación: reflexiones en torno a la remisión de la deuda,* p. 135-155. Estudio doctrinal

y jurisprudencial de la remisión de las obligaciones en el CC con la perspectiva final de la PMCC de 2009.

– José A. Cuevas Segarra, *Del ofrecimiento de pago y la consignación,* p. 157-175. La cualidad recayente en el autor de Miembro del Comité Permanente de las reglas de Procedimiento civil, en el TS de Puerto Rico, ofrece gran interés para quien se interese por esa subfamilia de países que tienen, o han tenido, al viejo CC español de 1889, en la base de su vigente ordenamiento civil (incluyendo Filipinas y, probablemente, Guinea Ecuatorial).

– Germán de Castro Vítores, *Determinación convencional de las consecuencias pecuniarias del incumplimiento y propuestas de renovación del Derecho contractual español. Primer esbozo de un mapa de situación, op. cit.* p. 177-214. Partiendo de la PMCC y de la Propuesta APDC de 2015, el autor se centra en la cláusula penal, analizando su relación con la cláusula indemnizatoria, con las manifestaciones de la autonomía contractual y con las consecuencias de introducir la regla del art. 1150 de la PMCC para la contratación ordinaria.

– M.ª Eugenia Serrano Chamorro, *El pacto de arras. Especial consideración como cláusula abusiva,* p. 215- 246. A la vista de los diversos proyectos españoles y comunitarios de reforma contractual, la autora se propone profundizar en el estudio del pacto arral, sus modalidades o funciones, valor jurídico y posible carácter abusivo del mismo.

– Gabriel García Cantero, *Algunas notas sobre la compraventa en el Proyecto de Pavía,* p. 465-487. El autor es miembro de la Academia de Pavía, y se pregunta si en el siglo xxi sobrevive el Proyecto europeo de contratos, gestado en el Congreso de 1990, y prosiguen las actividades de su Coordinador el Prof. Gandolfi y los miembros de aquélla. Presupuesta la respuesta afirmativa , explica la elaboración del Tít. I, Libro II, del Proyecto, dedicado a la compraventa, cuyo régimen expone.

– Jacobo B. Mateo Sanz, *Cuestiones en torno al art. 1504 del Código civil,* p. 489-516. Amplio y documentado estudio doctrinal y jurisprudencial del indicado precepto, la falta de pago, situaciones en que la falta de pago supone un incumplimiento resolutorio, y un amplio tratamiento del requerimiento.

– Ángel Sánchez Hernández, *Nuevos principios contractuales de aplicación al sector agroalimentario,* p. 537-601. Única aportación

sobre Derecho agrario, del que el autor es reconocido especialista. Se centra en el estudio de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, desarrollando su ámbito de aplicación, las normas de formalización de los contratos alimentarios (art. 8), sus requisitos o condiciones (art. 9), y el contenido, alcance de los términos, y sobre todo los principios rectores (art. 4).

– Ignacio SERRANO BLANCO, *El daño extracontractual imputable. Una pluralidad de personas,* p. 603-634. Se centra en la interpretación del art. 1122 pár. 2.º de la PMCC que regula el daño como punto de conexión de los regímenes civil y penal, analizando los criterios de imputación de la culpa, tratando de aclarar si se trata de solidaridad propia o impropia, la responsabilidad de padres y tutores, y la posición del perjudicado o víctima.

17. A MODO DE CONCLUSIONES

Cuidada presentación material y formal, a la que ya nos tiene acostumbrados la editorial. Atrayente dibujo de portada y amplio tipo textual de letra, diferenciado del menor de las notas, originando un volumen manejable. En cuanto a los temas de fondo y contenido -competencia de los organizadores-, se comprende la dificultad de acertar con un título adecuado, pues, acaso, la de *reforma* no reflejaba la totalidad de aportaciones básicas, aunque al recensor sigue pareciéndole la más acertada. Original ha sido, sin duda, desdoblar el contenido entre *presentación* y *epílogo,* para abrazar así la totalidad de la obra. Quizá se echan en falta algunos índices generales de la obra (materias más generales tratadas, jurisprudencia en sus diversos niveles, de autores citados etc). Resumidamente cada decir que en el presente volumen de Homenaje al Prof. SERRANO GARCÍA se encuentra material excelente para acometer, con sosiego, la revisión y eventual reforma de nuestro Derecho de obligaciones y contratos.

MADRIGALEJO, 1516. EL CRUCIAL TESTAMENTO DEL REY CATÓLICO

Alberto Sáenz de Santa María Vierna,
Marcial Pons Historia,
Madrid, 2016

Ángela Villanueva Romero
Notario

El 23 de enero de 2016 se cumplieron quinientos años de la muerte de Fernando el Católico en Madrigalejo, un pequeño pueblo de la provincia de Cáceres.

Con tal motivo, en varios lugares de Extremadura especialmente vinculados a Fernando (Guadalupe, Trujillo y el mismo Madrigalejo) tuvieron lugar unas "Jornadas" bajo la dirección del prestigioso Historiador, Catedrático de la Universidad de Sevilla y Premio Nacional de Historia, D. Antonio Miguel Bernal.

Estas Jornadas consistieron fundamentalmente en una serie de Conferencias sobre distintos aspectos de la obra de Fernando II de Aragón, todas ellas a cargo de historiadores universitarios. Y junto a ellos, nuestro compañero Alberto Sáenz de Santa María Vierna se ocupó de realizar el análisis jurídico del testamento que Fernando otorgó el día anterior a su muerte.

Un año después, estas Conferencias han tomado forma de libro, con una portada muy atractiva (un retrato muy poco difundido de Fernando) y una presentación muy cuidada a cargo de "Marcial Pons, Historia". El libro lleva por título "Fernando el Católico, rey".

En esta recensión sólo vamos a ocuparnos del trabajo que analiza el último testamento de Fernando, analizando el contenido de la que fue en verdad su "postrimera voluntad", desde una óptica estrictamente jurídica.

Este último testamento de Fernando siempre ha sido mucho menos estudiado que el de su esposa Isabel en Medina del Campo. Y cuando fue mencionado por los historiadores, el análisis se centró siempre en las cuestiones políticas derivadas de la sucesión: Juana y su incapacidad para reinar, el nombramiento de Regente, la relación Castilla "versus" Aragón, ... Es decir, un análisis primordialmente público e histórico.

Faltaba un análisis estrictamente jurídico y jurídico-privado del testamento y eso es lo que hace Alberto Sáenz de Santa María Vierna: disecciona (casi desmenuza) jurídicamente el testamento de Madrigalejo, sirviéndose

para ello de los conceptos jurídicos actuales y de la perspectiva de hoy sobre un documento notarial de hace cinco siglos, redactado ante unas circunstancias muy especiales del Rey y de España. Llevando al lector literalmente de viaje, en permanentes recorridos de ida y vuelta, de 1516 a 2016 y viceversa.

Lo que le hace señalar cuatro características de este testamento del Rey de Aragón en Extremadura. Dos son positivas: es el testamento de un Rey; y es un testamento "in itinere". Y otras dos son negativas: no es el testamento de un longevo; y no es un testamento en inminente peligro de muerte. Y concluye desarrollando particularmente la característica jurídica más importante del acto de última voluntad de Fernando: la de que se trata de un testamento cerrado. Cerrado y no abierto, lo que ha hecho que algunos autores equivoquen el análisis de su estructura jurídica, llegando a conclusiones erróneas.

Señaladas estas características generales del documento, entra nuestro compañero en el análisis del fondo de las cláusulas testamentarias. Y desarrolla profundamente, con óptica notarial, dos cuestiones particularmente interesantes:

a) La primera es si Fernando respetó las legítimas de todos sus hijos no designados herederos (todos menos Juana, a la que instituyó heredera universal).

b) La segunda analiza si Fernando dejó a su viuda –Germana de Foix, su segunda esposa– la viudedad foral, es decir, el derecho de usufructo aragonés (que como se sabe, es la institución "más mimada por la legislación de este antiguo Reino").

La lectura del artículo resulta iluminador sobre estas dos cuestiones medulares en el orden familiar-sucesorio. No procede que hagamos ahora resumen de sus conclusiones sobre estos dos puntos; es mucho mejor remitir a todos a la lectura directa del trabajo, sin intermediarios.

No puedo terminar esta recensión sin destacar un dato concreto (que no tiene más valor que el de anécdota). A petición de él mismo, nuestro compañero dictó su conferencia en Trujillo el día 22 de enero de 2016, es decir el día en que se cumplían precisamente 500 años del testamento del Rey Católico.

Por ello, durante su conferencia pudo afirmar con verdad histórica que exactamente en las mismas horas de ese mismo día en que él estaba hablando –pero 500 años atrás– se preparó, redactó y finalmente firmó el testamento de Fernando II de Aragón.

EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

de Laura Zumaquero Gil
Edit. Tirant lo blanch
Valencia, 2017
233 pp.

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

Esta obra constituye uno de los pocos estudios monográficos que se han realizado en nuestro país sobre el derecho de retención, lo que ya *a priori* deja entrever la dificultad del tema. De hecho, del derecho de retención se ha discutido prácticamente todo. Su regulación, fragmentaria y casuística, dificulta enormemente la delimitación de aspectos tan importantes como su naturaleza, sus presupuestos o sus efectos. La autora trata de desentrañar todas estas cuestiones, a partir de un análisis exhaustivo de los casos regulados en el Código Civil para, finalmente, proponer distintas líneas de actuación a efectos de una futura reforma.

El derecho de retención en el Código Civil español se estructura en tres partes diferenciadas. En la primera parte de la obra, titulada "Aspectos generales del derecho de retención", la doctora Zumaquero realiza una construcción dogmática de la figura. Partiendo de la idea del derecho de retención como facultad del poseedor de una cosa ajena, para conservarla, hasta que cobre el crédito que ha nacido a su favor, por razón de la misma, la autora distingue el derecho de retención de otras figuras afines y sitúa su fundamento en el principio de equidad. Por otra parte, delimita sus presupuestos, tomando posiciones en torno al eterno debate entre posesión natural o posesión civil, como presupuesto hábil para retener; decantándose por el criterio de la detentación de la cosa. Seguidamente, enumera las causas de extinción, refiriéndose a la prescripción extintiva, al abuso de la cosa poseída y la insolvencia del deudor como causas falsas de extinción.

La primera parte concluye con el estudio de uno de los aspectos más importantes y problemáticos del derecho de retención: sus efectos. La autora lo aborda de manera detallada desde la perspectiva de las relaciones entre retenedor y deudor y entre retenedor y terceros, especificando en qué casos el derecho de retención va a ser oponible.

En la segunda parte de esta monografía se analizan todos los casos en los que el Código Civil utiliza los términos "retener" o "retención" (posesión de buena fe, usufructo, comodato, *pignus gordianum*, prenda, contrato de obra, mandato o depósito), distinguiendo los supuestos de derecho de retención en sentido propio, de otros casos en los que el legislador regula una verdadera prenda, y que encontramos en los artículos 1866, párrafo 1º, 1600, 1730 y 1780 del Código Civil. A continuación se exponen los casos de derecho de retención por remisión del propio Código Civil, como pueda ser el caso de la anticresis y su remisión a los artículos de la prenda. Ya en un segundo capítulo, la autora analiza la viabilidad de su aplicación analógica a otros casos no contemplados expresamente en el Código Civil, pero que comparten sus presupuestos. Mientras que en el capítulo tercero, se analiza la cuestión de la admisibilidad de la retención convencional en nuestro Derecho, decantándose por la validez del pacto, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

La tercera parte de la obra, con creces la más compleja, lleva por título "Elaboración de un régimen general del derecho de retención: una propuesta de reforma del Código Civil español". Esta parte se inicia con la argumentación que a su juicio justifica la necesidad de reformar el derecho de retención, a partir de la elaboración de un régimen general de la figura. Su configuración como una garantía débil, sus dudosos efectos frente a terceros o la pérdida de interés que en algunos casos conlleva su ejercicio, por la imposibilidad de repercutir los gastos de conservación en el deudor-propietario, son algunas de las cuestiones que llevan a la autora a concluir en la necesidad de una modificación, si queremos configurar el derecho de retención como una verdadera garantía. Aunque el derecho de retención puede ser una garantía muy útil para aquellos acreedores que están ya en posesión de una cosa ajena, sin embargo, el no dotarla de claros efectos frente a terceros o no regular la posibilidad de repercutir los gastos de conservación en el propietario de la cosa, hacen de ésta una garantía con menor interés para el acreedor en su generalidad.

Las legislaciones que recientemente han reformado el derecho de retención optan por un modelo unitario, que, con independencia de la naturaleza asignada, tratan de ofrecer soluciones a los problemas prácticos. El Código civil catalán realiza una reforma profunda del derecho de retención, atribuyéndole naturaleza de garantía real, dotando al retenedor de las facultades propias del titular de una garantía real. En la misma línea, *el Draft Common Frame of Reference* configura el derecho de retención como un verdadero derecho real de garantía, atribuyendo al retenedor también la facultad de realizar el valor del bien en caso de impago o recuperar la posesión de la cosa al retenedor, si ésta le ha sido arrebatada. Además de gozar de *super-priority*, disfrutando su titular de un derecho de preferencia superior al de cualquier otro acreedor que tenga un derecho que recaiga sobre la cosa poseída. Ambas regulaciones, junto con otros modelos comparados, son analizadas por la autora en esta parte de la obra. Para la autora, la construcción de este régimen unitario del derecho de retención, con independencia

de la naturaleza que finalmente se le atribuya, va a requerir inicialmente delimitar sus presupuestos, así como fijar los casos generales de derecho de retención que se van a incluir, partiendo de su configuración como una legítima continuación en la posesión de una cosa mueble o inmueble ajena, en virtud de un título distinto del originario. En la obra se proponen como supuestos generales: 1.º los casos en que una persona posee una cosa ajena de buena fe, hasta que se le paguen los gastos útiles y necesarios realizados sobre la misma, 2.º los supuestos en que una persona ha sufrido daños como consecuencia de la posesión de una cosa ajena, 3.º los casos de realización de una actividad sobre cosa ajena, siempre que no se vea satisfecho el precio acordado para dicha actividad.

Por lo que respecta a sus presupuestos, parte de la clasificación tradicional: posesión de una cosa ajena, existencia de una crédito a favor del retenedor y conexión entre el crédito y la cosa poseída.

A esta propuesta más general se añaden otras más específicas, en atención a que el derecho de retención se configure como una facultad, un derecho personal o un derecho real. De configurarse como un derecho real, tendencia actualmente en voga, el otorgamiento de un derecho de preferencia al acreedor, la posibilidad de realizar el valor del bien en caso de impago o su oponibilidad frente a cualquier tercero, justifican, a juicio de la autora, la necesidad de establecer requisitos formales específicos para su válida constitución, y plena eficacia frente a terceros. Por otra parte, su configuración como un derecho personal o una mera facultad flexibilizaría su ejercicio, pero evidentemente, con independencia de que se le dote de cierta eficacia frente a terceros, no sería una garantía tan efectiva que de optar por la primera opción. En tal caso, habría que concretar sus efectos conforme a la naturaleza personal atribuida. El desarrollo de todas estas líneas de actuación lo encontramos reflejado en la última parte de la obra.

En definitiva, estamos ante una obra que tiene la virtud de ofrecer una exposición detallada de un tema tan complejo como el derecho de retención, en la que se clarifican cuestiones muy relevantes desde el punto de vista de su aplicación práctica, además de plantear propuestas de cara a una futura reforma, para convertirlo en una garantía más eficiente.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

DELIMITACIÓN DEL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), número 190/2017, de 15 de marzo

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho mercantil.
Universidad de Valencia.
(jose.m.embid@uv.es)

· **Palabras clave:** Grupo de sociedades; concurso de acreedores; control; crédito subordinado.

Resumen: La sociedad Koxka Technologies S.L.U, acreedora de la sociedad concursada Cubigel Compressors, S.L.U., tiene la condición de persona especialmente relacionada con ésta última porque ambas están integradas en un grupo societario, estando sometidas al control de una persona física. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado.

Fuente: 28079110012017100230.

Disposiciones legales aplicadas: artículo 42 del Código y de Comercio y artículo 92.5 en relación con el artículo 93.2.3.º, ambos de la Ley Concursal.

A) HECHOS

Koxka Technologies S.L.U (en adelante, Koxka) interpuso demanda incidental contra Cubigel Compressors, S.L.U. (en adelante Cubigel) solicitando se rectificara en el listado de acreedores relativo al concurso de esta última su crédito, por importe de más de dos millones de euros, calificándolo de ordinario. Formulada oposición por la concursada, el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, en su sentencia de 30 de octubre de 2012, con motivo de la tramitación del incidente concursal núm. 516/2012, rechazó la pretensión referida a la calificación del crédito de la instante del incidente, manteniéndose como subordinado por ser Koxka persona jurídica especialmente relacionada con la deudora al formar parte ambas del mismo grupo. Tanto la acreedora como la concursada, eran sociedades unipersonales, estando el capital de cada una de ellas en manos de una sociedad tenedora; a su vez, las dos sociedades tenedoras eran controladas con amplia mayoría (65 % y 79 %, respectivamente) por una persona física, D. Jesús Miguel. Al mismo tiempo, las sociedades acreedora y deudora compartían el mismo administrador (una sociedad mercantil que había designado a una misma persona física como representante), sin perjuicio de que los principales ejecutivos de ambas dispusieran de poderes cruzados que les permitían actuar indistintamente en nombre de una u otra sociedad. Apelado el fallo por Koxka, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia núm. 449/2013.

Apelado el fallo, la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia núm 449/2013, de 11 de diciembre, estimó el recurso, ordenando que se incluyera el crédito de la actora como ordinario. El administrador concursal de Cubigel, D. Jacinto, interpuso recurso de casación, estimado por el Tribunal Supremo, que casó la sentencia recurrida, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Mercantil, sin expresa imposición de costas.

B) DOCTRINA

1. De acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, la noción de grupo viene marcada en toda ella no por la existencia de una unidad de decisión, sino por la situación de control,

tal y como prevé el art. 42.1 del Código de Comercio. Y la noción de control implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo de facultades empresariales.

2. Las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades son aplicables también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Y el hecho de que no tengan dichas sociedades entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario.

3. Para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables.

4. El art. 42 del Código de Comercio contiene elementos que sólo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupos de sociedades, como es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal.

C) COMENTARIO

1. Presentación: grupo de sociedades y concurso de acreedores. Son varios los preceptos de la Ley Concursal (en adelante, LC) en los que se alude a la figura del grupo de sociedades sin llegar a configurar dentro de su ámbito específico, como es bien sabido, un concreto régimen para dicha modalidad de empresa. Este planteamiento guarda una notable similitud con el que es habitual entre nosotros en dicha materia, a pesar de los diversos intentos llevados a cabo hasta la fecha para conseguir una adecuada regulación de los grupos, siendo el último el correspondiente al Anteproyecto de Código Mercantil, de 2014. Tales propósitos de ordenación normativa se han ubicado, según es notorio, en la órbita del Derecho de sociedades, por ser en dicho sector donde se manifiestan los principales problemas que el grupo plantea desde el punto de vista jurídico y

donde, por tanto, se han de formular las reglas principales: desde el reconocimiento de la legitimidad del grupo hasta las medidas de protección de socios externos y acreedores, pasando por el poder de decisión que en todo grupo, para llegar a ser tal, ha de ejercerse, señalando, a la vez, sus límites, por referirnos sólo a los más relevantes (1).

Este carácter central del Derecho de sociedades a la hora de considerar la regulación de nuestra figura no impide que en otros sectores del Derecho Mercantil e, incluso, en otras disciplinas jurídicas donde la empresa asume gran protagonismo, alcance el grupo particular significación (2). Es el caso, en esta última vertiente, tanto del Derecho Tributario como del Derecho del Trabajo, por referirnos a las materias principales, donde la singular temática planteada por nuestra figura es bien conocida, sin perjuicio de que los criterios de política jurídica para su adecuado encauzamiento no sean siempre homogéneos. Pero, como decimos, dentro del propio Derecho Mercantil encontramos ramas concretas donde el grupo es susceptible de tratamiento relativamente autónomo o, dicho de otra manera, donde dicha figura puede quedar sometida a particulares especificaciones. Es el caso, desde luego, del Derecho anti-trust, pero también, y de manera muy relevante en los últimos tiempos, del Derecho concursal, donde el grupo asume particular importancia,

(1) Sobre estas cuestiones, véanse, entre otras, las obras de Girgado, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares 2001, Embid Irujo, J. M.: *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, y De Arriba Fernández, M.ª L.: *Derecho de grupos de sociedades*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

(2) Y es que, como se ha dicho con acierto (cfr. Guasp, J.: *Derecho*, Madrid, edición del autor, 1971, p. 425), "no es cierto que una misma realidad corresponda sólo y siempre a un mismo Derecho, ni que cada rama jurídica se asigne, en plenitud y exclusividad, trozos cualitativos de realidad perfectamente diferenciados entre sí. La misma cuestión objetiva puede ser, y es, de hecho, recogida en ordenaciones parciales jurídicas desemejantes. No se trata, pues, de que el trozo íntegro de la realidad se reparta entre los distintos órdenes del derecho, sino de que esa misma realidad, íntegramente considerada, sin particiones cualitativas, se asigna, variable y relativamente, a cada uno de los subconjuntos jurídicos en que un derecho vigente se descompone".

bien con valencia procesal, bien con relieve más propiamente sustantivo (3).

Pero no se trata ahora de aludir a esa "recepción parcial" de nuestra figura en la LC, sino de destacar la frecuencia con la que los tribunales han tenido que ocuparse de ella a propósito de situaciones concursales de muy diverso alcance derivadas o, cuando menos, seriamente influidas por la reciente crisis económica. Si todo Derecho concursal, por definición, es un Derecho referido a situaciones concretas de crisis económica, se entenderá sin especial problema que la gran recesión sufrida en los últimos años haya tenido considerable incidencia en dicha disciplina, como ponen de manifiesto las numerosas reformas experimentadas por la LC hasta prácticamente nuestros días. Y se entenderá también que, por la frecuente presencia de grupos de sociedades en la realidad empresarial, muchas de las concretas insolvencias enjuiciadas por nuestros tribunales hayan venido referidas, a distinto nivel y con consecuencias no siempre homogéneas, a sociedades integradas en grupos.

Conviene recordar, a este respecto, que la LC no contempla, propiamente, el concurso del grupo, entre otras cosas, porque siguiendo el criterio generalizado, no le atribuye personalidad jurídica. Pero esa implícita constatación no impide que dicho texto legal establez-

(3) La bibliografía sobre el significado concursal del grupo empieza a ser significativa entre nosotros, sobre todo desde la entrada en vigor de LC; al respecto, entre otros muchos, Duque, J.: "El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal", en García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar, J. (dirs.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, pp. 137 y ss., Embid Irujo, J. M.: "Grupos de sociedades y Derecho concursal", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, II, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 1886-1908, Ferré Falcón, J.: "El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal", *ibidem*, pp. 1931-1963. Con carácter monográfico, Sebastián Quetglas, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009. Últimamente, Del Val Talens, P.: "Aspectos organizativos de los grupos de sociedades en el concurso: información y responsabilidad", en Paciello, A./Guizzi, G. (dirs.): *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 391-408. Antes de la entrada en vigor de la LC, tiene interés la consulta de las referencias sobre la cuestión contenidas en Rojo, Á.: "Los grupos de sociedades en el Derecho español", *RDM*, 220, 1996, pp. 479-484.

ca distintos efectos para el supuesto de que el sujeto concursado (en nuestro caso, de manera predominante, una sociedad mercantil) forme parte de un grupo. No es este el momento de extenderse sobre las distintas normas de la LC en las que se alude al grupo, materia que ha atraído la atención de nuestra doctrina y, como ya se ha dicho, también de nuestros tribunales. Bastará con mencionar, entre los muchos supuestos posibles, el importante efecto, indudablemente sustantivo, al que se refieren el art. 93.2.3.º, en relación con el art. 92.5.º, ambos de la LC. Conforme al primer precepto, se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica "las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º de este apartado"; y tal circunstancia determina que el hipotético crédito del que tales personas puedan ser titulares frente a la entidad concursada sea calificado como subordinado (4).

Hemos aludido a esta singular consecuencia del grupo en el Derecho concursal por su considerable trascendencia, de la que da cuenta el interés que ha suscitado entre los autores y, con mayor relieve práctico, por la frecuencia con la que ha sido apreciada por los tribunales. El fallo que ahora nos ocupa se integra, en tal sentido, en una no pequeña lista de pronunciamientos judiciales, caracterizada, en la mayor parte de las ocasiones, por subordinar el crédito en discordia. Pero, si se mira bien, este importante efecto requiere, de manera ineludible y con carácter previo, que se constate la existencia de un grupo o que, más propiamente, se precise si la sociedad acreedora forma parte del mismo grupo que la concursada. Podría pensarse que esta circunstancia es de fácil constatación, a la vista de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LC; nada más lejos de la verdad, sin embargo.

Para probar esta decepcionante conclusión basta con echar un rápido vistazo a los numerosos fallos recaídos en la materia que nos ocupa (5); en buena parte de ellos, el problema principal, y de

(4) Sobre esta asunto, en general, Ferré Falcón, J.: "Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado", *ADCo*, 34, 2015.

(5) Véanse, entre otros, los mencionados en Díaz Revorio, E./Blanco García-Lomas, L.: *El grupo de empresas en situación de insolvencia*, Madrid,

necesaria resolución, es el relativo a la existencia misma del grupo, a la vista de la habitual oposición entre quienes entienden que el grupo se define por la presencia de una mera situación de control, leyendo con toda literalidad lo dispuesto en el art. 42 del Código de Comercio (en adelante, C. de c.), y aquellos que exigen, además, la concurrencia añadida de una unidad de decisión o, si se prefiere, de una dirección económica unificada por parte de la entidad directora del grupo.

Esta contraposición de supuestos, verdaderamente crucial en el tema que nos ocupa, no puede considerarse resuelta; y de ello es buena prueba la sentencia en estudio, de la que la ha sido ponente el magistrado Rafael Sarazá Jimena (6), y que constituye, a la vez, un nuevo paso hacia adelante en la difícil tarea de completar la delimitación y la disciplina jurídica del grupo de sociedades en el Derecho concursal.

2. La delimitación del grupo en la sentencia: el significado del control. Tras recordar que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse "sobre el grupo de sociedades a efectos del concurso en las sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 134/2016, de 4 de marzo", se alude, como punto de partida del fallo, a la disposición adicional sexta de la LC, según la cual "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio". Se constata, de este modo, que el grupo viene caracterizado a lo largo de la LC "no por la existencia de una «unidad de decisión», sino por la situación de control", de acuerdo con lo establecido en la norma codificada.

Aunque este último precepto (transcrito íntegramente en el fallo) muestra con nitidez, al menos aparente, lo que haya de entenderse

---

Fe d'erratas, 2014. Del mismo modo, tiene interés, en el marco de la Jurisprudencia menor, el trabajo de Sánchez-Calero Guilarte, J./Fuentes Naharro, M.: "El concepto estricto de grupo de la Ley Concursal (A propósito de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 24 de septiembre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de diciembre de 2013)", *RDM*, 291, 2014, pp. 595-620.

(6) Autor, a su vez, de un valioso estudio sobre la materia que nos ocupa; cfr. Sarazá Jimena, R.: "Responsabilidad concursal y grupo de sociedades", *ADCo*, 10, 2007.

por control, merece la pena destacar que la sentencia en estudio aporta alguna reflexión singular a tal efecto. Así, se nos dice que "la noción de «control» implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales", citándose, en tal sentido, lo indicado en el Plan General de Contabilidad (parte segunda, norma 19), a propósito de las "combinaciones de negocios", conforme al cual por control se entiende "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades".

Por la importancia de las anteriores afirmaciones, quizá no sea ocioso reiterar la abierta contraposición existente, dentro de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades (de naturaleza jerárquica) (7) entre "control" y "unidad de decisión"; es decir, si basta para confirmar la existencia de un grupo (con aplicación, en su caso, de un particular régimen jurídico) la existencia de una mera relación de dominio ("control") entre dos sociedades, con independencia del medio que la haya propiciado, o si, sobre la base de tal relación, resulta preciso que la sociedad dominante ejerza, además, las principales competencias en materia de dirección y organización empresarial ("unidad de decisión"). Se trata de un debate ya clásico a la hora de articular un auténtico Derecho de los grupos de sociedades y de decidir cuál haya de ser el supuesto de hecho fundamental de tal sector jurídico

Prescindiendo de otros muchos detalles, parece evidente la ubicación del control y de la unidad de decisión en distintos terrenos, tanto de alcance propiamente jurídico como de contenido económico, de modo que la aceptación de una o de otro como criterio delimitador de la figura del grupo traerá consigo, inevitablemente, consecuencias diversas (8). Intentando afinar un poco más, podría decirse que

(7) No podemos entrar ahora en el análisis de los llamados "grupos paritarios", es decir, aquellos en los que la unidad de decisión no es el resultado de una situación previa de control, sino, más bien, de un acuerdo libre entre las entidades que lo forme; tampoco es posible reflexionar sobre si cabe plantear unitariamente el tratamiento de todos los grupos, sean jerárquicos o paritarios. A los efectos del presente trabajo interesa centrarse en los primeros, si bien la propia sentencia contempla de manera sumaria, y para corregir una apreciación de la Audiencia Provincial, el supuesto de los grupos paritarios.

(8) Para la distinción entre ambas magnitudes, y su trascendencia

el control, como pura situación de hecho, se sitúa en un terreno de naturaleza societaria, por pertenecer a dicho ámbito buena parte de los instrumentos que lo hacen posible (sobre todo, la participación mayoritaria en el capital de la sociedad controlada) o por producir sus efectos fundamentales en la esfera jurídica de la sociedad controlada como persona jurídica. Por su parte, la unidad de decisión es la fórmula concreta que refleja la naturaleza del grupo como auténtica empresa, bien que integrada por una pluralidad de sujetos con su propia personalidad, y permite poner de manifiesto la existencia en su seno de un poder empresarial específico, cuyo ejercicio sobre quienes lo forman está en la base de la pluralidad de conflictos que se intentan resolver con la formación del Derecho de grupos.

Desde la perspectiva del ordenamiento español, es importante tener presente el anterior debate por las oscilaciones legislativas experimentadas entre nosotros a la hora de delimitar la figura del grupo, sobre todo a propósito de la disciplina sobre sus aspectos contables contenida, como es sabido, en los arts. 42 a 49 C. de c. Ha sido, precisamente, el primero de esos preceptos el que se ha visto afectado por una serie de cambios sucesivos, desde la aceptación inicial del control a los efectos que nos ocupan hasta su definitiva consagración, por la reforma contable de 2007, sin perjuicio de unos años intermedios en los que el grupo se definía, no obstante, por la unidad de decisión (9).

Al margen de lo que pueda pensarse sobre esta mudanza normativa, por lo común nunca bien explicada, es interesante señalar que se ha llevado a cabo sobre una norma, el referido art. 42 C. de c., cuyo papel central en la siempre insuficiente disciplina sobre los grupos del Derecho español se ha intensificado con el paso del

---

en la comprensión jurídica del grupo, véase ya Embid Irujo, J. M.: *Grupo de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 73-76 y 154-160; destacando el relieve de la dirección económica unificada (traducida entre nosotros como "unidad de decisión"), como elemento esencial del grupo frente al mero control, véase, igualmente, Girgado, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 186-215.

(9) Para el análisis y crítica de estas circunstancias, véase Embid Irujo, J. M.: "Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español", *RdS*, 30, 2008, pp. 19-31.

tiempo, debido, sobre todo, a la política legislativa, pero también al criterio de diversos autores. Ello no impide, sin embargo, que puedan identificarse otras normas en nuestro ordenamiento con arreglo a las cuales no sea el control, sino la unidad de decisión (con esta u otra fórmula) el factor determinante para delimitar la figura del grupo (10). El caso es que la diferente orientación de la que venimos hablando ha tenido reflejo significativo en la Jurisprudencia concursal, con la expresión de posturas favorables al control (seguramente con carácter mayoritario) o a la unidad de decisión, según instancias y con la presentación en algunas sentencias, incluso, de votos particulares (11).

El fallo que aquí se comenta constituye un nuevo eslabón en esa cadena de resoluciones, si bien con alguna particularidad destacada. Aunque el alto tribunal asume –como no podía ser menos– la formulación literal de lo dispuesto en el art. 42 C. de c., que parte inequívocamente del control, debe destacarse la importante corrección de significado que se le atribuye, de manera que, si se mira bien lo expresado en la sentencia, el control termina convirtiéndose en auténtica unidad de decisión. No de otra forma puede entenderse la frase con la que abríamos este apartado, así como la radicación en

(10) Véase, en tal sentido, el art. 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, sobre el llamado "grupo cooperativo" (al respecto, Alfonso Sánchez, R.: *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*), o el art. 260, decimoctava, de la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC).

(11) Así sucede en la sentencia objeto de comentario y, más exactamente, en el fallo de la Audiencia Provincial recurrido en casación. El voto particular en cuestión, cuyo contenido material, al margen de ciertos matices, se acepta por el Tribunal Supremo, según se verá a lo largo de este trabajo, afirmaba que "la remisión que la Ley Concursal hace al concepto de grupo del art. 42.1 del Código de Comercio debe entenderse referida a sus principios, esto es, a la idea del control directo o indirecto, pero no a todo el contenido de la norma, como es el relativo a la exigencia de formular cuentas consolidadas. Para apreciar la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de sociedad dominante, pues puede apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas. Lo relevante es que existe un conjunto de sociedades que actúan en el mercado bajo un control, real o potencial, directo o indirecto. Dada la finalidad tuitiva de la regulación legal del grupo de sociedades, resultaría defraudada si bastara con colocar en la cabecera a una persona física para eludir su aplicación".

el ámbito del control de ciertas facultades, como las políticas financieras y de explotación, más propias de la dirección y organización de la empresa de grupo que del ejercicio de los derechos que a la sociedad controlante le pueda atribuir la titularidad de un paquete mayoritario de acciones o participaciones sociales.

Con todo, y si atendemos al fondo del asunto, no parece criticable la postura adoptada por el Tribunal Supremo, aunque se realice mediante una más que discutible expresión literaria. Al fin y al cabo, lo que se pretende con la postura manifestada en la sentencia (llevar la unidad de decisión al corazón del control) es dar cauce adecuado a la singularidad que el grupo representa como (nueva) forma de empresa, a fin de que se haga posible su adecuado tratamiento por el Derecho. En el terreno específicamente concursal, como es bien sabido, no hay, en sentido estricto, una regulación del grupo, a pesar de las frecuentes alusiones que a él se hacen en diferentes preceptos de LC. Como, por otra parte, su disposición adicional sexta obligaba al operador jurídico a someterse a los dictados del art. 42 C. de c., el propósito pretendido obligaba a esa operación, a la vez sustantiva y formal, llevada a cabo en la sentencia comentada. De este modo, quizá pueda superarse en el inmediato futuro la contraposición de criterios existente en la Jurisprudencia concursal a propósito del tema que nos ocupa.

3. La utilidad relativa del artículo 42 del Código de comercio. Matizada la noción de control por el Tribunal Supremo en los términos expresados en el apartado anterior, el siguiente paso consistirá en precisar el alcance efectivo de la remisión de LC al C. de c., para la determinación del concepto de grupo pertinente en aquélla. Y aunque en la norma codificada resulta indudable la correspondencia de tal concepto con el modelo del grupo jerárquico, el alto tribunal matiza de manera significativa la, en apariencia, inevitable conclusión de que esa habría de ser la noción relevante en el terreno concursal. Se indica, así, que la mencionada remisión "no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante" (12). La importancia de esta afirmación, sustan-

(12) Y ello, continúa el alto tribunal, "bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien

cialmente nueva en el panorama de la Jurisprudencia concursal de los grupos, se desarrolla en la sentencia extrayendo de ella algunas conclusiones también originales y, a la vez, decisivas para justificar el fallo emitido. En este sentido, advierte el Supremo que "son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades…también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo" (13), citándose a tal efecto lo dispuesto en el art. 25.bis.3.º LC, a propósito de las reglas de competencia para la acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta por completo irrelevante que no exista relación de jerarquía entre las sociedades involucradas en el concurso, una –Cubigel–, como concursada, y otra –Koxka–, como acreedora. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo advierte expresamente que la mencionada ausencia de jerarquía o, dicho de otra manera, el hecho de que ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Afirmar esta posibilidad, como se hace, con evidente error, en la sentencia apelada, supone ignorar, por supuesto, no sólo lo que sea tal modalidad de grupo (14), sino también –lo

---

porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada (o del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la dominante) o porque el acto dispositivo a título oneroso que pretende rescindirse haya sido realizado por la sociedad concursada en favor de la sociedad dominante del grupo (o, si el concurso lo fuera de la sociedad dominante, que hubiera sido realizado en favor de una sociedad dominada)".

(13) Y ello, como advierte la propia sentencia, "bien porque los preceptos correspondientes tengan en cuenta directamente la existencia del grupo, como es el caso de los arts. 25 y 25 bis, bien porque hagan referencia a las personas especialmente relacionadas con el deudor entre las que se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso por preverlo así el art. 93.2.3.º de la Ley Concursal, como es el caso de los arts. 71.3.1.º ó 92.5 de la Ley Concursal entre otros". Con lo indicado en este párrafo, así como con las referencias contenidas en la nota anterior, queda planteado por el Tribunal Supremo, básicamente, el conjunto de temas específicos que plantea en el ámbito concursal el grupo de sociedades.

(14) Entre nosotros, véanse las reflexiones de Alfonso Sánchez, R.: *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, cit., pp. 177 y ss.; con carácter monográfico, Santagata, R.: *Il gruppo paritetico*, Torino, Giappichelli, 2001.

que resulta sensiblemente más grave– la presencia en el supuesto de hecho enjuiciado de una indiscutible situación de control, con arreglo a lo dispuesto en el art. 42.1 C. de c.

Esta referencia al control, como un elemento "estructural" del supuesto de hecho, constituye un auténtico *Leitmotiv* de la sentencia, si bien, no conduce, como cabría suponer, al entendimiento literal del precepto codificado, cuyo relieve para el tratamiento de los grupos en LC resulta notorio. Y no es así, porque en un amplio conjunto de reflexiones, se ocupa el alto tribunal de precisar el sentido exacto de la remisión al art. 42.1 C. de c. desde la disposición adicional sexta LC. A tal fin comienza por situar aquella norma en el ámbito sistemático que le es propio, conforme a lo cual, "el art. 42 del Código de Comercio…es una norma ubicada en el título del Código…que regula las obligaciones contables y los libros de los empresarios…no en el título primero del libro segundo, dedicado a las compañías mercantiles, que contiene las disposiciones generales de la regulación de estas compañías". Por tales razones sistemáticas, continúa la sentencia, en un párrafo verdaderamente determinante, "ha de interpretarse que el precepto contiene elementos que sólo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupo de sociedades, como es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal".

De forma más concreta, y como consecuencia de lo anterior, "el primer inciso del precepto [art. 42 C. de c.], sólo tiene por finalidad determinar quién está obligado a fórmulas cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, obligación que afecta exclusivamente a las sociedades mercantiles que ejerciten el control en un grupo societario de carácter jerárquico y por tal razón sean consideradas como sociedades dominantes". En cambio, "la segunda parte del precepto es la relevante a efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, no la primera, que solo tiene una finalidad contable irrelevante para el concurso".

No hace falta extenderse mucho más para confirmar la utilidad, sólo relativa, del art. 42 C. de c. en materia concursal; o, en otra forma, para poner de manifiesto el alcance real de la remisión que la disposición adicional sexta LC efectúa a dicho precepto. Este es, sin duda, el primer resultado significativo de la sentencia que comentamos, por cuanto consigue superar el debate, en el que abundaban

los argumentos literalistas y de escasa trascendencia sustantiva, sobre los caracteres y la disciplina concreta del grupo de sociedades en el terreno concursal.

4. La viabilidad de la persona física como entidad directora de un grupo de sociedades. El segundo elemento importante dentro del fallo que nos ocupa viene constituido por la detallada referencia a la titularidad del control en el supuesto de hecho enjuiciado. Ya ha quedado advertido el carácter piramidal del grupo, con dos sociedades instrumentales que, respectivamente, disfrutaban de la condición de socio único de las sociedades involucradas en el concurso, siendo, a su vez, dominadas por una persona física, verdadero sujeto director del grupo en su conjunto. Analizar, entonces, esta circunstancia y valorar su significado en punto al relieve concursal del grupo constituye, desde luego, la cuestión determinante y, a la vez, controvertida del recurso de casación. Debe tenerse en cuenta, además, que se trata de una materia "no abordada con anterioridad por esta sala", como se advierte con carácter expreso en el fallo.

Al margen de su falta de consideración por nuestros tribunales, conviene señalar que nos encontramos ante un asunto no desconocido dentro del Derecho de los grupos de sociedades, que ha ido evolucionando a la vez que esta singular forma de empresa ocupaba espacios de mayor amplitud en la realidad económica, haciéndose más acuciante la necesidad de su tratamiento (15). En un principio y, sobre todo, por influencia del Derecho alemán, la idea de que una persona privada pudiera situarse en la "cima" de un grupo de sociedades parecía un tanto extravagante, teniendo en cuenta que, en ese mismo ordenamiento, se hablaba del grupo dentro de una regulación limitada a las empresas vinculadas entre sí. Con independencia de lo que pudiera pensarse sobre el concepto de empresa en dicho contexto, resultaba difícil asociar las distintas obligaciones atribuidas a la "empresa dominante" con las circunstancias específicas de una persona física, alejada, en teoría, de lo que es característico de un sujeto activo del mercado.

(15) Para la consideración sintética del problema en el Derecho alemán, determinante, como es sabido, en materia de grupos de sociedades, véase Emmerich, V./Habersack, M., *Konzernrecht*, 10.ª ed., München, Beck, 2013.

La progresiva evolución de un concepto institucional hacia otra puramente funcional de la empresa facilitó la inserción de las personas físicas en el ámbito, progresivamente ampliado, del Derecho de los grupos de sociedades. Excluirlas del mismo, como se ha dicho con acierto, diluiría la "aprehensión normativa" del fenómeno del grupo, legitimado su fácil elusión (16). No faltan, por ello, desde hace tiempo, consideraciones doctrinales sobre la plena viabilidad de la persona física como sujeto dominante en un grupo (17), habiéndose asumido, en ocasiones, dicho criterio por los tribunales, sobre todo en el terreno laboral. Con carácter más reciente, debe destacarse entre nosotros la postura favorable que al respecto se observa en el Anteproyecto de Código Mercantil (art. 291-2) (18).

Sobre la base de estas circunstancias se entiende mejor la nítida delimitación de la controversia característica del supuesto enjuiciado que se expone en la sentencia. De este modo, "la controversia se plantea en torno a si al ser una persona física la que ejerce tal control sobre varias sociedades, en concreto la concursada y su acreedora, puede considerarse que éstas se encuentran integradas en un grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora tiene la condición legal de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, o si al no ejercitarse el control por una sociedad mercantil sino por una persona física, no existe grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora no es una persona especialmente relacionada con la deudora y su crédito no debe subordinarse".

La respuesta es inequívoca, con las importantes consecuencias de ella derivadas; en tal sentido, se afirma por el alto tribunal que "si existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio, para que exista un grupo societario a efectos de la Ley Concursal, es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de for-

(16) En este sentido, Manóvil, R. M.: *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 374.

(17) Por muchos, Siegels, J., *Die Privatperson als Konzernspitze*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

(18) Dice este precepto, en su párrafo segundo, que "las normas contenidas en este Código relativas a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el control sobre varias sociedades dependientes, salvo en lo que respecta a la obligación de consolidar".

mular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables". Y es que, continúa la sentencia, "las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control…, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una persona física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación". Pensar lo contrario, es decir, restringir la operatividad concursal (aunque no sólo) a los grupos dirigidos por una sociedad mercantil, conduciría a excluir de la ordenación normativa "a grupos con un protagonismo importante en la vida económica en los que tal control es ejercido por una persona física o por una fundación".

De este modo, los efectos concursales de la existencia de un grupo, como los ya advertidos, en particular, la posibilidad de subordinar el crédito contra la concursada de otra sociedad perteneciente al mismo grupo, se han de observar sin ninguna restricción; y ello conduce a afirmar que la sociedad acreedora Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con Cubigel "porque ambas están integradas en un grupo societario, sometidas al control de una persona física. Por ello su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado". Es interesante advertir, como última referencia significativa, que la sentencia, al estimar el recurso de casación, no hace expresa imposición de costas "por las serias dudas de derecho que concurren".

D) CONSIDERACIONES FINALES

El mérito principal de la sentencia comentada, cuyo contenido dispositivo hay que aplaudir sin reservas, reside en primer lugar en el hecho de haber ampliado lo que pudiéramos llamar "perímetro subjetivo" del grupo de sociedades desde la perspectiva del Derecho concursal. Así se deduce del expreso reconocimiento de la persona física como sujeto titular del control y, por tanto, "cabeza visible"

de un grupo, con la consecuencia fundamental, ya advertida, de hacer posible la subordinación del crédito de una sociedad integrada en el mismo grupo que la concursada. Para lograr este importante resultado, ha sido decisiva, en segundo lugar, la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo respecto del sentido y alcance de la remisión al art. 42.1 C. de c., contenida en la disposición adicional sexta LC. En tal sentido, merece la pena recordar la nitidez con la que se deslinda en el fallo la noción de control –donde se ha de centrar la remisión- de las consecuencias contables a él vinculadas en la norma codificada. Y también resulta significativa la atribución de sentido a dicha magnitud en la órbita de la unidad de decisión, tomando postura, más allá de los términos empleados, en la controversia existente al respecto en nuestra Jurisprudencia.

Sobre la base de estas circunstancias, bien puede decirse que la sentencia comentada precisa y aclara el significado concursal del grupo de sociedades entre nosotros, dando continuidad, con importantes innovaciones, a una destacada trayectoria jurisprudencial. No parece exagerado pensar que, tras este fallo, habrá más claridad a la hora de precisar las características fundamentales del grupo, teniendo en cuenta las importantes consecuencias que del mismo deduce el Derecho concursal español. Con todo, y siendo ciertamente destacados los anteriores efectos, resulta obligado consignar que la sentencia analizada constituye un eslabón más –y de particular relieve– en la complicada tarea de construir un Derecho de los grupos de sociedades en el ordenamiento español (19). A falta de un adecuado tratamiento legislativo, disponemos ya de una doctrina solvente en este asunto, pero también de una Jurisprudencia, que no obstante su diversidad según los sectores jurídicos de que se trate, va fijando nociones esenciales para la comprensión jurídica de la empresa de grupo.

En este sentido, y tras la, por tantos conceptos, importante sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, precisamente ubicada en el Derecho de sociedades (20), la que hoy nos

(19) Sobre esta necesidad de regulación, nos permitimos remitir al lector a nuestros trabajos "Ante la regulación de los grupos de sociedades en España", *RDM*, 284, 2012, pp. 25-52 y "Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil", *RDM*, 290, 2013, pp.53-67.

(20) Se trata de la sentencia 695/2015; al respecto, Embid Irujo, J. M.:

ha ocupado (debida, como la anterior, al magistrado Rafael Sarazá Jimena) aporta elementos relevantes, que no sólo precisan cuestiones propiamente concursales, sino que, entre otros extremos, esclarece el significado del art. 42 C. de c., no tan básico, al menos en su formulación literal, como muchos proponen. Es muy importante, asimismo, la admisión expresa de la persona física como sujeto titular del poder de decisión en un grupo, lo que se reitera en la sentencia colocando al mismo nivel a una persona jurídica no asociativa, sino específicamente institucional, como es la fundación (21). El hecho de que el supuesto enjuiciado se refiriera únicamente a la primera no quita valor alguno a la repetida mención de la segunda, invocada, en apariencia, como mero ejemplo, sin perjuicio de su indudable importancia en la práctica, como pone de relieve, entre otros extremos, el singular fenómeno de las fundaciones bancarias (22).

Sobre la base de estas consideraciones, bien podría sostenerse, en conclusión, que el Derecho de los grupos en la sentencia comentada, aun teniendo su asiento fundamental, y sus principales protagonistas, en la órbita de las sociedades, debe enfocarse desde una perspectiva que, con acierto, ha sido denominada como "transtípica" (23). Con ello se intenta destacar, entre otras cosas, que la empresa de grupo es una figura económica de considerable versatilidad, susceptible de comprender, por su carácter flexible y dinámico, a muy diversos sujetos de Derecho; la conjunción de su singular naturaleza en el seno de una empresa, económicamente unitaria pero jurídicamente plural, como es el grupo, dará lugar a numerosas interferencias y conflictos entre el interés colectivo y

"Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015", RDM, 300, 2016, pp. 301-320, y Máquez Lobillo, P.: "Límites al interés de grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 102, 2016, pp. 1-13.

(21) Cfr. Embid Irujo, J. M.: "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos", *RDM*, 278, 2010, pp. 1373-1399.

(22) Por muchos, Emparanza, A. (dir.): *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

(23) En este sentido, Tombari, U.: "Il «Diritto dei gruppi»: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario", *Riv. Dir. Comm.*, CXIII, 2015, I, p. 91.

los intereses particulares de sus miembros. Si, como en el caso de las fundaciones, se añade, además, un fin de interés general que dichas personas jurídicas han de perseguir, queda abierta en toda su complejidad la singular incidencia del grupo en el mundo jurídico, lo que pone de manifiesto, una vez más, la urgente necesidad de hacer posible entre nosotros su adecuada regulación legislativa. En tanto ésta no se consiga, circunstancia propia de España y de muchos otros países, han de saludarse con especial acento aportaciones como las que se deducen de la sentencia cuyo comentario ha sido el objeto de estas páginas (24).

(24) En la que se advierte, por otra parte, un acertado realismo no sólo a la hora de enfrentarse con la compleja figura del grupo, sino también en el apartado terminológico, huyendo de conceptualismos exagerados, poco idóneos para el tratamiento jurídico de la figura. Se confirma, de este modo, la valoración de Rittner, F. ("Konzernorganisation und Privatautonomie", *AcP*, 183, 1983, pp. 306-307) sobre la naturaleza esencialmente realista del Derecho de grupos de sociedades, como consecuencia del empleo de términos como "control", "dominio", "dirección unitaria", entre otros, directamente derivados de o vinculados con su significado estrictamente empresarial.

RELACIONES DE REPRESENTACIÓN Y AGENCIA DE DEPORTISTAS PROFESIONALES Y SOCIEDADES GESTORAS DE DERECHOS DE IMAGEN

Una aproximación a las relaciones de derecho y de hecho nacidas entre las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 24 de febrero de 2017 (*)

Luis Hernando Cebriá
Profesor Ayudante doctor de Derecho mercantil
(acreditado a Profesor Titular).
Universidad de Valencia

· **Palabras clave:** intermediación deportiva, agentes de deportistas profesionales, representación, sociedad de gestión de derechos de imagen, prescripción, derecho de compensación del agente.

Resumen: Las relaciones surgidas de la representación de los deportistas profesionales con las personas, físicas o jurídicas, que intervienen con los clubes deportivos en la gestión de sus asuntos son incardinadas por el Tribunal, a partir de la aproximación al *agent* anglosajón, en el contrato de agencia. No obstante, el caso enjuiciado se presenta como una agencia atípica de hecho, diferenciada de la "agencia comercial". De otro lado, la creación de una sociedad de explotación de derechos de imagen exige advertir las relaciones que en este marco de la contratación le unen con el agente del jugador profesional. En todo caso, la calificación del contrato, en atención a su naturaleza jurídica, incide en el plazo de prescripción de las retribuciones debidas al agente y en el *dies a quo* para su cómputo.

(*) Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia "La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo" (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

Fuente: Id Cendoj: 28079110012017100117.

Disposiciones legales aplicadas: artículo 1.257 del Código Civil, en aplicación del principio de relatividad de los contratos, en relación con los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del mismo cuerpo legal, respecto de su cumplimiento y eficacia; artículo 1.281.1 del Código Civil, sobre la interpretación contractual; artículo 1.544 y concordantes del Código Civil en sede de arrendamiento de servicios y artículo 1.709 siguientes del Código Civil para el contrato de mandato; artículo 1967 del Código Civil sobre prescripción; y artículos 12 y 20.3 del Reglamento de agentes FIFA de 1 de septiembre de 2001, traspuesto a los estatutos federativos de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF).

A) HECHOS

Eusara Servicios Deportivos, Sociedad de Responsabilidad Limitada, firmó con los padres de un jugador, cuando éste todavía era menor de edad, sendos contratos de intermediación en fechas 6 de mayo de 2004 y 3 de agosto de 2006, entre cuyos pactos incluyeron una cláusula que establecía las retribuciones del agente según el siguiente tenor literal: "SEGUNDO.– Por su actividad, el agente percibirá como remuneración el DIEZ POR CIENTO (10 %) de la cuantía total del contrato firmado con cualquier Club, por mediación del Agente… La retribución se extenderá a todos los conceptos que perciba el jugador del club, aun cuando su devengo o percibo se efectúe después del vencimiento contractual, si los mismos tuviesen su origen en la actividad de Agente".

En julio del año 2005 y en octubre de 2006 la citada mercantil, a través de D. Pelayo, realizó labores de intermediación que llevaron a que el jugador firmara diversos contratos con el Club de Futbol Arsenal. Por tales fechas, los padres del jugador constituyeron una sociedad, denominada Zirrintza, SL, a la que el jugador cedió el uso, la utilización y la gestión de los derechos de su imagen deportiva. Esta sociedad, a su vez, con intervención del jugador, cedió al Arsenal, a cambio de contraprestación, el uso, el desarrollo y la explotación de los derechos de imagen del jugador en Internet. Es relevante

destacar aquí que en todos los contratos y en su ejecución intervino D. Pelayo en representación de Eusara Servicios Deportivos, SRL, al menos, hasta el mes de octubre de 2007, como demuestra el correo electrónico de fecha 22 octubre 2007, dirigido a la madre del jugador, en el que adjunta un contrato para su suscripción por la sociedad al efecto constituida para la gestión de sus derechos de imagen.

El 12 de mayo de 2008 el jugador y el Arsenal resolvieron el anterior contrato laboral y suscribieron uno nuevo con la intermediación de otro representante. Ante esta situación, Eusara ejercita una acción de incumplimiento contractual con base en los contratos de intermediación de fechas 6 mayo de 2004 y 3 de agosto de 2006, por la que reclama el abono del importe acordado por las labores de intermediación realizadas en la suscripción de los contratos firmados entre el jugador demandado y el Club de Fútbol Arsenal; así como frente a Zirrintza, para el abono de la comisión correspondiente por los importes atendidos por el Arsenal FC en concepto de derechos de imagen. El jugador se opuso negando la intervención de Eusara en los contratos suscritos con el Club de Futbol Arsenal, mientras que Zirrintza negó su legitimación pasiva *ad causam*, por carecer de relación contractual con Eusara, al paso que alegó la prescripción de la acción ejercitada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao, que calificó la relación de agencia, desestimó la demanda al considerar que Eusara no intervino en representación del jugador en la suscripción de los contratos celebrados con el Arsenal, sino de este club, por lo que nada podía reclamar ni al jugador ni a Zirrintza. Por el contrario, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, a partir de la consideración de la relación entre las partes como un contrato atípico de representación en la esfera deportiva, incardinable dentro del contrato ordinario civil de mediación o corretaje, estimó parcialmente la demanda y condenó al jugador y a Zirrintza a abonar el diez por ciento de las retribuciones fijas y variables percibidas hasta el 12 de mayo de 2008. No obstante, Eusara recurre en casación al considerar que la limitación de la retribución a percibir hasta la fecha de 12 mayo 2008 contraviene el artículo 1.257 del Código civil sobre el principio de relatividad de los contratos y los artículos 1.091 y 1.256 del mismo cuerpo legal, por dejar a la mera voluntad y al arbitrio del jugador su cumplimiento y eficacia, así como el artícu-

lo 1.281, en cuanto al debido respeto a la literalidad de los contratos. Su recurso se fundamenta, en suma, en que la Sentencia de apelación no aplicó el pacto contractual que establecía la retribución del agente del diez por ciento de la cuantía total del contrato, según la duración acordada. El Tribunal Supremo confirma la sentencia apelada, si bien hace suyos los argumentos de la Sentencia de instancia y califica como agencia la relación entre Eusara, SRL y el jugador.

B) DOCTRINA

1. Se ha de tener en cuenta, partiendo de la realidad social, que el agente de jugadores por lo general no se limita a la contratación de estos por un club, acabando su tarea una vez suscrito el contrato, sino que realiza otras muchas funciones durante la vigencia del contrato de mediación en beneficio de su representado. Se colige que el agente, por lo general, se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, al *agent* anglosajón, como persona que realiza diferentes funciones siempre relativas a la promoción de contratación. Si formalmente, y con plena aquiescencia del señor Apolonio, la entidad actora aparecía como representante del Arsenal FC, cuando en realidad lo era del señor Apolonio, esto se debió a razones fiscales favorables para todas las partes, que prestaron su conformidad.

2. De tal gestión no cabe que Zirrintza pretenda quedar al margen, pues, como declara probado la sentencia recurrida, se trata de una sociedad instrumental, meramente patrimonial, creada para encauzar través de la misma la explotación de los derechos de imagen del jugador, para así obtener ventajas fiscales, «siendo de hecho el jugador el único dueño de la misma».

3. Estamos, pues, en presencia de un agente que profesionalmente presta unos servicios, encuadrables en la gestión de negocios ajenos, que, a efectos de prescripción se encuentran sujetos al plazo de tres años previsto en el artículo 1967. 1.º del Código civil, dentro del concepto amplio del término agente. El día inicial del

cómputo del plazo de prescripción de tres años es el día en que los servicios dejaron de prestarse.

C) COMENTARIO

1. Relaciones surgidas de la representación de los deportistas profesionales. Su cuestionada naturaleza jurídica y la agencia atípica de hecho. Un primer aspecto a considerar en el presente comentario, sobre el cual asentar la solución que se ha de dar a la *litis*, afecta a la naturaleza jurídica que une al representante del deportista profesional con su representado. Es bien cierto que la falta de una *lex specialis* en este ámbito, fuera de la controvertida labor legislativa llevada a cabo por las federaciones nacionales e internaciones correspondientes, complica esta labor y deja en manos de los jueces una labor hermenéutica de las notas que caracterizan la relación (1). Así se deprenden de los distintos posicionamientos adoptados por las instancias procesales en torno a la naturaleza jurídica atribuida a esta compleja relación.

Pues bien, en este punto, la sentencia de primera instancia, pese a aludir a la existencia de un contrato de mediación deportiva, parece decantarse por el reconocimiento de una relación de agencia. La segunda instancia, desde otra perspectiva, se refiere a la subsunción del representante en la figura del "asesor deportivo", lo cual permite superar la simple condición de intermediario o corredor, aun cuando mantiene la calificación dentro de la amplia órbita del contrato de mediación (2). El Tribunal Supremo rectifica esta posición

(1) Sobre la necesidad de acometer una regulación específica en este ámbito, puede verse la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre los agentes de los jugadores en el deporte (2011/C 236 E/14).

(2) "Es un contrato de mediación o corretaje, por concurrir los requisitos esenciales para ello, consistentes en el compromiso del agente mediador o corredor, de indicarle la posibilidad de concluir distintos negocios jurídicos de los que tiene conocimiento por razón de su actividad profesional en el sector, o servirle específicamente en las labores de intermediación, a cambio de una retribución, por lo general una determinada comisión, diferenciado desde luego y sin poder confundirse, con los contratos de agencia, arrendamiento de servicios, comisión mercantil y contrato de trabajo".

y reconoce que la labor del representante, por lo general, no se circunscribe a la contratación por un club, sino que comprende otras muchas funciones en beneficio de su representado, lo que permite evitar la remisión al contrato de mediación y reconocer una figura autónoma o mixta, en la que convergen notas de otras figuras que lo aproximan a la del *agent* anglosajón en el ámbito de la promoción del contratación (3).

(3) Al respecto, Alzaga Ruíz, I.: "La figura del representante de deportistas en del derecho estadounidense", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 10, 2003, pp. 201-224, y García Silvero, E. A., "De nuevo sobre el régimen jurídico de los agentes deportistas en los Estados Unidos. A propósito de la Sports Agent Responsibility and Trust Act", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 15, 2005, pp. 399-405. La sentencia revisa algunas de las posturas mantenidas por las Audiencias Provinciales respecto de la calificación del contrato como un "(i) contrato atípico, sinalagmático y oneroso por el que se articula una representación en exclusiva a favor de la sociedad agente actora, que asume el encargo de promover gestiones y concluir contratos vinculados con la actividad de futbolista del representado y en nombre y por cuenta del mismo, recibiendo a cambio una retribución, que se rige, con arreglo a los principios de la autonomía privada y libertad contractual, por los pactos concertados y por las normas generales de las obligaciones y contratos; (ii) contrato de intermediación, que no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, regulado en los artículos 1544 y concordantes del Código Civil, que obliga al receptor del servicio a pagar al agente y a éste a desplegar la actividad convenida, siempre teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1255 CC. Si bien aquella intermediación puede también ser conectada con el contrato de mandato, que regulan los artículos 1709 siguientes del Código Civil , pues es lo cierto que el intermediario que presta el servicio de conexión entre el jugador de fútbol y el club en el que pretende jugar, es, de alguna forma, representante del jugador, actuando como tal; (iii) los agentes constituyen un *alter ego* del futbolista que deberá defender sus intereses frente a terceros, ya sea en su contratación profesional como en todo tipo de compraventas que sobre su imagen o cualquier otro derecho se contrate, incluyendo también el asesoramiento en lo más conveniente para ellos, así como promocionarlos frente a las empresas, de tal manera que obtengan los mejores resultados para sus representados"; esta última con referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de junio de 2005. Repasa las diversas posturas adoptadas por la Jurisprudencia menor, Javaloyes Sanchis, V.: "Régimen jurídico de los intermediarios en el ámbito del deporte español", *Revista española de derecho deportivo*, núm. 25, 1, 2010, pp. 25-59., pp. 25-29.

Si bien cabe loar la apreciación del Alto tribunal, conviene no obstante introducir algunas matizaciones al respecto. En primer lugar, la calificación de *agent* en el *Common Law*, pese a la flexibilización de la regla, y a diferencia de las jurisdicciones de tradición romanista, viene caracterizado por las facultades de representación atribuidas al agente (4). En segundo lugar, en nuestro Derecho la figura regulada del agente tiene por objeto, en principio, el llamado "agente comercial", sobre el cual, a partir de la Directiva comunitaria 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, se desarrolla su régimen jurídico en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. Es cierto que en su preámbulo la Ley patria amplía el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva a los "actos u operaciones de comercio por cuenta ajena", de conformidad con el apartado segundo del artículo 2, e incluye la realización de servicios. Con ello permite que la actividad del agente comercial independiente no haya de recaer, necesariamente, sobre mercancías o quedar restringida, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles (5).

Con todo, la regulación del contrato de agencia, pensada como una normativa imperativa en favor del agente, cuya posición es considerada *ex ante* como la más débil, contrasta en ocasiones con la realidad del mercado y, en cuanto ahora nos atañe, con la que asume el representante de futbolista profesional, que difiere de la condición de "agente comercial". De otra parte, la posibilidad de

(4) Gondra Romero, J. M.: "La contribución del Derecho mercantil a la dogmática general de la representación", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004 (Ejemplar dedicado a: La representación en el derecho), pp. 195-212, p. 210-1, alude así, dentro de la flexibilidad que caracteriza al derecho anglosajón, a la admisión por los Tribunales de una *open agency* o *undisclosed agency*, en la que el *agent* se presenta ante la contraparte en el negocio como si fuera el principal.

(5) Sobre la caracterización en el Derecho alemán del contrato de agencia como un contrato de servicios (*Dienstvertrag*), Leiñena Mendizábal, E.: "El contrato de agencia y la comisión mercantil", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 56, 2011, pp. 135-223, p. 156. Téngase en cuenta, asimismo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

que su labor se limite a la promoción de la contratación, y no solo con el club de adscripción, sino, como se verá, con la cada día más importante explotación de sus derechos de imagen, alejan la figura de la del *agent* anglosajón y le permiten un mejor encaje dentro del marco de la regulación nacional del contrato de agencia (6). Ciertamente, la estabilidad de la relación, así como la confluencia de actividades de intermediación del representante, la alejan de otras figuras menos complejas o de tracto simultáneo, como la mediación o el mandato o la comisión mercantil, dentro de las dificultades que entraña la unificación del Derecho de contratos en el Derecho privado (7). Ahora bien, ello no debiera impedir, cuando se den las circunstancias puntuales oportunas, que la relación pueda ser llevada al régimen de la mediación y el corretaje (8).

Pero la realidad de los hechos parece caminar por otros senderos. Usualmente el representante lo es por un tiempo determinado y para una pluralidad de gestiones, aun cuando la contratación por un club deportivo puede ser la de mayor trascendencia económica. En otros, sin embargo, tal contratación puede ser instrumental, por su relevancia económica para el jugador, respecto de los derechos que genera la explotación de su imagen y la contratación con otras firmas comerciales. Por lo tanto, la relación que une al agente y al jugador profesional excede de las meras labores de intermediación deportiva y en ocasiones requiere unas estructuras de negocio más

(6) Al respecto, con la doctrina allí citada, Leiñena Mendizábal, E.: cit., pp. 152-3.

(7) Sobre la unificación del Derecho privado en sede contractual, en particular, respecto de la integración del régimen del mandato civil y la comisión mercantil, por todos, Leiñena Mendizábal, E./Irákulis Arregui, N.: *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el Derecho de obligaciones y contratos*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, *passim*., y, con carácter general, Rojo Fernández-Río, A. J.: "El derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado", *Revista de derecho mercantil*, núm. 291, 2014, pp. 127-142.

(8) A favor de superar la figura del mediador en este ámbito, Marín Hita, L. J.: "Sobre la retribución de los agentes de los deportistas profesionales", *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 9, 2003, pp. 221-226, pp. 223-4; sin embargo, mantiene tal calificación, Javaloyes Sanchis, V.: cit., p. 29, con remisión al marco más amplio de las labores de intermediación, tal y como contempla la actual reglamentación federativa.

amplias y que afectan a una variedad partes implicadas y a una multiplicidad de asuntos de gestión de negocios ajenos (9).

Acude el Tribunal, por otra parte, a fin de esclarecer los términos de la relación, y como criterio interpretativo, a la reglamentación de la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol FIFA, luego asumida por la Real Federación Española (RFEF). Al margen de la competencia legislativa en esta materia, admitida por el Tribunal de Justicia europeo, siempre y cuando las reglas de la FIFA no sean contrarias al Derecho europeo de defensa de la competencia, sin embargo no se puede obviar que se trata de una regulación privada, que se extiende desde aspectos puramente organizativos de las federaciones que la componen a otros sujetos que participan en las actividades económicas que tienen lugar en el mercado del deporte profesional (10). En concordancia con lo anterior, el Alto Tribunal

(9) Considera Javaloyes Sanchis, V., cit., p. 29, que el resto de funciones, como el asesoramiento jurídico, la búsqueda de patrocinadores o la planificación económica patrimonial, son accesorias o complementarias de la promoción de la firma del contrato entre el jugador y el club, si bien añade, de otro lado, que la naturaleza de la relación es mucho más compleja que la de una mera intermediación laboral.

(10) Más ampliamente, Marín Hita, L. J.: "Una lectura diferente de las decisiones de la Unión Europea acerca de la normativa FIFA relativa a los agentes de jugadores", *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 15, 2005, pp. 413-422, y en "Sobre la retribución", cit., p. 222, donde destaca la falta de competencia de las federaciones deportivas para regular la actividad de los agentes, a pesar de que tengan atribuidas funciones públicas de carácter administrativo. Véase, no obstante, el Auto en recurso de casación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 2006 (asunto C-171/05 P), que confirma la Sentencia de 26 de enero de 2005 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta), en el caso Laurent Piau contra la Comisión de las Comunidades Europeas/FIFA (asunto T-193/02), que califica a la FIFA como una "asociación de empresas", puesto que tiene por miembros a asociaciones nacionales que agrupan a clubes para los que la práctica del fútbol constituye una actividad económica. Por otra parte, apunta la sentencia que la FIFA solo está facultada para regular la profesión de agente en la medida en que el objetivo de la regulación consista en propiciar la profesionalización y la moralización de la actividad de los agentes con el fin de proteger a los jugadores, y siempre y cuando dicha regulación no sea contraria a la regulación sobre la competencia [*vid.* apartado 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre los agentes de los jugadores en el deporte (2011/C 236 E/14)]. Como resultado, el "Reglamento sobre las

atribuye a estos criterios la condición de usos, lo cual permite su aplicación en defecto de pacto expreso de las partes en sentido contrario. Se ha de reconocer, por lo tanto, un cierto carácter indicativo a sus normas, e incluso los modelos de contratos o declaraciones que incorpora asumen una cierta relevancia en este ámbito de la contratación, si bien no por ello pueden excluir que las partes adopten otros pactos o acuerdos fuera de los preestablecidos (11).

Ahora bien, llegados a este punto, tampoco los Reglamentos de la FIFA son claros sobre la calificación de la relación. Si en su versión anterior, aplicable al momento en el que acaecieron los hechos objeto de la controversia, regía el "Reglamento sobre los agentes de jugadores", éste fue sustituido en 2015 por el llamado "Reglamento sobre las relaciones con intermediarios" (12). El cambio de denominación obedece a la necesidad de reflejar una realidad más amplia de estas relaciones, que cabría ubicar en el entorno de los contratos de colaboración o de gestión de negocios ajenos. En él se contemplan dos formas básicas de intermediación en el mercado de los deportistas profesionales: de una parte, la negociación de un contrato de trabajo entre el jugador y el club; y de otra, la conclusión de un acuerdo de transferencia entre dos clubes. La segunda seguramente sea más proclive a encuadrarse dentro del marco del contrato de mediación o corretaje, pues, aun cuando pueda recibir el encargo de uno de ellos, el intermediario en principio no actuará por cuenta

---

relaciones con intermediarios" de 2015 recoge en su preámbulo que "su objetivo primordial es promover y velar por que los preceptos éticos rijan las relaciones que mantienen los clubes, los futbolistas y terceras partes, satisfaciendo de esta manera los requisitos del buen gobierno y acatando a la vez los principios de responsabilidad financiera".

(11) Sobre este particular, Larumbe Beain, K.: "¿Pueden someterse a los órganos de justicia federativa las desavenencias entre deportistas y agentes? (Comentario a la Resolución de 20 de septiembre de 2004 dictada por el Consejo Superior de Deportes, en materia de emisión de licencias deportivas por las Federaciones Deportivas"), *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005, pp. 459-463. En la actualidad el artículo 14 del "Reglamento de intermediarios de la RFEF", en su apartado tercero, señala que "En caso de que alguna de las partes someta el litigio al conocimiento de los Tribunales ordinarios, el Comité Jurisdiccional podrá proceder a inhibir su competencia para el conocimiento del litigio".

(12) *Vide* Circular núm. 1417 de la FIFA sobre el Nuevo Reglamento FIFA de Intermediarios, Zurich, 30 de abril de 2014.

de ninguno de los dos clubes, y su intervención se circunscribirá al concreto acuerdo de transferencia. Sin embargo, cuando se trata de la negociación de un contrato de trabajo entre el jugador y el club, ésta suele llevar aparejada la concesión de una representación conferida por el jugador al intermediario (13). Tal representación, de forma autónoma, se superpone a un contrato que se puede calificar como atípico de "agencia del profesional", que desde la perspectiva de nuestro Derecho se ubica al lado del típico de la "agencia comercial", y al cual podrían ser de aplicación, *mutatis mutandi*, algunas de sus soluciones normativas (14).

Es más, la representación de jugadores profesionales puede exceder, incluso, el ámbito de la relación entre un jugador y un club, cosa de más difícil entendimiento en los deportes colectivos que en los de carácter individual. La representación por lo tanto puede tener lugar con organizadores de específicos eventos deportivos, sin necesidad de que se verifique una relación laboral (15). En este

(13) Sobre la necesidad de independizar el poder de representación de la relación contractual subyacente que le sirve de fundamento, desde la dogmática mercantilista, Gondra Romero, J. M.: cit., p. 204.

(14) Todo ello a la espera de una específica normativa europea reclamada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre los agentes de los jugadores en el deporte (2011/C 236 E/14), que aborde las normas y criterios de examen estrictos para adquirir la condición de agente de jugadores; la transparencia en las operaciones realizadas por los agentes; la prohibición de remuneración a los agentes en el caso el traspaso de menores; las normas mínimas armonizadas para los contratos de los agentes; un sistema eficaz de vigilancia y disciplina, un «sistema de licencias de agentes» y un registro de agentes para toda la UE; la exclusión de la «representación dual»; y una remuneración gradual que dependa del cumplimiento del contrato. También la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre la dimensión europea en el deporte [2011/2087(INI)], en su apartado 75 considera que "la profesión de agente deportivo debería ser una actividad profesional regulada, sometida a la obtención de una cualificación oficial adecuada y que la residencia fiscal de los agentes deportivos debe estar en el territorio de la Unión en aras de la transparencia". Las anteriores Resoluciones han tenido una influencia significativa en el "Reglamento sobre las relaciones con los intermediarios" de la FIFA de 2015 y en el correlativo "Reglamento de intermediarios" de la RFEF.

(15) Marín Hita, L. J.: "Sobre la retribución", cit., p. 224, se refiere, entre otros, a tenistas, a atletas (si bien éstos pueden tener una relación con un club deportivo), o a jugadores de golf.

punto, las normas federativas aluden a la negociación de un contrato de trabajo con el club de adscripción, a lo cual se une la tramitación de las correspondientes licencias federativas. Sin pretender ahondar más en el tema, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 2, incluye, entre las relaciones laborales de carácter especial, las de que tengan lugar con los deportistas profesionales (16). Para ello cabe remontarse al Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (17).

Esta peculiar relación derivada del ejercicio profesional de actividades deportivas, al igual que en otros ámbitos como el artístico, ha dado lugar a distintas previsiones desde la disciplina tributaria (18).

---

(16) También el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, la calificaba de "relación laboral de carácter especial".

(17) Considera el apartado segundo del artículo 1 de esta normativa "deportistas profesionales" a "quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución", y excluye a "aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva". Por otra parte, su apartado tercero incluye "las relaciones con carácter regular establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales", mientras que el apartado cuarto excluye "las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos".

(18) Menéndez Moreno, A.: "La calificación de los derechos de imagen de los deportistas en el IRPF", *Quincena fiscal*, núm. 10, 2015, pp. 11-16, p. 15, distingue así entre los rendimientos de la actividad económica cuando sean los deportistas los que ordenen por cuenta propia los medios de producción y/o los recursos humanos (como en el caso de los tenistas o boxeadores, que cuenten con sus propios entrenadores), y los rendimientos del trabajo cuando intervenga un empleador, lo cual traslada al ámbito de los derechos de imagen. Desde otra perspectiva, en este último supuesto, Tovillas Morán, J. M.: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 151 ss., y Martín Moro, M.: *La cesión de los derechos de imagen de los deportistas profesionales*, Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2012, p. 565 ss., distinguen la situación legítima de la constitución de una sociedad de gestión, en cuyo caso se tratará de

Desde la estrictamente laboral, sin embargo, en tiempos pretéritos se ha puesto en cuestión la legalidad de la relación, toda vez el club debía ser considerado empresario, al entender que el representante actuaba como una agencia privada de colocación, o incluso, que la retribución que obtenía por su función contradecía la interdicción de intermediar en el ámbito de la contratación laboral (19). Pese a ser esto cierto, no lo es menos que la labor del agente, en esta relación laboral especial, excede de la tradicional de las agencias de colocación. Su intervención tiene lugar en interés del propio representado, con lo que la obligación de la defensa de sus intereses, en particular en los casos de conflicto, desplaza cualquier consideración en torno a la prohibición de la mediación en la contratación laboral (20).

Superados estos obstáculos en la aceptación de la figura, no obstante su amplia aceptación en el ámbito internacional, otro de los aspectos en los que se desenvuelve la relación laboral atañe a la suscripción del contrato. El Juzgado de primera instancia consideró que no cabía la asunción de la remuneración por el jugador, ya que el agente no intervino en representación de aquél en la firma de los contratos celebrados con el Club de Fútbol Arsenal. El Tribunal de apelación revierte este argumento y señala la existencia de una

---

rendimientos de capital mobiliario, de aquellas otras en las que la sociedad sea creada como mero instrumento interpuesto que tenga por objeto, entre otros, deslocalizar este tipo de contraprestaciones, en cuyo caso se habrá de proceder a la imputación de rentas al jugador por la cesión de sus derechos de imagen.

(19) Cfr., artículo 3 apartado tercero del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio.

(20) Así, Marín Hita, L. J.: "Sobre la retribución", cit., pp. 223-4, en contra de lo dispuesto por la sentencia de la Audiencia Provincial con sede en Mérida de 26 de marzo de 2002, y Fernández Domínguez, J. J./ Fernández Fernández, R.: "El vínculo que une a los agentes y los futbolistas no supone una contratación ilícita (A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Albacete de 18 de mayo de 2009)", *Revista española de derecho deportivo*, núm. 24, 2009, pp. 95-108. En todo caso, la norma 5 del Reglamento sobre las relaciones con intermediarios, en su apartado primero, obliga a que el contrato de representación especifique la naturaleza de la relación, de modo que conste si constituye un servicio o un asesoramiento para negociar un contrato de trabajo entre el jugador y el club, o bien si se trata de servicios de colocación de empleo u otros. Respecto de las situaciones de conflictos de interés véase también la norma octava.

convención entre las tres partes, intermediario, club y jugador, para que el primero apareciera como agente del club con el fin de que, por razones fiscales, el club asumiera el pago de sus comisiones. Sin perjuicio de las connotaciones a efectos fiscales que esta práctica pueda dar lugar, no se puede perder de vista que la formalidad dada al contrato no debe empañar la relación que une al representante y al jugador.

En el supuesto planteado, el representante se constituye frente al club como un *alter ego* del futbolista que queda sujeto al deber de defensa de sus intereses y de tratar de maximizar, en el plano económico, sus ingresos en el desarrollo de su actividad deportiva profesional. En este orden de cosas, el "Reglamento sobre las relaciones con intermediarios" de la FIFA incluso admite en el apartado cuarto de su norma séptima, a fin de esclarecer las frecuentes controversias que esta práctica genera, que "tras la firma de la transacción y supeditado a la conformidad del club, el jugador podrá dar su consentimiento para que el club remunere al intermediario en su nombre" (21). Con ello se esquiva, de conformidad con el artículo 1.158 de nuestro Código civil, la necesidad de encontrar una suerte de "agente de hecho" que contradiga la apariencia que presenta frente a los Tribunales que el interviniente formalmente figure como agente del club (22).

(21) Posibilidad que ya era admitida en el apartado cuarto de la norma 19 del "Reglamento sobre los agentes de jugadores".

(22) En tal sentido, se ha de tener en cuenta que el apartado cuarto de la norma 19 del "Reglamento sobre los agentes de jugadores", que se mantiene en los apartados quinto y sexto del "Reglamento sobre las relaciones con intermediarios", imponía que el pago debía ser realizado exclusivamente y de manera directa por el cliente, y, aunque admitía la autorización al club para la realización el pago, no contemplaba, sin embargo, que el agente de jugadores aparezca como agente del club. En tal sentido, añade el "Reglamento de intermediarios de la RFEF", en el apartado cuarto de su artículo 10, que "será responsabilidad de las partes (jugador o club e intermediario), identificar debidamente qué parte asumirá el pago al intermediario por haber contratado sus servicios". Y otro tanto se puede decir, como se presenta en el objeto de la *litis*, respecto de la contratación a través de representantes cuando se trate de un menor. Como resultado del "Reglamento sobre las relaciones con intermediarios" de la FIFA, si bien el apartado segundo de su norma quinta exige la firma del tutor en el contrato de representación, luego, de forma un tanto contradictoria, el apartado octavo

2. Posición jurídica de la sociedad de explotación de derechos de imagen. El cuadro fáctico presentado se completa con un cuarto elemento subjetivo, que se añade al agente, al club deportivo y al deportista profesional en las relaciones que surgen de su contratación, cual es la creación de una sociedad para la gestión de sus derechos de imagen (23). Traída al proceso por el agente demandante, la sociedad alegó su falta de legitimación pasiva *ad causam*. No obstante, resulta acreditado que fue constituida por los padres del jugador, por aquel entonces menor de edad, para la cesión del uso, la utilización y la gestión de los derechos de su imagen deportiva; y que simultáneamente fue utilizada para que, a su vez, el club pudiera usar, desarrollar y explotar los derechos de imagen del jugador en Internet con sujeción a las condiciones y las contraprestaciones pactadas (24).

En consecuencia, advierte el Alto Tribunal, de conformidad con el planteamiento del de apelación, que la sociedad constituida al efecto se trata de una "sociedad instrumental", meramente patrimonial, creada para encauzar través de ella la explotación de los derechos de imagen del jugador, de la que el jugador es "de hecho" su "único dueño". En este punto también conviene introducir algunas consideraciones. En atención a la actuación de los operadores económicos en el mercado, la evolución de los tiempos demuestra que cada vez es más frecuente el recurso a la interposición de estructuras societarias. La práctica creciente de la utilización de determinados vehículos para, entre otros aspectos, la explotación derechos de imagen o asociados a la propiedad intelectual se sirve, preferentemente, de las sociedades mercantiles como forma de organizar determinadas actividades en el mercado. En este caso no se puede hablar de la realización de actividades empresariales, sino más bien de derechos

---

de la norma séptima prohíbe expresamente los pagos a los intermediarios cuando los jugadores sean menores de edad (cfr., arts. 78.5 y 10.7 del Reglamento de la RFEF).

(23) Distingue así Marín Hita, L. J.: "Sobre la retribución", cit., p. 224, entre la relación laboral especial que une al jugador profesional y al club y la relación mercantil que une al jugador con la sociedad a la que cede la explotación comercial de los derechos derivados de su imagen.

(24) Sobre las distintas posibilidades que se dan en la práctica, Tovillas Morán, J. M.: *El tratamiento tributario del derecho de imagen*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 60 ss.

de explotación vinculados a la imagen, pero a su vez derivados de la realización de actividades profesionales o resultado del ejercicio de actividades económicas de carácter personal (25).

El recurso a estos vehículos de propósito especial, o más específicamente, a sociedades de propósito especial, no debiera, sin embargo, *per se* orillar la personalidad jurídica atribuida de estas entidades, aun cuando se trate de sociedades de «mera tenencia» o de gestión patrimonial. El carácter laboral de la relación de la que resultan los ingresos y la ausencia de una actividad en común, por otra parte, excluyen que haya de adoptar la forma de sociedad profesional (26). La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, por lo tanto, no puede indiscriminadamente utilizada. Otra cosa es que quepa admitir este recurso, recuérdese excepcional, cuando se den las circunstancias que permitan su aplicación. También es igualmente cierto que esta tipología societaria puede, por su peculiar conformación, ser más proclive a su aplicación. Consecuentemente, conviene indagar, en último término, en la personalidad concedida a la sociedad a fin de reconocer su utilización en el mercado de forma contraria a las exigencias de la buena fe y a los intereses legítimos de los afectados por su actividad.

Lo anterior no resta para reconocer, tal y como hace la sentencia de apelación, siquiera *obiter dicta*, que la doctrina del levantamiento del velo podría servir para remover la excepción de falta de legitimación pasiva de la sociedad de gestión. Pero en caso enjuiciado no resulta necesario por cuanto en los autos consta acreditada la intervención del agente en la promoción de ciertos contratos no ya solo

---

(25) Al respecto, Vendrell Cervantes, C., *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*, Cizur Menor (Navarra), ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 462 ss., advierte la necesidad de delimitar un sistema de transmisión específico, distinto de los derechos patrimoniales sobre bienes materiales o sobre derechos de crédito, y diferencia, al efecto, entre un "derecho patrimonial de imagen" y unos "derechos de explotación de la imagen", que pueden estar sometidos a determinados límites temporales, materiales y territoriales según queden especificados en los acuerdos de trasmisión; a tal efecto considera extensibles las soluciones ofrecidas por las leyes de la propiedad industrial e intelectual.

(26) Cfr., art. 1.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

en favor del jugador, sino también de la sociedad constituida para la explotación de los derechos de imagen aparte de los derechos que fueran cedidos al club. En tal sentido, la legitimación pasiva no proviene de la aplicación de la doctrina del alzamiento del velo de la personalidad jurídica, ni del carácter instrumental de la sociedad constituida con el propósito específico de «encauzar través de la misma la explotación de los derechos de imagen del jugador». Para que así fuera requeriría una actuación abusiva o en fraude de ley de quien utiliza o es principal beneficiario de la institución. Más bien se trata de la evidencia de la efectiva intervención del agente en la labor de promoción de la actividad de explotación de los derechos de imagen del jugador que la sociedad tiene atribuida.

3. El plazo de prescripción de las retribuciones debidas al agente, *dies a quo* y derecho de compensación por "clientela" del agente en caso de renovación contractual con intervención de otro agente. La distinta calificación dada a la relación en cada una de las instancias tiene una particular incidencia respecto del plazo de prescripción aplicable. La sentencia de primera instancia que, recordemos, atribuía al intermediario la condición de agente, remitió al plazo de tres años que contiene la regla primera del artículo 1.967 del Código civil respecto de las acciones para el cumplimiento de la obligación de pagar "... a los agentes y curiales sus honorarios y derechos...". Sin embargo, la calificación como contrato atípico de representación y mediación en la esfera deportiva, incardinable dentro del contrato ordinario civil de mediación o corretaje, concedida por la sentencia de apelación, lleva a la Audiencia a aplicar el plazo general de quince años de las acciones personales (*vid.* art. 1.964 del Código civil, que no obstante, tras la nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda fijada en cinco años, y que además aclara que el plazo deberá iniciarse desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación y, en las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, cada vez que se incumplan). El Alto Tribunal, con todo, tras volver a atribuir al intermediario la condición de agente, fija el *dies a quo*, de conformidad con el último apartado del artículo 1.967 del Código civil, en el momento en el que, a tenor de la prueba, dejó de prestar efectivamente sus servicios, en este caso a la sociedad de gestión. Y todo ello a efectos del cómputo de plazo de la prescripción de los

tres años (27). El Tribunal Supremo, por lo tanto, lleva a cabo una correcta interpretación integradora, a la luz de la naturaleza jurídica de la relación y en consideración al cumplimiento por parte del agente de su obligación continuada de promover contratos en favor del jugador o de la sociedad que explota sus derechos de imagen (28).

Por otro lado, adquiere una semejante relevancia, en relación con la fijación del importe al que tiene derecho el agente por su intervención en representación, además del plazo de prescripción, la duración del contrato entre el club y el jugador, en tanto que el derecho de agente al cobro de la comisión anual pactada depende de aquélla. En el caso objeto de la *litis* el agente tenía contractualmente reconocido el derecho a una remuneración del diez por ciento de la cuantía total del contrato firmado con cualquier club con su intermediación; y ésta alcanzaba a todos los conceptos que percibiera el jugador, aun cuando tuviera lugar después del vencimiento contractual, si los mismos hubiesen tenido su origen en la actividad del agente. Ciertamente, la duración del contrato de intermediación, que la reglamentación federativa aplicable en el momento establecía en el máximo de dos años y que se mantiene en el reglamento de intermediarios de la Federación española (no así en el de la FIFA), evidencia la inclusión de este contrato de colaboración con el jugador y de intermediación con el club deportivo en la órbita de los contratos de agencia, frente a los de ejecución inmediata, como los de mediación o corretaje y mandato (29).

---

(27) Pueden verse también, en materia de servicios profesionales, las sentencias de 24 de abril de 2001 (núm. 399), de 7 noviembre de 2002 (núm. 1064) y de 12 de febrero de 2016 (núm. 62).

(28) En este punto, la sentencia de 25 de febrero de 2009 (rec. 1627/04) incluso considera irrelevante, a los efectos de aplicar el plazo de prescripción de tres años, que el "agente" tenga o no la nota de estabilidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley sobre contrato de agencia, es decir, que la relación se rija o no por dicha ley, pues lo decisivo, tratándose de la prescripción de la acción para reclamar la remuneración, es la profesionalidad con que se prestan los servicios, de forma que la expresión genérica "agente" del artículo 1967.1.ª del Código civil comprenderá a "todos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos" y, en consecuencia, el plazo de tres años se aplicará "con independencia de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable".

(29) Con carácter general, Leiñena Mendizábal, E.: cit., p. 157; y Mora-

El problema en el caso presente acaece cuando la retribución quedó fijada en relación con la cuantía total del contrato laboral firmado con la intervención del agente, cuyo devengo tenía lugar en cada anualidad, y el jugador, con anterioridad a la finalización del citado plazo, decidió resolver el contrato laboral que le unía al club y firmó otro nuevo con la intervención de otro agente deportivo. Entiende entonces el primer agente que la retribución se había de extender durante todo el plazo previsto contractualmente, puesto que, de otro modo, el cumplimento del contrato quedaría al albur del jugador, lo cual resulta contrario a la regla general del artículo 1.256 del Código civil. La valoración jurídica de la sentencia de apelación, sin embargo, difiere de este argumento, puesto que "la retribución que desde entonces recibe el jugador no tiene su origen en la actividad del agente..., sino que tiene su origen en lo acordado en el contrato de mayo de 2008 en el que ninguna intervención tuvo la demandante".

En este punto el Tribunal Supremo realiza diferentes consideraciones en torno a las distintas conductas que pueden dar lugar a un fraude o a conductas abusivas por cada una de las partes. Al respecto entiende que la interpretación dada por el Tribunal de apelación no puede considerarse ilógica. Aunque la renovación del contrato con la intervención de otro agente podría servir para propiciar fraudes de ley y evitar el pago de la retribución o comisión que el agente tenga contractualmente reconocida, destaca que la limitación temporal del contrato a un plazo máximo de dos años, en virtud de las reglamentación federativa, atiende a la necesidad de proteger a los jugadores jóvenes frente a vinculaciones de larga duración con los agentes deportivos. Para ello acude de nuevo al reglamento de agentes FIFA, vigente al tiempo de celebración del contrato, luego traspuesto a los estatutos federativos de la Real Federación Española de fútbol (RFEF), como norma de naturaleza privada, pero hábil para la interpretación de los contratos sometidos a su ámbito material de aplicación.

El artículo 20 del Reglamento sobre los Agentes de Jugadores, en cuanto aquí interesa, disponía que la retribución podía consistir en un

---

TILLA GALÁN, I.: "Contrato de agencia. Contrato de comisión. Mandato mercantil", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 684, 2004, pp. 1977-1978.

pago único, al comienzo del contrato de trabajo que el agente de jugadores hubiera negociado para el jugador, o en una cantidad anual, al final de cada año de duración del contrato. En tal caso, aclaraba que si el contrato de trabajo del jugador negociado por el agente de jugadores en su nombre durase más que el contrato de representación suscrito entre el agente de jugadores y el jugador, el agente tenía derecho a su remuneración anual incluso después de haber vencido el contrato de representación. Tal criterio parece confrontar, sin embargo, con el mantenido por el Alto Tribunal. Ahora bien, el artículo del Reglamento federativo continuaba diciendo que el derecho a la retribución del agente había de permanecer hasta el vencimiento del contrato de trabajo objeto del contrato de representación o hasta la firma por parte del jugador de un nuevo contrato de trabajo sin la intervención del agente. Este último inciso sirve al Tribunal para dar validez a la interpretación de la sentencia de apelación, si bien reconoce que ésta puede no ser la única posible (30).

Los reglamentos anteriores han sido sustituidos desde el 1 de abril de 2015 por el "Reglamento sobre las relaciones con los intermediarios", que es adaptado, en nuestro fuero interno, en el "Reglamento de intermediarios" de la RFEF. Sin embargo, el apartado segundo de su norma séptima tan solo contempla la remuneración al agente mediante el pago de una cantidad global, que puede hacerse en varios pagos, acordada antes de llevar a cabo la transacción correspondiente, cuando sean los clubes los que contraten los servicios de un intermediario. Cuando sea el jugador el que contrate al agente, como es el caso, junto con las menciones que han de constar en el contrato escrito sobre el monto de la remuneración

(30) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 (núm. 251) considera que "… como queda demostrado por la propia satisfacción inicial a los agentes de la retribución pactada por ello, sin previsión alguna respecto de que la ejecución del contrato pudiera sufrir alguna alteración como consecuencia de la voluntad de las partes contratantes y quedara por ello reducido el tiempo inicialmente concertado. ... Sin que la posterior ruptura voluntaria por los contratantes de la relación contractual existente pueda incidir en el derecho de los agentes a percibir el precio estipulado, y mucho menos pueda entenderse que la retribución se había establecido en relación con los días previstos inicialmente para que el jugador prestara sus servicios profesionales al club, pues ninguna cláusula del contrato induce a ello".

adeudada al intermediario y las condiciones generales de pago, solamente señala que la remuneración del intermediario se calculará sobre el ingreso bruto base del jugador correspondiente al periodo de vigencia del contrato, al paso que, a modo de recomendación, referencia la remuneración total por transacción del intermediario en un máximo del tres por ciento de la cantidad total anterior (31).

En este supuesto, podría dudarse que la solución o la interpretación llevada a cabo sea la más apropiada para resolver la relación, en particular cuando el jugador pretenda prescindir del agente, dadas las limitaciones de duración del contrato de agencia, mediante renovación de su contrato con el mismo club. Si el jugador decide extinguir el contrato y concierta otro nuevo se debe a que con ello sus condiciones labores, y entre ellas, su retribución, en buena lógica, mejorarán. Por lo tanto, podría pensarse, desde el punto de vista general del cumplimiento de las obligaciones contractuales en los términos pactados, en el mantenimiento de los derechos del agente. En el lado contrario, la realización de un nuevo contrato, en el cual interviene otro representante, daría lugar a un solapamiento de retribuciones de ambos agentes.

No se puede tampoco negar que la relación con el club fue iniciada con la intervención del agente, aun cuando no participe de posteriores negociaciones, al haberse extinguido su relación con el jugador. Se podría argüir entonces, como una solución intermedia entre el derecho del agente a la remuneración anual incluso después de haber vencido el contrato de representación y la pérdida de las comisiones por la firma de un nuevo contrato laboral especial con el mismo club pero sin la intervención del agente, la aplicabilidad de la solución que prevé para estos casos la ley del contrato de agencia (32). La integración del contrato dentro del marco general

(31) Sobre estas cuestiones, García Caba, M. M.: "El nuevo régimen jurídico aplicable a los intermediarios ("ex agentes") futbolísticos: A propósito de la reciente normativa de la FIFA en la materia", *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 44, 2014, pp. 381-401, p. 292.

(32) Marín Hita, L. J.: "Sobre la retribución", cit., pp. 226, admite incluso, dentro del marco de la libertad de pactos, la licitud de la cuestionable cláusula que reconoce al agente un tanto por ciento de la cantidad que en su caso resulte de un posterior traspaso del jugador a otro club en los cuatro años siguientes. No obstante, parece que la limitación temporal del contrato a dos años tiende a evitar conductas de captación abusiva del de-

del contrato de agencia, incluso con preferencia a la reglamentación federativa en esta sede, que como regulación privada solo puede en su caso equipararse al rango de uso en este específico ámbito de la contratación, permitiría considerar la extensión de la indemnización por clientela a este supuesto de hecho (33).

A tal efecto, el artículo 28 de la Ley 12/1992 concede al agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, el derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y si resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran. En tal caso, la indemnización no podrá exceder el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior. Pues bien, parece que en el caso presente, en el que el jugador no contrata con un nuevo club, sino que renueva el contrato que le unía al anterior, permitiría una interpretación extensiva de la norma, toda vez que haya vencido el contrato de representación. Es decir, el jugador mantiene su vínculo con el club "preexistente", a modo de clientela aportada por el agente, y la extinción de su contrato y su substitución por uno nuevo supone una pérdida de las comisiones que le correspondería en caso de una completa ejecución del contrato anterior. Ello justificaría que el derecho indemnizatorio que *ex lege* se reconoce al "agente comercial" fuera también reclamable por el "agente deportivo".

En tales circunstancias, el agente mantendría una acción de carácter indemnizatorio –mejor, compensatorio– equivalente a una anualidad de las pactadas sobre la base de la clientela promovida y que mantenga el jugador y la sociedad de explotación de sus derechos de imagen tras la extinción de la relación. De otro modo

---

portista y, en consecuencia, otro tanto se podría decir de aquellas cláusulas que establezcan un derecho de retribución del agente cuando no participe ni promueva una posterior contratación.

(33) Con carácter general, también reconoce Javaloyes Sanchis, V.: cit., p. 30, que la reglamentación federativa no puede contradecir las normas generales relativas a la validez y a la eficacia de los contratos.

resultaría sencillo que el jugador, incluso con la intervención de un familiar como agente, tal y como permitía el anterior artículo 4 del Reglamento sobre los Agentes de Jugadores, una vez exigido el contrato con el agente anterior, pudiera sustraerse de la obligación contractual del pago de las comisiones debidas. Se podría alegar, sin embargo, que el jugador profesional no es un empresario *stricto sensu*, si bien la formalidad de la creación de una sociedad de gestión, cuya mercantilidad se deduce de la forma adoptada, aproxima ambos aspectos; pero tampoco se puede obviar que la evolución del Derecho mercantil contemporáneo, con una clara orientación integradora, acoge en su ámbito subjetivo como operadores económicos, junto a los empresarios, a las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado (34). Cuestión distinta, pero sin embargo no menos relevante, será el breve plazo de prescripción para reclamar la indemnización por este motivo, que el artículo 31 de la Ley sobre el contrato de agencia fija en un año a contar desde la extinción contractual.

(34) El punto I-27 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 asimila los que denomina operadores de mercado u operadores económicos a los empresarios, por cuanto su actuación en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que se producen en el mismo tienen que someterse a la regulación jurídico-mercantil. Al respecto, también la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012 (núm. 636) concluye que la parte recurrente "materialmente impugna la calificación del contrato como contrato de agencia, proponiendo la parte recurrente la de mandato o prestación de servicios, cuando lo decisivo a efectos del plazo de prescripción no es, como muy bien razona el tribunal sentenciador, la sujeción de la relación jurídica a la Ley de 1992 sobre Contrato de Agencia, sino la profesionalidad de los servicios prestados por la parte recurrente, acerca de la cual se declara probado que es una empresa dedicada, entre otras cosas, a prestar servicios profesionales de intermediación con relación a jugadores y clubs de fútbol".

D) CONCLUSIÓN

La ausencia de una regulación "pública" acerca de la figura de los agentes de los jugadores profesionales obliga a los juzgadores a un esfuerzo en la aprehensión de la realidad fenomenológica que se mueve detrás de estas relaciones y de adaptación a los esquemas normativos existentes. Para ello solo disponen del sustento, no siempre suficiente, de las reglamentaciones que, de acuerdo con la normativa sobre la defensa de la competencia, dictan las correspondientes federaciones deportivas en el sector de su actividad y que, como normativa estrictamente privada, sólo puede tener un carácter meramente indicativo. Por otra parte, la complejidad de las prestaciones dificulta la incardinación de la figura en alguno de los tipos contractuales que presenta nuestra regulación, al paso que la aleja de la "mediación laboral". En este contexto el Tribunal toma como referente la figura del *agent* anglosajón, si bien esto nos habría de conducir a cuestiones relativas a la representación del deportista profesional y a la existencia de una relación de agencia atípica, que podría ser integrada, en su caso, con las normas de la tradicional "agencia comercial", también prevista en nuestro sistema para la prestación de servicios.

Otro aspecto igualmente relevante, no solo por su repercusión fiscal y especialmente penal, atañe a la creación de sociedades para la explotación de los derechos de imagen del futbolista profesional. Limitada a este específico fin, si bien en unos casos será la sociedad la que pueda explotar por sí estos derechos y en otros cederá su explotación generalmente al mismo club con el que contrate el jugador, la creación de este tipo de sociedades no debiera, como sociedad instrumental o meramente patrimonial, autorizar sin más, desde este perfil contractual, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de su personalidad jurídica. Son las mismas relaciones de agencia y su traslado a su órbita las que *sic et simpliciter* permiten extender el derecho de retribución del agente por sus gestiones en favor de los intereses de la sociedad.

Por último, tiene una particular incidencia en la remuneración pactada, una vez extinguido el contrato con el agente por el transcurso de su duración, que a su vez el jugador pueda resolver la relación laboral que le una al club y concertar un nuevo contrato sin intervención del agente. La exclusión en este caso de su derecho

a la comisión anual pactada por falta de intervención en el nuevo acuerdo no parece una cuestión pacífica en la jurisprudencia, que en el caso presente se apoya en el valor indicativo o de usos en el sector que tiene la reglamentación federativa sobre las relaciones con agentes o intermediarios. Podría sostenerse, no obstante, que en tal supuesto la regulación general sobre el contrato de agencia en materia de compensación en favor del agente a la finalización del contrato es de aplicación preferente a la previsión contenida en el citado reglamento federativo.

INFORME DE AUDITORÍA CON OPINIÓN DENEGADA Y ADMISIÓN DEL DEPÓSITO DE LAS CUENTAS ANUALES

Contenido material del informe de auditoría con opinión denegada que impide el cierre del Registro. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2017 (*)

Benjamín Saldaña Villoldo
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia
Abogado

Palabras clave: informe de auditor, depósito de cuentas anuales, protección de socios y terceros, cierre registral.

Resumen: Estimación del recurso y admisión del depósito de cuentas anuales, pese a que el auditor deniega opinión por "el efecto muy significativo de las limitaciones al alcance de la auditoría". Carácter restrictivo de la denegación del depósito de las cuentas anuales con base al contenido del informe del auditor, y valoración del contenido material del informe a los efectos de tutelar el interés de socios y terceros en conocer el estado patrimonial de la sociedad.

Fuente: BOE núm. 89, de 14 de abril de 2017, pp. 29934-29941.

Disposiciones legales aplicadas: artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas (LAC 2015); artículo 34 del Código de Comercio (CCom), artículos 268, 269, 279 y 280 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC); artículos 68, 359, 361 y 365 a

(*) Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia "La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo" (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

37.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM); artículos 5, 6 y 7 del Real Decreto 1517/2011, que aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011.

A) HECHOS

La sociedad "Pescatrade, SA" solicitó depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, adjuntando la documentación pertinente entre la que se encontraba el informe de auditoría. Como consecuencia del efecto muy significativo de las limitaciones al alcance de la auditoría, el informe no expresaba opinión respecto de las citadas cuentas anuales del ejercicio 2012. La Registradora denegó el depósito de las cuentas bajo la consideración de que dicho informe de auditoría no cumplía con la finalidad prevista por el legislador, pues del mismo no podía deducirse una información clara sobre la fiabilidad de las cuentas anuales en relación con el estado patrimonial de la sociedad.

Las causas por las que la entidad auditora denegaba opinión, debido al efecto muy significativo de las limitaciones al alcance de la auditoría, se describían en los párrafos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del informe, y se referían a distintas limitaciones que habían imposibilitado obtener evidencia suficiente y adecuada sobre importes relevantes de distintas partidas de balances y resultados.

Los motivos por los que los auditores denegaron opinión sobre las cuentas anuales fueron sucintamente los siguientes: a) por motivos ajenos a la auditoría ésta no pudo asistir al recuento físico de existencias del cierre del ejercicio, no pudiendo obtener evidencia respecto de determinadas partidas de balance y resultados; b) limitación al alcance por no haber obtenido evidencia suficiente, en relación con operaciones de compra y venta realizadas con sociedades del Grupo Pescanova declaradas en situación de concurso de acreedores; c) limitación al alcance para determinar el importe recuperable del crédito frente a la sociedad "Pescafina", declarada en concurso de acreedores, no reflejándose el deterioro de tales derechos

de crédito; d) discrepancias entre el valor teórico y valor contable de la participación de la sociedad en la entidad "Novamar, SA", sin que se hubiera obtenido evidencia suficiente sobre la identificación y valoración de plusvalías relacionadas con el valor de la participación en dicha entidad; e) falta de evidencia sobre la obligación de formular cuentas anuales consolidadas. Se referenciaban también en el informe los importes relevantes correspondientes a partidas de balance y resultados.

Frente a la nota de calificación, la entidad "Pescatrade, SA" formula recurso. Posteriormente, la Registradora emitió informe ratificándose en su calificación elevando el expediente al Centro Directivo. A continuación la Dirección General estimó el recurso formulado por "Pescatrade, SA", revocando la nota de calificación de la registradora.

B) DOCTRINA

1. En aquellos supuestos en los que es preceptivo auditar las cuentas de la sociedad, el objetivo perseguido por la Ley de Sociedades de Capital y resto de legislación aplicable que se cita en la resolución es obtener, a través del informe de auditoría, una opinión técnica clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad.

2. Forma parte de las competencias de los registros mercantiles y de la Dirección General, en vía de recurso, valorar el informe de auditoría presentado junto con las cuentas anuales, a los efectos de determinar si procede admitir el depósito de las cuentas anuales de la sociedad obligada a auditarse. Para dar cumplimiento a esta función, los registradores deben analizar si el informe acompañado en cada caso cumple con la finalidad prevista en la legislación de sociedades, y si con el informe de auditoría se respetan los derechos del socio cuando ha instado la realización de la auditoría.

3. Conforme al artículo 5 de la Ley de Auditoría de Cuentas y al artículo 6 del Real Decreto 1517/2011, deben diferenciarse los supuestos en los que el auditor ha podido realizar su función auditora de aquellos otros en los que no ha sido así. En aquellos casos en los que sí ha sido posible desarrollar la auditoría de la sociedad,

deberán incluirse en el informe las manifestaciones explícitas de las reservas o salvedades detectadas, así como de cualesquiera otros aspectos que el auditor considere necesario destacar. El informe de auditoría con opinión denegada, por tanto, constituye una de las cuatro opiniones técnicas que puede manifestar el auditor: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada.

4. El informe de auditoría refleja una opinión cualificada, relativa al grado de fiabilidad contable de las cuentas anuales que han sido analizadas. Sin embargo, en cuanto tal opinión, puede ser cuestionada tanto por la propia sociedad, por los socios, así como por los tribunales de justicia. El informe de auditor no puede tener el valor de una resolución judicial firme, sino de una mera opinión cualificada sobre algo que es cuestionable.

5. En relación con el depósito de las cuentas anuales el informe de auditoría con opinión denegada no tendrá los mismos efectos en todos los supuestos. Debe tenerse en cuenta la matización introducida a tal efecto por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero y 11de marzo de 2014, que revisaba la doctrina anterior de la Dirección General. Se rechazará el depósito de las cuentas cuando la opinión denegada del auditor trae causa de la falta de colaboración o actitud obstruccionista de la sociedad con el auditor, de manera que se haya comprometido su objetividad o independencia o no se le haya entregado la documentación pertinente. Este rechazo se motiva porque en tales casos, si se admitiese el depósito de las cuentas anuales, se frustraría la finalidad de la Ley y se conculcarían los derechos de socios y terceros. Para determinar los supuestos en los que la opinión denegada del auditor no impediría el depósito de las cuentas, se atendrá a que la finalidad de la normativa en esta materia (arts. 263.1 y 265.2 TRLSC) es tutelar el interés de los socios y de los terceros en que un auditor revise las cuentas anuales de la sociedad. Deberá por ello analizarse si el informe de auditoría, pese a denegar opinión, atiende a dicho interés de socios y terceros.

6. La denegación del depósito de las cuentas anuales basada en el contenido del informe de auditor debe tener un carácter restrictivo, pues solo con carácter excepcional pude privarse de esta

información a quienes tienen derecho a conocer el contenido de las cuentas de la sociedad. Se deberá analizar el informe y, en particular, las salvedades que se recogen en el mismo y que impiden expresar opinión al auditor, para determinar si dichas salvedades, no obstante, permiten o impiden la realización del interés de socios y terceros en la revisión de las cuentas anuales. El informe con opinión técnica denegada puede contener información patrimonial relevante para socios y terceros y, asimismo, la opinión denegada no implica necesariamente que las cuentas no reflejen la imagen fiel del patrimonio y situación económica de la sociedad. El depósito de las cuentas solo podrá rechazarse si las salvedades recogidas por el auditor impiden la realización de aquel interés de socios y terceros. No será válido a estos efectos el informe de auditor con opinión denegada del que no se deduzca información clara, limitándose a expresar la ausencia de opinión. Si, por el contrario, este informe con opinión denegada contiene información clara del estado patrimonial de la sociedad, no deberá rechazarse el depósito de las cuentas anuales.

7. El análisis del informe de auditoría realizado por el Registrador a estos efectos no implica supervisar el trabajo de los auditores ni, tampoco, un pronunciamiento del registro sobre la corrección de las cuentas anuales.

C) COMENTARIO

1. El informe con opinión denegada como "auténtico" informe de auditoría. La circunstancia de que el auditor deniegue opinión respecto de las cuentas anuales no desvirtúa la naturaleza jurídica del informe, ni supone que éste deje de tener los efectos legales de un verdadero informe de auditoría, ya que no implica ninguna actuación incorrecta por parte del auditor (1). El informe con opinión denegada integra una de las cuatro posibilidades con las que éste puede concluir (art. 5.1 letra "e" LAC/2015), pudiendo expresar una opinión favorable, con salvedades, desfavorable y denegada (2).

(1) Cuestión recogida en anteriores RDGRN como la de fecha 12 de noviembre de 2013.

(2) Estas cuatro posibilidades, según el precepto, constituyen una

Esta cuestión, que se ha clarificado con la última doctrina del Centro Directivo, anteriormente dio lugar a alguna resolución de los registros mercantiles en las que se negaba a este tipo de informes el carácter de informe de auditoría a los efectos del apartado quinto del artículo 366.1 del Reglamento del Registro Mercantil (3). A mayor abundamiento, las Normas Técnicas de Auditoría (NTA) establecen el deber para los auditores de emitir un informe con opinión denegada cuando éstos no han alcanzado la evidencia necesaria para formar una opinión de las cuentas en su conjunto. Por ello, se ha afirmado con razón que en estos casos, existiría una opinión técnica (la opinión denegada), si bien no habría realmente opinión en relación a si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad (4).

En consecuencia, la opinión denegada, constituye una de las formas previstas legalmente con las que puede concluir la auditoría, e implica que el auditor ha podido realizar su función. Según se dispone en la Norma Internacional de Auditoría 705 apartado 13-b(5), procedería la renuncia del auditor en supuestos en los que el efecto generalizado de las incorrecciones aconseje no emitir una opinión con salvedades y siempre que fuera posible dicha renuncia conforme a la legislación aplicable. La norma prevé, asimismo, que si la normativa no permitiera la renuncia del auditor, se procederá a emitir informe denegando opinión (6).

---

opinión técnica en la que se manifestará, de forma clara y precisa, si las cuentas anuales ofrecen una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

(3) Puede verse, entre otras, la RDGRN de 12 de noviembre de 2013.

(4) Gallego Córcoles, A.: "Evolución de la vacilante posición de la DGRN en materia de rechazo de depósito de cuentas anuales en los casos de informe de auditor con opinión denegada por limitaciones al alcance de la auditoría", *La Ley Mercantil*, núm. 3, junio 2014, p. 2.

(5) NIA-ES 705 (adaptada para su aplicación en España mediante Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 15 de octubre de 2013).

(6) Siendo ésta la vía a la que conduce la normativa española, como indica Zubiaurre Gurruchaga, A.: "La renuncia del auditor en el Texto Refundido de le Ley de Auditoría de Cuentas", *RdS*, núm. 44, 2015, p. 287. Señala este trabajo que, dependiendo de la importancia y gravedad de la falta de datos y documentación, el auditor emitirá un informe con opinión denegada cuando las incorrecciones tienen un efecto generalizado y, para el caso de

Por este motivo, los supuestos de informe con opinión denegada deben diferenciarse de aquellos en los que estrictamente no hay informe del auditor (7). Nos referimos a las situaciones a las que se remite el art. 5.2 de la vigente Ley de Auditoría de Cuentas. La norma parte del carácter obligatorio para el auditor de la emisión del informe, pudiendo aquél no emitir el informe o renunciar al contrato de auditoría solamente en supuestos en los que concurra justa causa. Los motivos que permitirían tal renuncia, por tanto, deben ser justificados, si bien se establecen a través de un sistema de lista abierta. El legislador ha considerado que, en todo caso, concurre justa causa si existen amenazas al auditor que comprometan su independencia u objetividad. Asimismo, según el precepto, estaría justificada en todo caso la renuncia del auditor si se produce la imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado por motivos no imputables a éste. Pese a que el artículo 5.2 no contiene un sistema de lista cerrada, de la lectura del precepto se desprende un carácter algo restrictivo para las causas que pueden motivar la renuncia o la no emisión del dictamen por el auditor. Por este motivo, parece que deben descartarse como soporte causal en esta materia las meras desavenencias o fricciones entre los auditores y los administradores de la sociedad, diferencias de criterios, o el hecho de que los auditores no hayan tenido acceso a absolutamente toda la documentación o información de la sociedad (8).

---

no tener tal alcance las incorrecciones detectadas, emitirá un informe con salvedades.

(7) Hernando Cebriá, L.: "Cuentas anuales", en AAVV, *Derecho de Sociedades de Capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria* (dir. Embid Irujo, J. M.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p.353. Mientras la falta de emisión del informe solo podrá producirse cuando por la existencia de amenazas quede comprometida la independencia u objetividad del auditor o bien se produzca la imposibilidad absoluta de realizar el trabajo, la opinión denegada podría derivar de la falta de comprobación técnica de los hechos que impidan al auditor emitir opinión fundada.

(8) Zubiaurre Gurruchaga, A.: "La renuncia del auditor en el Texto Refundido de le Ley de Auditoría de Cuentas", p. 282, señala además la inconveniencia de una relación "excesivamente amigable" entre la auditoría y los administradores de la sociedad, así como que la intención de la norma es impedir los acuerdos entre los auditores y el órgano de administración para provocar la renuncia del auditor como medio de eludir que se emita informe con una opinión desfavorable o con salvedades.

La sociedad Pescatrade, SA, que es una compañía de carácter familiar, colaboró activamente con la auditoría según puso de manifiesto el propio auditor. Pese a ello, se produjo una importante limitación al alcance de la auditoría, consecuencia de la no asistencia al recuento físico de existencias, y de la falta de evidencia suficiente sobre importes relevantes de determinadas partidas. En relación con ello, debe señalarse que el comentado artículo 5.2 sugiere, asimismo, que para la emisión del informe no debieran ser obstáculo las meras cuestiones formales o dificultades puntuales que haya encontrado el auditor en su trabajo pues el precepto, de forma imperativa, exige que se emita el informe de manera que éste pueda cumplir con la finalidad para la que se contrató la auditoría. La importancia de la justa causa para poder renunciar a emitir informe se hace patente en la tipificación (art. 73 letra "a" y art. 72 letra "h"), según los casos, como infracción grave o muy grave, del hecho de dejar de emitir el informe de auditoría sin la concurrencia de justa causa a que se refiere el artículo 5.2.

El artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, por su parte, contempla también la posibilidad de que el auditor emita un informe con opinión denegada "por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos", si bien en este supuesto, según señala el precepto, se trataría de casos en los que se considera que no ha podido realizarse la auditoría (9). En la resolución que comentamos, puede verse que el auditor hace un análisis de alcance y contenido no desdeñables de las partidas y aspectos irregulares hallados en la contabilidad de la sociedad, incluyendo la cuantificación económica de esas partidas o apuntes contables. En efecto, debe distinguirse en esta sede aquellos supuestos en los que se produce una limitación

(9) Como ha señalado Gallego Córcoles, A., "Evolución de la vacilante posición de la DGRN en materia de rechazo de depósito de cuentas anuales en los casos de informe de auditor con opinión denegada por limitaciones al alcance de la auditoría", p. 7, existen problemas en orden a delimitar los supuestos que darían lugar a una opinión denegada por limitaciones e incertidumbres muy significativas de aquéllos otros que supondrían la imposibilidad absoluta de realizar la auditoría, en particular teniendo en cuenta la Consulta del ICAC de septiembre de 2013, que equipara la situación que da lugar a una "opinión denegada con limitación absoluta en el alcance del trabajo" del art. 361 RRM a la que provoca la emisión de un informe con opinión denegada por "limitaciones e incertidumbres muy significativas".

absoluta en los trabajos del auditor, de aquellos otros en los que, pese a producirse ciertas limitaciones, el auditor ha podido verificar mínima o razonablemente la situación patrimonial y económica de la sociedad, si bien no de forma suficiente para determinar si las cuentas reflejan la imagen fiel de la situación patrimonial de la sociedad (10).

2. Contenido del informe de auditoría en relación con la finalidad del depósito de las cuentas anuales e interés tutelado. La resolución comentada analiza si el contenido del informe de auditoría de Pescatrade, SA es hábil para la finalidad propia del depósito de las cuentas anuales: el interés de socios y terceros en la revisión de las cuentas anuales por auditor (arts. 263.1 y 265.2 TRLSC). Según la nota de calificación del Registrador, el informe que acompañaba a las cuentas en este caso indicaba que habían existido limitaciones significativas al alcance de la auditoría, lo cual propiciaba que no se tuviera evidencia suficiente sobre determinadas partidas de balances y resultados, concluyéndose que no podía obtenerse información clara sobre la fiabilidad de las cuentas anuales en relación con el estado patrimonial de la sociedad. Tal situación, a juicio del Registrador, propiciaba que el informe no pudiera servir de soporte al depósito de las cuentas de la sociedad, no habiendo comprobado el auditor si las cuentas ofrecen una imagen fiel del patrimonio, por lo que no se daba satisfacción a las exigencias legales en tal sentido (art. 268 TRLSC y art. 366 RRM entre otros). La resolución sigue la línea marcada por otras anteriores (RDGRN de 24/10/2014), en las

(10) Sobre esta diferenciación puede verse Gallego Córcoles, A.: "Evolución de la vacilante posición de la DGRN en materia de rechazo de depósito de cuentas anuales en los casos de informe de auditor con opinión denegada por limitaciones al alcance de la auditoría", pp. 5-6, que con referencia a la Consulta de septiembre de 2013 el ICAC, distingue los supuestos de opinión denegada por limitaciones *muy significativas* debiendo expresar el auditor las limitaciones o incertidumbres que haya encontrado (*v. gr.* falta de presencia en los recuentos físicos de existencias, destrucción accidental o falta de documentación o registros), de aquellos otros en los que el auditor deniega opinión por *imposibilidad absoluta* de realizar la auditoría (*v. gr.* falta de entrega de las cuentas anuales, que se impida el acceso a las dependencias de la sociedad o la total falta de entrega de cualquier documentación económica o contable de la sociedad), quedando en tales casos facultado el auditor para no emitir informe o bien a renunciar a la auditoría.

que se descarta el automatismo en el rechazo de las cuentas anuales con motivo del informe denegado de auditoría, relacionando particularmente la denegación del depósito de las cuentas anuales con la responsabilidad de la propia sociedad por la falta de información del auditor (11).

La opinión técnica denegada por el auditor en este caso, sin embargo, no ha supuesto una falta de comprobación de las cuentas de la sociedad. Puede verse la amplia y detallada referencia a cada una de las partidas de las cuentas respecto de las que el auditor señala que no se ha podido realizar la verificación: recuento físico de existencias, importe relevante de determinadas partidas de balance y resultados, irregularidades en el tratamiento contable de operaciones de compraventa con el Grupo Pescanova, falta de reflejo contable del deterioro de derechos frente a una entidad en concurso, discrepancias respecto del valor reflejado en el balance de la participación en la sociedad Novamar, SA, entre otras. A mayor abundamiento, algunos de los aspectos a que se refiere la auditoría de las cuentas de Pescatrade, SA introducen una llamada de atención respecto de irregularidades contables, no meramente hipotéticas, sino manifiestas y constatadas por la auditoría: falta de reflejo contable del deterioro del crédito frente a Pescafina y valoración contable de la inversión en Novamar, SA.

Nótese que estos aspectos sobre los que el auditor llama la atención sí han sido verificados, detectándose determinadas irregularidades que permiten, al menos indiciariamente, apuntar anomalías que supondrían que las cuentas no reflejan exactamente la situación patrimonial (imagen fiel) de la sociedad. En el supuesto analizado las cuentas sí han sido verificadas por el auditor (aunque no se hayan podido obtener evidencia suficiente respecto de determinadas partidas). El auditor apunta aspectos discordantes de las cuentas respecto de las normas contables y refleja determinadas partidas de las cuentas anuales que, al menos indiciariamente, apuntarían a que las cuentas no reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. Por tanto, se habría producido la revisión a que se refiere la normativa de sociedades (art. 263.1 TRLSC) y también se habría

(11) Sánchez Calero, J.: "Opinión de auditoría denegada y depósito de cuentas anuales", *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, núm. 136, octubre-diciembre 2014, p. 362.

verificado el objeto de la auditoría (art. 268 TRLSC), si bien en este caso el auditor no puede señalar la certeza de que las cuentas anales son imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados.

El interés de los socios y terceros, debe señalarse, no pasa por obtener una opinión técnica favorable de la auditoría, sino por que ésta se realice y finalice con alguna de las cuatro opiniones técnicas que prevé el artículo 5.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas. Todo lo cual se habría verificado en el presente supuesto.

El informe técnico constituye una opinión cualificada e independiente sobre las cuentas de la sociedad, si bien no supone la última palabra sobre esta cuestión, siendo susceptible de revisión o impugnación. Sin embargo, las circunstancias que pormenorizadamente refleja el informe, particularmente aquellas que impiden expresar opinión sobre las cuentas y que se refieren con referencia a importes y partidas determinadas, constituyen una herramienta útil para socios y terceros para conocer la muy posible, aunque no definitiva, falta de adecuación de las cuentas con la realidad patrimonial de Pescatrade, SA. La imposibilidad de que el auditor exprese opinión técnica sobre las cuentas puede, además, significar que éstas no se corresponden con la imagen fiel del patrimonio, por lo que las cuentas aprobadas en tales circunstancias pueden resultar impugnables (12). Con estos antecedentes, la información proporcionada por el informe resulta de incuestionable utilidad para los socios y terceros, permitiéndoles plantear actuaciones a la vista de aquél. Resulta de esta forma tutelado el interés en la revisión de las cuentas, de manera que sin el acceso de las cuentas y del informe al Registro Mercantil, muy difícilmente existiría la posibilidad de conocer la información que se detalla en este caso respecto de las cuentas de Pescatrade SA. El accedo al Registro de las cuentas anuales, en casos como el analizado, se cohonesta perfectamente con el carácter instrumental del depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, cuyo objetivo es la publicidad y, con ello, la transparencia de la información depositada en beneficio del interés general así como,

(12) Martínez Sanz, F.: *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 563.

especialmente, de aquellos sujetos con un interés particular en conocer la situación económica de la sociedad (13).

El interés para los terceros no socios de que las cuentas junto con el informe de auditoría accedan al Registro es, si cabe, mayor. Estos terceros, entre los que merecen destacarse los acreedores sociales, carecen de una regulación del derecho de información sobre las cuentas anuales equivalente a la prevista en el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital para los socios (14). Por este solo motivo, la mera publicación en el Registro Mercantil de las cuentas y del informe del auditor se convierte en una herramienta imprescindible para los no socios que pretenden fiscalizar las cuentas de la sociedad, posiblemente para proteger su derecho de crédito y, en su caso, poder impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales como titulares de un interés legítimo (art. 206 LSC).

3. La imagen fiel del patrimonio de la sociedad y la impugnación de las cuentas anuales. El contenido del informe de auditoría sobre las cuentas de Pescatrade, S.A., puede ser relevante a la hora de cuestionar si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. Respecto de esta sociedad la auditora pudo verificar la documentación soporte de las cuentas anuales así como las actas de la sociedad, lo que le permitió apuntar determinadas irregularidades tales como no verificación del recuento físico de existencias, falta de verificación suficiente de partidas concretas del balance y resultados del ejercicio 2012, irregularidades en el tratamiento contable del volumen de operaciones con empresas en concurso del Grupo Pescanova, falta de reflejo del deterioro de los derechos de cobro frente a la también concursada "Pescafina", inadecuado reflejo contable de la participación en la sociedad "Novamar, SA" siendo el valor teórico de la inversión inferior al valor contable. Sobre cada uno de estos aspectos controvertidos o no

(13) Alcover Garau, G., "Las cuentas anuales", *RdS*, núm. 36, 2011, p. 236-237.

(14) Un análisis jurisprudencial en esta materia, con reflejo de la casuística respecto de la extensión y límites para los socios sobre la revisión de la contabilidad de la sociedad y las funciones del auditor, puede verse en Campins Vargas, A., "Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales (a propósito de algunas sentencias recientes)", *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 423-442.

verificados de las cuentas anuales se incluyen importes de partidas no verificadas y el motivo de las objeciones detectadas. El conocimiento de estos extremos es relevante y útil para la tutela de socios y terceros a la hora de valorar si las cuentas anuales cumplen con lo previsto en los apartados 2.º y 3.º del artículo 34 del Código de comercio, que exigen que las cuentas reflejen la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y de los resultados de la empresa. Todo ello cabe afirmarlo así pese a que, en este caso, los auditores no han verificado, sin lugar a dudas, si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. Estas mismas deficiencias en la verificación contable hicieron que los auditores no puedan tampoco expresar alguna de las otras posibles opiniones sobre las cuentas: favorable, con salvedades o desfavorable.

El hecho de que el informe de auditoría deniegue opinión pero, al mismo tiempo, aporte datos relevantes para valorar si las cuentas se han formulado conforme a la exigencia del artículo 34 del Código de comercio y si éstas reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, constituye un elemento de indudable utilidad al interés de socios y terceros. Siendo un posible motivo de nulidad del acuerdo que aprobó las cuentas anuales el hecho de que éstas no reflejen la imagen fiel del patrimonio (15), ni de la situación financiera y de los resultados, en la medida en que el informe contiene datos relevantes para realizar esa valoración, estaría sirviendo directamente al interés de socios y terceros en esta faceta (arts. 263.1 y 265.2 TRLSC y art. 34 CCom). Debe añadirse que la mera corrección formal de las cuentas anuales no impide su nulidad, si éstas no reflejan la imagen fiel del patrimonio (16), por lo que el informe de auditoría

(15) Sobre la infracción del principio de imagen fiel en las cuentas anuales como motivo de nulidad, pueden verse las SSTS (Sala 1.ª) de 3/11/2014, núm. 589/2014 y 20/3/2009, núm. 156/2009, con amplia referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta sede.

(16) STS (Sala 1.ª) de 20/3/2009, núm. 156/2009: "Pues si las cuentas anuales no se han formulado con claridad o no muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, el acuerdo que las apruebe es nulo, aunque se haya adoptado de modo formalmente correcto, y se refiera a cuentas anuales redactadas o formuladas también de modo formalmente correcto (esto es, con todos los documentos que se exigen, formalizados de modo correcto en cuanto a su presentación y estructura)."

en estos casos sirve al interés de socios y terceros para valorar el posible ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo que aprobara esas cuentas anuales.

La admisión del depósito de las cuentas en estos casos vendría a reforzar la posibilidad de fiscalización de las mismas, haciendo efectivo el sistema de contrapesos que el Derecho de sociedades ha configurado como garantía de que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel de la sociedad. Conviene diferenciar la formulación de las cuentas anuales que realiza el órgano de administración, de la aprobación de éstas, que realiza la junta general como actos relacionados pero no coincidentes (17). Con el acceso al Registro de las cuentas y el informe de auditoría se incrementa en estos casos la eficacia del control que pueden ejercer sobre las cuentas los socios y terceros.

4. Carácter restrictivo del rechazo de las cuentas anuales por haber denegado opinión el auditor. La resolución sigue la última doctrina del Centro Directivo al establecer que solo de manera excepcional se puede privar de la información de las cuentas anuales a quienes tienen derecho a conocer su contenido (socios y terceros). Por ello, para que sea viable la denegación del depósito de las cuentas anuales, es imprescindible que tal denegación persiga proteger un interés concreto. En consecuencia, se atribuye un marcado carácter instrumental a la denegación del depósito de cuentas de manera que, el derecho de socios y terceros de acceso a esta información decae en determinados supuestos en los que, el depósito de las cuentas anuales, conculcaría otros derechos o intereses igualmente dignos de tutela. Se citan en la resolución dos supuestos en los que sería dado denegar el depósito de cuentas, pues en tales casos se perjudicarían determinados intereses legítimos: supuestos en los que el socio minoritario solicita nombramiento de auditor por el Registro y la sociedad pretende burlar tal auditoría no suminis-

(17) Respecto de la distinta naturaleza jurídica y alcance de la formulación de las cuentas respecto su aprobación y su función como sistema de contrapesos en orden al cumplimiento del deber de contabilidad puede verse Olmedo Peralta, E.: "La difícil naturaleza jurídica de la formulación de las cuentas anuales: no acuerdo–no impugnabilidad", *RdS*, núm. 41, 2013, pp. 109-142.

trando información al auditor, así como los supuestos de sociedades obligadas a auditarse en los que del informe del auditor resultara la imposibilidad de satisfacer el interés de socios y terceros de conocer la situación patrimonial de la sociedad (18).

Las anteriores premisas, aplicadas a la cuestión de la opinión denegada del auditor, conducen a establecer el carácter restrictivo del rechazo de las cuentas anuales por tal motivo. Esta doctrina del Centro Directivo se distancia de anteriores resoluciones en las que se justificaba el rechazo del depósito de las cuentas respecto de las que el auditor no expresaba opinión "por limitación absoluta en el alcance". En estos supuestos se rechazó el depósito de las cuentas con un triple objetivo: a) no desvirtuar la finalidad del propio depósito de las cuentas como instrumento de información de socios y terceros; b) impedir el abuso que supondría que los administradores de la sociedad no facilitaran información a la auditoría como medio de lograr un informe con opinión denegada que ocultara las irregularidades de las cuentas anuales y la situación patrimonial adversa de la sociedad y c) que la figura del cierre registral por falta del depósito de las cuentas anuales no deviniera ineficaz. En resoluciones anteriores, pese a no negar el carácter de auténtico informe de auditoría, se afirmaba inmediatamente que este tipo de informes no podía considerarse como tal a los efectos del art. 366.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil (19).

5. Función de los registros en orden a distinguir los supuestos en los que procede el depósito de cuentas con informe de auditoría en el que se deniega opinión. El objeto de la auditoría es verificar si las cuentas anuales ofrecen una imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la sociedad, así como su concordancia

(18) La RDGRN de 12/11/2013 señalaba que en los supuestos de aumento o reducción de capital y en supuestos de modificaciones estructurales un informe de auditoría en el que no se expresa opinión no daría satisfacción al interés de socios y terceros de acceder a una información independiente y cualificada en relación con la contabilidad de la sociedad.

(19) En este sentido RDGRN de 12/11/2013, en la que puede verse que no se valoró a los efectos aquí analizados el contenido material de las limitaciones al alcance la auditoría de los párrafos 2 y 3 del informe de auditoría, donde se contenían los motivos de fondo por los que el auditor emitió informe con opinión denegada.

con el informe de gestión (art. 268 LSC). Al depósito de las cuentas anuales debe acompañarse el informe de auditoría cuando la sociedad esté obligada a auditarse o bien se hubiese acordado la auditoría a petición de la minoría o de forma voluntaria por la sociedad (arts. 279 LSC y 366.1.5.º RRM). El registrador verificará si "los documentos acompañados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas" (arts. 280 LSC y 368 RRM). En este contexto normativo, teniendo en cuenta en supuestos como el analizado el imperativo de la *funcionalidad del contenido material de las cuentas* en la tutela del interés de socios y terceros, se hace preciso analizar la función de la calificación de las cuentas por el Registrador mercantil.

La resolución afirma que es competencia del Registrador, y de la propia Dirección General en vía de recurso, analizar el valor del informe de auditoría y determinar si éste "cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y si con él se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización". Ello no obstante, también señala la resolución que el análisis del Registrador no implica supervisar el trabajo de los auditores ni un pronunciamiento sobre la corrección de las cuentas anuales (20).

La doctrina de la Dirección General de la que es muestra la resolución analizada, por tanto, obliga *de facto* al registrador a hacer un análisis de fondo sobre el contenido del informe de auditoría con opinión denegada. Descartado el cierto automatismo anterior para rechazar el depósito de las cuentas en estos casos, se impone, en primer lugar, que el registrador verifique si el informe del auditor, además de denegar opinión, posee contenido material en relación con datos relevantes de interés para socios y terceros y cuya publicación pueda resultar de utilidad a éstos. Situaciones como la analizada suponen una dificultad añadida para la función calificadora de las cuentas por el Registrador, a lo que se añadiría el problema de

(20) Esta cuestión ya se puso de relieve por Gallego Córcoles, A.: "Evolución de la vacilante posición de la DGRN en materia de rechazo de depósito de cuentas anuales en los casos de informe de auditor con opinión denegada por limitaciones al alcance de la auditoría", p. 7, en relación con la RDGRN de 11/3/2014, señalando la exigencia para los registradores de un análisis de las incertidumbres, salvedades y limitaciones del informe de auditoría, en aras de determinar si éste contenía información relevante para los socios y terceros a la que hubiera de darse publicidad.

la dificultad posterior de subsanación de los motivos que en estos casos provocan el rechazo del depósito de las cuentas (21).

Con ello, dentro de las facultades que se les otorgan a los registradores en orden a la calificación de los documentos contables, procederán aquéllos a verificar si se trata de los documentos exigidos por la Ley, si están aprobados y contienen las firmas preceptivas y, además, procederán a juzgar la validez del contenido de los documentos por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro, pudiendo abarcar ciertos aspectos materiales sin que ello alcance, no obstante, al contenido intrínseco de las cuentas, corrección de la contabilidad, etc. (22) Nos encontraríamos en supuestos como el analizado, con una específica aplicación de esta capacidad del Registrador en la calificación, que le permitiría entrar a valorar el contenido del informe de auditor con opinión denegada exclusivamente en los términos expuestos.

La profundidad con la que el Registrador debe analizar las cuentas anuales, según lo indicado, le permitirá rechazar el depósito de éstas cuando del informe no se desprendan datos concretos o no se contuviera información alguna de utilidad para socios y terceros. La total inhabilidad del informe del auditor para cumplir el fin que le es propio sería el elemento subyacente, sirviendo como criterio delimitador de los supuestos en los que sí operaría la denegación del depósito de las cuentas. La calificación del Registrador deberá verificar, esencialmente, si la auditoría ha podido efectuar un mínimo análisis o contraste de la situación financiera o patrimonial de la sociedad y si el informe proporciona datos u observaciones relevantes para valorar, si quiera sucintamente, la corrección de las cuentas respecto de la situación patrimonial real de la sociedad auditada (lo cual no ocurriría *v.gr.* en supuestos en los que el auditor ha tenido una absoluta falta de acceso a la información contable de la sociedad, ya sea por la actitud obstruccionista de los administradores o por carecer la sociedad de un mínimo soporte documental de sus operaciones).

En línea con lo expuesto, la Dirección General ha rechazado recientemente el depósito de unas cuentas anuales con opinión de-

(21) Sánchez Calero, J.: "Opinión de auditoría denegada y depósito de cuentas anuales", p. 364.

(22) RDGRN de 13/3/2015.

negada, por carencia de información para los auditores, con motivo del programa informático implantado en la sociedad junto con la reestructuración de la plantilla, que supuso debilidades significativas de control interno, originando problemas de gestión y registro contable de las operaciones de la sociedad que, a la postre, impidieron a la sociedad auditora obtener evidencia de la razonabilidad de los saldos reflejados en las cuentas anuales. Esta falta de control o de posibilidad de verificación de la información contable, se consideró equivalente a la no entrega por la sociedad de la documentación pertinente y a no haberse proporcionado al auditor la información necesaria (23) y, en consecuencia, con una falta absoluta de información para el auditor. En este último supuesto puede verse que la situación de hecho es materialmente distinta a la analizada respecto de "Pescatrade, SA", ya que el informe de auditoría refiere una falta de información generalizada que le impide al auditor de manera global constatar la realidad de los apuntes contables, por lo que no hay referencia a partidas, apuntes u operaciones concretas de la sociedad.

D) CONCLUSIÓN

En el supuesto analizado se constata la potencial utilidad de la publicidad registral de las cuentas anuales y del informe de auditoría con opinión denegada. La amplia enumeración de defectos y partidas contables no verificadas por la auditoría, pese a que impiden un pronunciamiento sobre si las cuentas reflejan la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, cumple con la finalidad de tutela del interés de socios y terceros en que las cuentas sean auditadas. La entidad de las limitaciones al alcance de la auditoría, entre las que se encuentran la falta de verificación de existencias así como incorrecciones en los apuntes contables, que propiciaron una opinión denegada, ponen de manifiesto la dificultad para diferenciar con claridad en ocasiones los supuestos de opinión denegada con aquellos de opinión desfavorable. Se constata en el supuesto analizado la inconveniencia de que este tipo de informes no accedan a la publicidad registral, sustrayendo una información de todo punto relevante

(23) RDGRN de 2/1/2017.

para el ejercicio de derechos de socios y terceros, información que es particularmente adecuada para la impugnación de los acuerdos sociales o para el ejercicio de acciones de responsabilidad frente a los administradores.

En el momento de la calificación registral de las cuentas y del informe de auditoría, se descarta un análisis meramente formal, puesto que ante un informe de auditoría con opinión denegada, la función revisora del Registrador pasa por realizar un análisis material del informe. El análisis del contenido del informe a estos efectos pasa por determinar si, más allá de la opinión denegada, posee éste cierto contenido mínimo material susceptible de proporcionar datos relevantes a los interesados sobre la situación patrimonial y contable de la sociedad. Dado que la Dirección General declara el carácter restrictivo del rechazo del depósito de las cuentas por motivo del contenido del informe del auditor, el nivel de exigencia de datos adicionales en el informe no debe ser excesivo. Por ello, bastaría a nuestro juicio que el informe con opinión denegada aportara algún dato e información que, de alguna forma, fueran de utilidad a los socios y terceros por reflejar partidas concretas de las cuentas anuales en las que se advirtiera alguna irregularidad, entendiéndose a tales efectos como irregularidad la imposibilidad para el auditor de comprobar tales partidas (*v. gr.* recuento de existencias). No parece sencillo ni adecuado en esta sede la determinación apriorística de qué información (cualitativa y cuantitativamente) es relevante y permitiría el depósito de las cuentas. Pudiera encontrarse un criterio orientativo para esta valoración, en la circunstancia de si el informe resultara útil a socios y terceros para la defensa de sus derechos, así como para el ejercicio de acciones ya sea frente a la sociedad (reclamación de derechos de crédito, impugnación de acuerdos, etc.), ya sea frente a sus administradores (acciones de responsabilidad, etc.) o, incluso, frente a terceros.