

REVISTA CRITICA DE D E R E C H O INMOBILIARIO



Año XCIII • Enero-Febrero • Núm. 759

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIII • Enero-Febrero 2017 • Núm. 759

REVISTA BIMESTRAL



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

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 013296281

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

Don Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Exdecano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Exdecano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

BAELO ÁLVAREZ, Manuel: «Significación e importancia de la primera modificación normativa del Código Civil en materia de adopción: Decreto de 10 de abril de 1937» / <i>Importance and Significance of Adoption in the Decree of 10 April 1937</i>	11
DE LA TORRE OLID, Francisco: «Tratamiento del <i>Ius Retentionis</i> . A favor de un mayor contenido y alcance, desde el régimen constitucional de los bienes de rendimiento económico» / <i>Approach of the Ius Retentionis. In favor of a greater content and range, from the constitutional regime of economical outpout goods</i>	47
VIGIL FERNÁNDEZ, Carlos: «Productos y rentas en el Código Civil» / <i>Products and rentals in the Civil Code</i>	85

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

QUESADA PÁEZ, Abigail: «La Directiva 2014/17/UE, un nuevo intento del legislador europeo para evitar los desahucios» / <i>Directive 2014/17/ EU, a new attempt by the european legislator designed to prevent evictions</i>	119
---	-----

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La imposición a plazo fijo» / <i>Fixed-term deposit</i>	145
YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Tercer Sector y fundaciones en el actual contexto concursal» / <i>Third Sector and foundations in bankruptcy</i>	169

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

PANAY CUYA, Max Adolfo: «Perú: Nuevas tecnologías en el servicio de inscripción registral. La firma digital» / <i>Peru: New technologies in the service registration. The digital signature</i>	209
---	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO.....	259
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar» / <i>Right to be heard and the maturity of the child: judicial protection in the family area</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	345
---	-----

1.2. Derecho de familia:

— «La patrimonialización del derecho de familia. La acción de reembolso entre progenitores por los alimentos del hijo común asumido en exclusiva por uno de ellos» / <i>The action of reimbursement between for progenitors for the expenses assumed one of them</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	370
---	-----

1.3. Derechos reales:

— «El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos» / <i>The surface right. Analysis of some of your legal problems</i> , por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ.....	404
---	-----

1.4. Sucesiones:

— «La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral	
---	--

y ordenamientos comparados» / <i>The preterition: among the freedom to make a will and the fundamental rights. The «foral» law and compared systems</i> , por Fernando CAROL ROSÉS	421
1.5. Obligaciones y Contratos:	
— «La desaparición del saneamiento por evicción en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa elaborada por la Comisión General de Codificación» / <i>Sanitation by eviction and its disappearance in the proposal for a bill to modify the Civil Code in matters of contract for the sale of goods made by the Spanish General Commission of Codification</i> , por Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA	448
1.6. Responsabilidad civil:	
— «La responsabilidad civil medioambiental desde la perspectiva del Derecho privado. Defensa del derecho de propiedad y medio ambiente privado / <i>Environment tort liability from the perspective of private law. Defense of property right and private environment</i> , por M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO.....	467
1.7. Concursal:	
— «Los efectos de la resolución del contrato de compraventa en el concurso de acreedores (A propósito de la STS de 19 de julio de 2016)» / <i>The effects of the termination of a purchase agreement in the insolvency proceedings</i> , por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES	491
2. MERCANTIL:	
— «La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés» / <i>The Ineffectiveness of Authority to Represent a Company as a Consequence of Violation of the Directors' Duty of Loyalty and Conflicts of Interest</i> , por Francisco REDONDO TRIGO.....	513
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «El incumplimiento obligado de la parcela mínima como supuesto de vinculación singular y no de fuera	

de ordenación» / <i>The mandatory nonfeasance of the minimum size of the plot as a case of singular linkage but nos out of regulation</i> , por Vicente LASO BAEZA	530
--	-----

4. DERECHO BANCARIO:

— «Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016» / <i>Control of the information and transparency obligations at pre-contractual and contractual stage regarding the floor clauses set forth in mortgage loans. The application of the transparency test when the banking client is not a consumer, in light of the judgment of the Spanish Supreme Court dated on June 3th, 2016</i> , por Sergio AGUILAR LOBATO	544
---	-----

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	573
----------------------------	-----

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Derecho de sucesiones: actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial», de PRATDESABA, R. y LAUROBA M. (dir.), por Santiago ARA-GONÉS SEIJO y Evelio MIÑANO GONZÁLEZ	581
«La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma», de MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	585

ESTUDIOS

Significación e importancia de la primera modificación normativa del Código Civil en materia de adopción: Decreto de 10 de abril de 1937

Importance and Significance of Adoption in the Decree of 10 April 1937

por

MANUEL BAELO ÁLVAREZ
Doctor con Mención Internacional
Prof. Dr. en la Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla
Universidad Católica San Antonio de Murcia

RESUMEN: Este trabajo aborda la importancia y la significación del Decreto de 10 de abril de 1937, por el que se derogaban todas las disposiciones del Capítulo V, del Título VII y del Libro I del Código Civil de 1889 relativas a la adopción.

El objetivo de este artículo será el de analizar la exégesis, la normatividad, la repercusión y la trascendencia de este Decreto en materia adoptiva, alejándonos de cualquier tipo de «precondición o prenoción» que pudiera sesgar nuestra tarea investigadora, con la intención de que esta sea lo más completa y fidedigna posible, ajustándose a la realidad del mismo en el momento de su promulgación.

Para ello, junto al meritorio aunque parcial análisis que realizó Germán GAMBÓN ALIX en el año 1960 (esta norma había sido denostada y relegada al ostracismo por ambos bandos) nos hemos adentrado en el ideario anarquista y *pro-infantia* de la época, en la figura de Juan GARCÍA OLIVER como

promotor del Decreto con D. Eduardo ORTEGA Y GASSET (Fiscal General de la República y hermano mayor del filósofo José ORTEGA Y GASSET) y con D. Mariano SÁNCHEZ-ROCA, en calidad de Subsecretario del Ministerio de Justicia, sumando las aportaciones doctrinales de los eximios civilistas D. Demófilo DE BUEN LOZANO, D. Gabriel BONILLA MARÍN, D. Rafael de PINA MILÁN y D. Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA.

Asimismo, hemos recogido y escudriñado las principales disposiciones contenidas en el Derecho de 10 de abril de 1937, una de las normas más conspicuas e innovadoras de la época que sirvió de base para transformar, entre otros, el Derecho Civil mexicano, al rebajar la edad para poder adoptar al *mínimum* de los treinta años, al unificar la adopción legal con el prohijamiento de los expósitos y asilados en los establecimientos dependientes de la Asistencia Social con el objetivo de facilitar el acogimiento y la adopción familiar, al incorporar el principio de revocación por disenso unilateral o bilateral por vía judicial, al asumir una moderna concepción de la paternidad adoptiva en base al interés de la infancia desvalida (ampliando las funciones de control de la idoneidad de los adoptantes y la publicación del procedimiento adoptivo mediante la creación de un Tribunal Familiar), exigiendo que el adoptando mayor de diez años siempre debía prestar su consentimiento para ser adoptado y al derogar gran parte de las interdicciones a la adopción del Código Civil, incluida la prohibición relativa a la existencia de descendientes legítimos, legitimados, hijos naturales reconocidos u otros hijos adoptivos (en base a la máxima justiniana *«adoptio naturam imitatur»*).

ABSTRACT: The present paper addresses the importance and significance of the Decree of 10 April 1937, which derogated all the provisions in Chapter V, of Title VII and of Book I of the Spanish Civil Code of 1889 relative to the adoption.

The purpose of this paper will be to analyze the exegesis, normativity, repercussion and significance of this Decree in relation to adoption. In order to do this, we will avoid any type of «precondition» that could bias our research work, with the intention that the latter is as complete and reliable as possible, and conformed to the reality of the Decree when it was passed.

To that end, along with the meritorious although partial analysis that Germán GAMBÓN ALIX did in 1960 (this regulation had been condemned and ostracized by both sides), we have studied the anarchist and pro-infantia ideology of the time, through the figures of Mr. Juan GARCÍA OLIVER as the promoter of the Decree with Mr. Eduardo ORTEGA Y GASSET (Attorney General of the Republic and older brother of the philosopher José ORTEGA Y GASSET) and with Mr. Mariano SÁNCHEZ-ROCA, as Subsecretary of the Ministry of Justice, together with the doctrinal contributions of the eminent civil lawyers Mr. Demófilo DE BUEN LOZANO, Mr. Gabriel BONILLA MARÍN, Mr. Rafael de PINA MILÁN and Mr. Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA.

In addition, we have compiled and examined the main provisions contained in the Decree of 10 April 1937, one of the most conspicuous and innovative norms of the time, that served as a basis for the transformation of, among others, the Mexican Civil Law. Such transformation was done by means of reducing the necessary age in order to be able to adopt to the minimum of thirty years; of unifying the legal adoption with the adoption of the abandoned and the fostered children in establishments depending on the Social Assistance with the aim of facilitating the family adoption; of incorporating the principle of revocation by unilateral or bilateral dissent in the courts; of assuming a modern concept of adoptive parenthood based on the interest of the helpless childhood (increasing the control of the suitability of the adoptive parents and the conversion into a public procedure of the adoptive procedure by means of the creation of a Family Court); of requiring the consent of the child that, being older than ten years old, is going to be adopted; and of derogating most part of the prohibitions to adopt in the Civil Code, included the prohibition relative to the existence of legitimate descendants, legitimated, natural sons that have been recognized or other adoptive sons (based on Justinian's maxim «adoptio naturam imitatur»).

PALABRAS CLAVE: Adopción. Código Civil. Decreto de 10 de abril de 1937. Juan García Oliver. Derecho Civil Mexicano. Tribunal Familiar.

KEY WORDS: Adoption. Civil Code. Decree of 10 April 1937. Juan García Oliver. Mexican Civil Law. Family Court.

SUMARIO: I. PROEMIO.—II. IDEARIO ANARQUISTA-PRO INFANTIA DEL DECRETO DE 10 DE ABRIL DE 1937.—III. PAPEL DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA. 1. PROMOTORES DEL DERECHO Y AFINES AL MINISTERIO DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL.—IV. LA ADOPCIÓN EN EL EXTRANJERO Y POR EXTRANJEROS.—V. LA SIGNIFICACIÓN DEL DECRETO DE 10 ABRIL DE 1937 Y LA IMPORTANCIA DE JUAN GARCÍA OLIVER. 1. PONENCIA AL CONGRESO DE LA CNT SOBRE EL NUEVO DERECHO A LA ADOPCIÓN. 2. EL ECO DE LOS PASOS. 3. EL DECRETO Y LA VISIÓN DE LA PRENSA.—VI. LA BASE NORMATIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN.—VII. LA REGLA DE CAPACIDAD Y CONDICIONES LEGALES REQUERIDAS PARA ADOPTAR: ADOPTANTE Y ADOPTADO.—VIII. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. INTERDICCIÓN Y PROHIBICIONES A LA ADOPCIÓN.—IX. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 1. EL USO DEL APELLIDO DEL ADOPTANTE. 2. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA. 3. DERECHOS SUCESORIOS Y *STATUS FAMILIAE*.—X. TRAMITACIÓN Y REGISTRO DEL EXPEDIENTE

ADOPTIVO.—XI. ADOPCIONES DE HUÉRFANOS, DESAMPARADOS Y PROHIJADOS POR LA ASISTENCIA SOCIAL.—XI. REVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN.—XII. EL DECRETO REPUBLICANO Y EL DERECHO COMPARADO: INFLUENCIA Y REPERCUSIÓN.

I. PROEMIO

Durante la cainita, cruenta y fratricida guerra que asoló a España entre los años 1936 y 1939, en la zona republicana y bajo la presidencia del gobierno de Francisco LARGO CABALLERO, el Ministerio de Justicia personificado en la figura del cenetista Juan GARCÍA OLIVER, promulgó el Decreto de 10 abril de 1937 (*Gaceta Republicana* núm. 103 de 13 de abril de 1937) por el que se derogaban todas las disposiciones del Capítulo V, del Título VII y del Libro I del Código Civil, aprobado mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889, al igual que el resto de normas sustantivas y adjetivas que se opusieran a lo reglamentado en el Decreto del Gobierno de la República, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Penal o la Ley provisional de Registro Civil de 1870, junto con el resto de Reglamentos que pudieran afectar a la filiación adoptiva¹.

Conforme a lo establecido en la breve alusión de la Base 5.^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, con la exigencia del doble requisito de escritura pública y aprobación judicial, se autorizaba la adopción «fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia» para incorporarse en el texto consensuado y articulado del Código Civil, conforme a la redacción definitiva del Real Decreto de 24 de julio de 1889, en el Capítulo V, del Título VII y del Libro I, hasta su posterior reforma con la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958, salvo el breve periodo temporal de vigencia con la finalización de la Guerra Civil y solamente en territorio republicano, del Decreto de 10 de abril de 1937 del Gobierno de la República por el que se modificaba el Código Civil, siendo esta la primera revisión del Real Decreto de 24 de julio de 1889 y de la institución adoptiva².

Para ello, hemos escudriñado numerosas fuentes archivísticas, impresas y hemerográficas, destacando los textos jurídicos y dogmáticos, junto con las colecciones de la *Gaceta de la República*, del *Boletín Oficial del Estado*, del Archivo General de la Administración, del Archivo Histórico Nacional, del Archivo Histórico del Colegio de Abogados de Madrid, del Fondo Hospital General de la Diputación de Valencia, del Archivo Regional de la Comunidad de Madrid, del Centro Documental de la Memoria Histórica, de la Fundación Pablo Iglesias, de la Fundación Anselmo Lorenzo, de la Fundación José Ortega

y Gasset, de la Biblioteca Nacional y del Archivo de la Comisión General de Codificación, al igual que las referencias y crónicas de la época, sumadas a las declaraciones oficiales, conferencias, discursos y mítines de los implicados en su redacción y promulgación.

Podemos adelantar que el Decreto de 10 de abril de 1937 ha sido una de las normas más conspicuas, innovadoras y excepcionales en el campo de la justicia, sin parangón entre los textos normativos de la época, al transformar la propia identidad y el significado de la adopción, modernizador y transgresor a la par, pero muy alejado de los postulados antagónicos, maniqueos e irreconciliables del momento (estatismo antifamilia del bloque social-comunista *versus* intervencionismo moralista del Bando Nacional) con el objetivo de afianzar un nuevo modelo adoptivo-familiar y centrarse en el interés superior del niño en situación de desprotección y desamparo (no solo orfandad) para integrarlo en un hogar familiar.

Denostada, olvidada, despreciada y relegada al ostracismo por ambos bandos (con sensibilidades políticas e ideológicas apuestas) la normativa republicana en materia adoptiva cayó en el más absoluto olvido doctrinal y académico, salvo el meritorio aunque parcial análisis que realizó Germán GAMBÓN ALIX en el año 1960, hasta su total abrogación por ser contraria a los principios informadores del nuevo Estado y del Movimiento Nacional mediante la Orden de 12 de agosto de 1938, la Orden-Circular de 19 de agosto de 1938, la Orden de 8 de marzo de 1939, la Orden de 24 de marzo de 1939 y la Ley de 4 de diciembre de 1941³.

II. IDEARIO ANARQUISTA-*PRO INFANTIA* DEL DECRETO DE 10 DE ABRIL DE 1937

Con el advenimiento de la Segunda República y en base a los principios del movimiento libertario-anarquista *pro infantia*, se produce una exaltación de las nuevas ciencias del niño, especialmente por la influencia de la asistencia social, el magisterio, la puericultura y la pedagogía (bajo la figura de Francisco FERRER GUARDIA) propugnando una nueva concepción de la maternidad como un instrumento de compromiso social, político y revolucionario.

Destacaban los escritos sobre la libertad individual de Piotr KROPOTKIN (*La conquista del Pan*), los manifiestos de Emma GOLDMAN sobre el matrimonio, la natalidad, la familia y la emancipación femenina, junto con el pensamiento filosófico y la cosmovisión anarquista de Mijail BAKUNIN relativa a la doctrina de la libertad y autonomía individual del niño como sujeto de derechos⁴.

«Los niños no son propiedad de nadie: ni de sus padres ni de la sociedad. Solo pertenecen a su propia libertad futura. Pero en los

niños esta libertad no es todavía real; es solo una libertad en potencia. Porque una libertad real, es decir, la conciencia plena y su realización en cada individuo, basada fundamentalmente en el sentimiento de la propia dignidad y en un auténtico respeto por la libertad y la dignidad de los otros, o sea basada en la justicia solo puede desarrollarse en los niños mediante un desarrollo racional de su inteligencia, carácter y voluntad»⁵.

Al mismo tiempo, tras el Desastre de Annual (22 de julio de 1921), la Guerra del Rif (1911-1927) y la Revolución de 1934 durante el bienio radical-cedista, surgen numerosas voces que abogaban por transformar definitivamente dicha institución, en la que debían pesar más valores como el altruismo, el sentimiento de generosidad, de ayuda mutua y la filantropía en el cuidado de la infancia desprotegida y desamparada (huérfanos y niños abandonados) convirtiéndose en una cuestión de primer orden ante la opinión pública.

Con la impronta del movimiento asociativo, aparecen las primeras agrupaciones de padres adoptantes que comulgaban con el credo anarquista *pro infantia*, exigiendo a las autoridades gubernamentales reformas legislativas encaminadas a modificar el Código Civil, como se puede colegir de las declaraciones de Lluís COMPANYS en la revista «Estampa», publicada el sábado 5 de mayo de 1934 y en la que se cuantificaba en más de 30.000 la cifra de niños adoptados en España, planteando que «la República estaba obligada a revisar los conceptos que sobre la patria potestad señala el Código Civil» para ampliar los derechos de los padres adoptantes y los beneficios de la institución adoptiva, al no tratarse «de un asunto sin importancia, sino algo muy serio que requiere una solución humana que evite los frecuentes dramas a que da lugar».

Cabe también señalar como desde la propia militancia, Federica MONTSENY, la primera mujer en ocupar una cartera ministerial de Sanidad y Asistencia Social, publicó en la Revista Blanca, entre los años 1925 y 1936 junto a sus padres Juan MONTSENY CARRET, alias Federico Urales y Teresa MAÑÉ MIRAVET, con el seudónimo de Soledad Gustavo, numerosos artículos en los que se podía traslucir esta temática *pro infantia* y su relación con la maternidad como derecho (incluida la adoptiva o social) destacando un breve opúsculo titulado «*El Derecho al hijo*» en el que Federica MONTSENY respaldaba el papel de la mujer como madre, finalizando con el siguiente alegato: «un hijo del amor, el hijo a que toda mujer tiene derecho, el hijo a que tú tenías derecho»⁶.

Igualmente, en la Revista Blanca, el periodista y escritor ácrata Mauro BAJATIERRA MORÁN difundió el cuento infantil «La Includerita» cuyo final resultaba premonitorio sobre la liberación de la infancia desprotegida y asilada «por la opresión de la Beneficencia mediante la filiación adoptiva», preconizando el ideario del Decreto de 10 de abril de 1937 (alejándose del estigma piadoso y caritativo que había tenido en tiempos pretéritos) tendente hacia la integración

familiar (abordaremos el concepto de familia del Decreto) para convertirse en un instrumento de compromiso social y político⁷.

«Mauricio pensó llevarse a la chiquilla sin más trámite ni más oficio que el derecho que su corazón le daba para terminar con la tortura de aquella pobre chiquilla.

¿Qué pensaba, no tengo derecho legal para ser padre de esta niña? Bueno, tampoco debieron tener derecho para tirarla los padres naturales. Ellos la abandonaron, yo la recojo. Que cada cual nombre juez a su conciencia y vea quién es el que obra en el sentir recto y humano.

Y si después la justicia de los hombres... ¡Bah, la justicia! Pensar que existe, es soñar como la pobre niña soñaba, en un ángel bueno.

Pochita, ya no es Pochita porque era un mote muy reo, ni tampoco se llamaba Espantaleona, nombre ridículo que la pusieron las «madres» de aquel purgatorio de almitas inocentes, donde unos padres con sentimientos que no tienen ni aun las fieras tiraron a su hijita. Ahora se llama Bienvenida, nombre bonito y cariñoso que Azucena, la mamá de Alelí y compañera de Mauricio, la puso al otro día de haber llegado del infierno de donde la sacara no un ángel, pero sí un hombre de pensar justo y buenos sentimientos. Alelí y Bienvenida van todos los días al colegio como dos buenas hermanitas, pues como dice mamá Azucena, no hace falta nacer de unos mismos papás para ser hermanos los niños: el cariño es una hermandad que une a todos, haciéndolos hermanos».

III. PAPEL DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA

Desde un plano estrictamente jurídico, pasaremos a enumerar los miembros de la Comisión Jurídica Asesora como organismo técnico que elaboró el proyecto de Decreto de 10 de abril de 1937, encomendado por el propio Juan GARCÍA OLIVER ocupando la cartera de Justicia, junto con D. Eduardo ORTEGA Y GASSET como Fiscal General de la República (hermano mayor del filósofo José ORTEGA Y GASSET, a la sazón mano derecha en asuntos jurídicos del Ministerio y uno de los más prestigiosos e influyentes letrados de la esfera nacional, siendo Decano del Colegio de Abogados de Madrid) y con D. Mariano SÁNCHEZ-ROCA, en calidad de Subsecretario del Ministerio de Justicia (promotor e ideólogo del Decreto)⁸.

Durante el periodo anterior a la redacción del Decreto por el que se modificaba el Código Civil en materia de adopción (1935-1936) en plena vigencia y funcionamiento, la Comisión Jurídica Asesora republicana, mediante Decreto núm. 82 de 22 de marzo de 1936 derogaba la Orden de 15 de febrero de 1935

que regulaba el funcionamiento de la Comisión y restablecía el Decreto fundacional de 6 de mayo de 1931, convertido en Ley en 30 de diciembre del mismo año. De esta Comisión Jurídica Asesora habían formado parte los principales tratadistas, notables letrados e ilustres civilistas de la época, como D. Ángel OSSORIO Y GALLARDO, D. Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA, D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, D. Joaquín DUALDE Y GÓMEZ, D. Melquiades ÁLVAREZ Y GONZÁLEZ; D. Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, D. Luis RUFILANCHAS SALCEDO, D. Obdulio MATILLA FERNÁNDEZ, D. Jerónimo GONZÁLEZ, D. Casto BARAONA, D. Adolfo POSADA, D. Luis JIMÉNEZ ASÚA, D. Joaquín GARRIGUES, D. Francisco BECEÑA, D. Agustín VIÑUALES, D. Manuel PEDROSO, D. José CASTÁN Y TOBENAS, D. Alfonso GARCÍA VALDECASAS, D. José XIRAU PALAU, D. Javier ELOLA, D. Manuel PÉREZ RODRÍGUEZ, D. Julio ABEJÓN TOVAR, D. Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO, D. José Manuel PUEBLA, D. Felipe FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ DE QUIRÓS, D. José Luis DÍAZ PASTOR, D. Nicolás ALCALÁ, D. Juan DÍAZ DEL MORAL, D. Luis SIERRA BERMEJO, D. José ANTÓN ONECA, D. Mariano RUIZ FUNES, D. Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, D. José SANCHÍS RENÚS, D.^a Matilde HUICI DE SAN MARTÍN, D. Luis FERNÁNDEZ CLÉRIGO, D. Antonio RODRÍGUEZ PÉREZ, D. Enrique RAMOS RAMOS, D. Hipólito GONZÁLEZ PARRADO, D. Francisco ROMERO OTAZO, D. Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, D. Ernesto IBÁÑEZ RIZO, D. José M.^a MENGUAL Y MENGUAL, D. Gil GIL Y GIL, D. Manuel RAVENTÓS NOGUER, D. Juan BAUTISTA GUERRA GARCÍA, D. Manuel LÓPEZ REY, D. José DÍAZ SAMA, D. Demófilo DE BUEN, D. Manuel CUEVAS y D. Valeriano CASANUEVA⁹.

Sin embargo, en la antesala de la Guerra Civil, mediante el Decreto núm. 173 de 21 de junio de 1936, D. Manuel BLASCO GARZÓN como Ministro de Justicia, sometió a debate las Bases de un Proyecto de Ley para revitalizar la Comisión Jurídica Asesora y dotarla de nuevas funciones y potestades, determinando que el nombramiento de los vocales debía ser realizado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia (muchos de los jurisconsultos que integraban la Comisión Jurídica Asesora, criticaron en sede parlamentaria estas Bases, pidiendo su derogación al menoscabar la independencia del Poder Judicial)¹⁰.

Así las cosas y por causa de fuerza mayor, finalmente las Bases no pudieron ser sometidas a la deliberación en la Cámara, manteniendo la Comisión Jurídica Asesora en plena contienda bélica, su vigencia y eficacia de forma intermitente (hasta que las Bases y el Proyecto de Ley, aunque con ciertas modificaciones, fueron aprobadas mediante Decreto núm. 219 de 6 de agosto de 1937 con D. Manuel DE IRUJO Y OLLO como Ministro de Justicia) siendo la Comisión Jurídica Asesora decisiva a la hora de redactar el Decreto de 10 de abril de 1937 por el que se modificaba el Código Civil.

1. PROMOTORES DEL DECRETO Y AFINES AL MINISTERIO DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

Entre los nombramientos promovidos por D. Juan GARCÍA OLIVER, D. Eduardo ORTEGA Y GASSET y D. Mariano SÁNCHEZ-ROCA, coincidentes con el periodo de elaboración del Decreto de 10 de abril de 1937, destacaban como Presidente de la Comisión Jurídica Asesora D. Benito PABÓN Y SUÁ-REZ DE URBINA, y como vocales, desde la magistratura del Tribunal Supremo, D. Agustín SÁNCHEZ MAESTRE, D. Abel VELILLA SARASOLA, D. José Antonio BALBONTÍN GUTIÉRREZ y D. José DIOSDADO PRAT GARCÍA (estos dos últimos, con sensibilidades social-comunistas)¹¹.

Huelga decir que otros destacados juristas que compartieron el ideario *pro infantia* y que participaron directa e indirectamente en la elaboración de este Decreto (especialmente, por su cercanía con la figura de Juan GARCÍA OLIVER, con la CNT-FAI y por su asesoramiento legal-doctrinal)¹² fueron el letrado y periodista D. Ángel SAMBLANCAT Y SALANOVA, al igual que D. Pedro VARGAS GUERENDIAIN como Presidente del Comité de Garantías Constitucionales, D. Luis ZUBILLAGA OLALDE como Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid, D. Mariano GÓMEZ Y GONZÁLEZ como Presidente del Tribunal Supremo, D. Francisco LÓPEZ DE GOICOECHEA como Magistrado del Tribunal Supremo y también como Decano Presidente del Colegio de Abogados de Madrid durante el inicio del Frente Popular, sumado a los letrados D. Eduardo BARRIOBERO Y HERRÁN, D. Pere BOSCH GIMPERA, D. Mariano ANSÓ ZUNZARREN, D.^a Mercedes COMAPOSADA GUILLÉN y especialmente los ilustres civilistas, tratadistas y académicos D. José María ÁLVAREZ-TALADRIZ MARTÍN, D. Luis GABRIEL PORTILLO, D. Demófilo DE BUEN LOZANO, D. Gabriel BONILLA MARÍN, D. Rafael de PINA MILÁN y D. Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA que dejaron su impronta doctrinal en el Decreto de 10 de abril de 1937¹³.

IV. LA SIGNIFICACION DEL DECRETO DE 10 ABRIL DE 1937 Y LA IMPORTANCIA DE JUAN GARCÍA OLIVER

Como puede apreciarse, es indudable el personalismo del Decreto de 10 de abril de 1937 en la figura de Juan GARCÍA OLIVER como anarquista y como Ministro de Justicia. Así lo pone de manifiesto en una entrevista realizada en París el día 29 de junio de 1977, y que reproducimos a continuación, en la que el propio Juan GARCÍA OLIVER hablando de su etapa como miembro de la FAI, de delegado del Sindicato Fabril y de su participación en la cartera del Ministerio de Justicia, estimaba sobre la ampliación del concepto de familia sanguínea como uno de los principios y objetivos del comunismo libertario hacia

la construcción de un nuevo orden social, siendo necesario replantear para tal fin la significación de la paternidad adoptiva¹⁴.

«Bueno, esto es una ley. Hice varias otras, y algunas de ellas venían precisamente a aplicar parte de la ponencia elaborada por el sindicato fabril sobre el concepto de comunismo libertario. Ejemplo: la ampliación del concepto de familia sanguínea a la familia por adopción. A causa de los bombardeos y destrucción de poblaciones, a causa de las evacuaciones, había entonces muchos niños abandonados y el porvenir de estos, si nadie los recogía, era ir a un asilo, para toda la vida en un asilo. Entonces formulé yo una ley que había de facilitar la adopción de niños menores, pues aunque pareciera mentira, eso no era precisamente nada fácil desde el punto de vista legal. Había que seguir trámites larguísimos que lo imposibilitaba, pues a veces el cumplimiento de las formalidades de adopción de un hijo duraban siete, ocho o diez años. Yo hice que fuese cosa posible en el acto».¹⁵

1. PONENCIA AL CONGRESO DE LA CNT SOBRE EL NUEVO DERECHO A LA ADOPCIÓN

Los argumentos que aduce Juan GARCÍA OLIVER, derivan de la ponencia redactada junto a Federica MONTSENY y Juan MONTSERRAT, que el Sindicato Fabril y Textil de Barcelona presentó al IV Congreso de la CNT celebrado en Zaragoza del 1 al 10 de mayo de 1936. Entre los acuerdos adoptados en materia de familia, reproducimos el dictamen relativo a la adopción y a la significación confederal del comunismo libertario como forma organizativa de la nueva sociedad.

«Conviene no olvidar que la familia fue el primer núcleo civilizador de la especie humana. Que ha llenado funciones admirabilísimas de cultura, moral y solidaridad humanas. Que ha subsistido dentro de la propia evolución de la familia en el clan, la tribu, el pueblo y la nación, y que es de suponer que, aun durante mucho tiempo, subsistirá. La Revolución no deberá operar violentamente sobre la familia, excepto en aquellos casos de familia mal avenida en las que reconocerá y apoyará el derecho a la disgregación.

Conclusión:

- 1) La familia estará basada en la afinidad y voluntad expresa de sus miembros.
- 2) La familia podrá ser natural, sanguínea y por adopción.
- 3) Mientras la familia subsista, los padres tendrán el derecho de tutela familiar sobre los hijos menores de edad. El tiempo de duración de la minoría de edad de los hijos, será regulado por el Congreso Confederal de Producción, Distribución y Derecho.

4) Los cónyuges serán iguales en derechos y deberes familiares. Pero en caso de disolución de la familia y de no avenencia entre los padres, será la Comuna quien decidirá en lo relativo a los hijos menores de edad»¹⁶.

2. EL ECO DE LOS PASOS

De la misma forma, tal y como se desprende de su obra autobiográfica *El Eco de los Pasos*, Juan GARCÍA OLIVER recoge íntegramente uno de los discursos pronunciados en el Teatro Apolo de Valencia el primero de enero de 1937 (acudieron destacados miembros del Gobierno, el Tribunal Supremo en pleno, miembros del Parlamento y de las representaciones diplomáticas, siendo esta una de las piezas oratorias de primer orden para abordar los objetivos del Ministerio en materia adoptiva) en el que exaltaba el valor de la familia por encima del estatismo, propugnando una significación libertaria, revolucionaria y libertadora de la niñez, de la infancia, de la adopción y de la familia.

«¿A quién creéis que beneficiaba este Decreto? Todo Decreto significa concesión o restricción de derechos y libertades. Pues bien, este decreto no era, podemos decirlo, en beneficio de los hombres y de las mujeres. Era un Decreto que concedía derechos a los que teniendo hijos o no teniéndolos, pudieran aumentar su familia. Era un Decreto que confiere derechos a los niños, a los chiquillos, a los que nunca fueron objeto de atenciones por parte de nadie. Es necesario dar facilidades para aquel que no tenga padre ni madre para protegerla. La familia, de todas las instituciones de la vida social, es la más antigua forma de la sociedad, y no desaparecerá hasta que la sociedad humana haya realizado la misión de convertir a todos los hombres en una familia. La familia no desaparecerá por consunción, sino por dilatación, por engrandecimiento. Y mientras la sociedad no realice el ideal de la gran familia humana, que el que no tenga padre, pueda tenerlo, si encuentra un hombre, un corazón generoso para serlo; que el que no tenga madre, pueda tenerla, sobre todo en estas circunstancias provocadas por esta guerra civil tan monstruosa en que tantos niños quedan abandonados por haber perdido el padre o la madre en los frentes o en los bombardeos de las ciudades. El que tenga, pues, corazón, el que tenga sentimientos elevados, que busque a los niños abandonados; búsquelos compañeros, quitándolos de los asilos, que los asilos son el estigma de los hombres, el estigma de la familia. El derecho correspondía los niños. Ya sé que a los niños les corresponden otros derechos. Bien está que aquel que carece de padre y de madre encuentre un padre

y una madre. Y pensaréis, lo pensamos. ¡Qué hay tantos niños que tienen padres y madres indignos, a los cuales se les deberá proteger de sus padres! Esto debiera realizarse»¹⁷.

3. EL DECRETO Y LA VISIÓN DE LA PRENSA

Tras su promulgación y difusión por la Gaceta Republicana el 13 de abril de 1937, los principales diarios de la zona republicana como *La Fragua Social*, *La Voz*. Edición Madrid, *Avance*. Diario Socialista de Asturias, *Nuestra Lucha*. Portavoz de la Juventud, *El Socialista*, *La Vanguardia* y *ABC*, valoraron muy positivamente su significación social, normatividad e ideario del Decreto¹⁸.

En último término y como destacaba el diario *El Pueblo*. Diario Republicano de Izquierdas, esta propensión colectiva hacia el bien, estimulada por el dolor —en palabras de Juan GARCÍA OLIVER— se venía manifestando «desde la iniciación del criminal movimiento fascista en muchos aspectos, pero acaso más acusadamente en lo que respecta al apoyo a la infancia y los huérfanos de la guerra civil. Y nada más justo y más satisfactorio para el Gobierno que atender los anhelos populares, sobre todo cuando, como en este caso, son expresión de tan elevadas reacciones de espíritu. Y ese es el fondo del nuevo decreto que tiende a facilitar la adopción de menores»¹⁹.

V. LA BASE NORMATIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE ADOPCIÓN

En primer lugar, debemos señalar que el Decreto de 10 de abril de 1937 por el que se derogaban las disposiciones del Código Civil en materia de adopción, gozaba de validez jurisdiccional en los territorios leales al Gobierno republicano, salvo lo dispuesto para Cataluña, que había contraído por vía estatutaria atribuciones en materia de Derecho de Familia e Infancia conforme a lo establecido en el artículo 11 del Estatuto de Cataluña del año 1932²⁰.

De este modo, la Generalitat de Catalunya mediante Decreto de 5 de diciembre de 1936 (con efecto retroactivo desde 19 de julio de 1936) transformó las funciones, utilidad social y naturaleza jurídica de la institución adoptiva, convirtiéndola en un instrumento bélico, político, ideológico y revolucionario en base a «las nuevas circunstancias que la Revolución impone (...) sujeta la adopción aún a moldes anacrónicos» siendo la primera regulación del Código Civil que se ejecutaba como Derecho foral, aunque supletorio del Derecho común para el territorio de Cataluña.

Partiendo de las innovaciones legislativo-familiares y registrales, con la proclamación de la Constitución de la República Española de 1931, estas se habían incorporado en el ámbito del Derecho privado, aunque durante su vigencia y *ex ante* la Guerra Civil, no habían afectado al Código Civil en materia de adopción, salvo aquellas de forma accesorias, tales como la Ley de Matrimonio Civil y el Decreto relativo a las inscripciones de nacimientos en el Registro Civil de 5 de febrero de 1932.

Conforme al artículo 43 de la Constitución, se establecían de un modo sumario los principios en que había de inspirarse el ordenamiento jurídico español en materia familiar; manteniendo una postura doctrinaria similar al artículo 119 de la Constitución de Weimar de 11 de noviembre de 1919, ya que el legislador se limitaba a sentar las bases para futuras reformas normativas, empero solo declaraba en relación a la institución familiar (sin llegar a definir qué se entiende por familia) su protección constitucional, consagrada «bajo la salvaguardia especial del Estado, obligado a proteger y asistir a la infancia y a la maternidad»²¹.

En definitiva, bajo esta fórmula universalista en materia familiar, se enmarcaba la profunda reforma del Código Civil y del derecho de adopción mediante el Decreto de 10 de abril de 1937, para ello se anularon todas las disposiciones del Real Decreto de 24 de julio de 1889, tanto sustantivas como adjetivas que pudieran contravenir lo establecido en el Decreto republicano, junto con las resoluciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Código Penal, de la Ley provisional de Registro Civil de 1870 y de los Reglamentos auxiliares en materia adoptiva.

Ello obedecía, tal y como se manifestaba el legislador en la Exposición de Motivos, a la fragmentación sociopolítica y al cariz de los acontecimientos, siendo necesaria una nueva regulación porque «en los periodos de honda convulsión de los pueblos, es evidentemente, cuando se manifiesta de modo más inequívoco y expresivo toda la grandeza del alma popular. El sentimiento de solidaridad, de ayuda mutua, de asistencia recíproca, pura y noblemente matizada (...) que se viene manifestando desde la iniciación del criminal movimiento fascista, pero acaso más acusadamente en lo que respecta al apoyo, asistencia y protección hacia la infancia desvalida y singularmente hacia los huérfanos de la Guerra Civil»²².

VI. LA REGLA DE CAPACIDAD Y CONDICIONES LEGALES REQUERIDAS PARA ADOPTAR: ADOPTANTE Y ADOPTADO

La regla de capacidad se mantenía vigente conforme a lo establecido en el artículo 173 del Código Civil, y en consonancia con el artículo primero del Decreto de 13 de abril de 1937, autorizando la adopción a todos aquellos ciudadanos

que se hallen en plenitud del uso de sus derechos civiles, estando presentes las exclusiones que facultaba el artículo 32 del Código Civil, relativas a la personalidad jurídica, a la minoría de edad, a la situación de imbecilidad, sordomudez, prodigalidad e interdicción civil (según recogía el art. 48 del Código Penal) y demencia aunque durante su enfermedad se presentasen intervalos de lucidez.

Igualmente, se exigía que los adoptantes hubieran cumplido el *mínimum* de treinta años (en el caso de uniones o matrimonios, bastaba que uno de los miembros/cónyuges hubiera alcanzado dicha edad) sustituyendo el límite de los cuarenta y cinco años que imponía el extinto Código Civil de 1889. A ello se sumaba, que mediara entre ambos miembros/cónyuges una diferencia de edad de al menos quince años. Esta modificación, tal y como establecía el Preámbulo de la norma, obedecía a la necesidad «de atender e interpretar los anhelos populares, sobre todo cuando, como ocurre en el caso actual, son expresión de tan elevadas reacciones del espíritu, el presente Decreto tiende a imprimir a la adopción la adecuada flexibilidad que reclama el momento presente, estimándose necesario rebajar la edad».

En consecuencia, el legislador republicano estimaba en el Preámbulo del Decreto, que el artículo 173 del Código Civil que había sido derogado, no solo excluía a muchas familias y personas que por no contar con esa edad, no podían formalizar legalmente una adopción, sino que además quedaba esta «con menos probabilidades de producirse, ya que pasados los cuarenta y cinco años pocas habían de ser las personas que no se hubieran creado ya un hogar y unas preocupaciones que alejaban la posibilidad de adoptar niños en su familia».

La diferencia de edad entre adoptante y adoptado se mantenía en los quince años, en base a que las relaciones y los vínculos entre ambos debían ser única y exclusivamente las paterno-filiales (no de naturaleza distinta). Lo que no incorporaba el Decreto de 10 de abril de 1937, era una diferencia máxima de edad sin formular excepción alguna al respecto, pudiéndose en la práctica constituir adopciones con edades muy superiores a las que normalmente median entre padres e hijos *in natura*, aunque entendemos que esta edad superior, debería ser valorada por vía judicial de conformidad con el interés del adoptado y en virtud de las facultades que se esperaban del Alto Tribunal familiar (el legislador republicano preveía esta figura, pero todavía no estaba constituido ni proyectado formalmente).

Más aún, el Alto Tribunal familiar sería competente para dispensar el requisito de edad de treinta años al adoptante, siempre y cuando, el adoptado hubiera sido acogido «con tres años de anterioridad y aparezca que durante ese plazo, se le ha tenido en concepto de hijo».

A su vez, debía comprobar y evaluar las condiciones personales, medios de vida, profesión u oficio, datos sobre el régimen familiar y «todo aquello que pueda significar, tanto garantía moral como aseguramiento económico para la vida y educación del adoptado» bajo las virtudes cívicas que preconizaba la

Constitución de 1931 y modernizando las funciones de control de la idoneidad de los adoptantes en beneficio del adoptado.

Sobre los requisitos exigidos al adoptado, del análisis realizado por Germán GAMBÓN ALIX, este consideraba que el texto del Decreto de 10 de abril de 1937 presenta una «mayor rigidez que el Código Civil, ya que responde a la moderna idea de que la adopción se ordena en interés de la infancia, ya que solo admite que recaiga sobre menores e incapaces»²³.

Por consiguiente, el artículo cuarto determinaba que la adopción solo debía recaer en menores e incapaces, siendo el límite la mayoría de edad en los primeros, aunque la Exposición de Motivos del Decreto anarquista enfatizaba el amparo de la niñez, eliminando toda posibilidad de adopción a los mayores, salvo claro está, a los incapaces con independencia de su edad.

Ahora bien, se precisaba del consentimiento para formalizar la adopción de las personas (omitía la referencia a ambos progenitores/cónyuges y las previsiones del Código Civil), de los representantes legales y de las entidades bajo cuyo amparo se hallasen, en su caso, los menores e incapaces, pudiendo ser sustituido este consentimiento por el dictamen favorable del Ministerio Fiscal cuando estos se encontraran en situación de total desamparo.

Por lo demás, si el menor adoptado hubiera cumplido los diez años de edad y fuera capaz de discernimiento, sería necesaria su personal aquiescencia, prestando directamente su consentimiento para la adopción. Esta prestación del consentimiento suponía una enorme innovación jurídica en nuestro Derecho, ya que el Código Civil solo exigía el consentimiento llegada la mayoría de edad, evitando que el menor fuera adoptado contra su voluntad, empero se presuponía en el Decreto de 10 de abril de 1937 que los diez años significaban el límite entre la capacidad de obrar, de pleno discernimiento y suficiente juicio.

VII. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Aunque nada establecía el Decreto de 10 de abril de 1937 sobre la condición jurídica de la paternidad adoptiva en el extranjero y por extranjeros, entendemos de este silencio, que el artículo 27 del Código Civil se mantenía en vigor y quedaba subsistente, permitiendo la adopción de los ciudadanos extranjeros (no nacionales) en territorio republicano en igualdad de condiciones, según ordenaban los artículos 14 y 23 de la Constitución de la República, al equiparar en cuanto al disfrute de los derechos civiles privados a los extranjeros con los súbditos nacionales²⁴.

Todas las dificultades que la adopción causase en el orden internacional serían solventadas por la Ley nacional de los interesados, rigiendo la adopción aún en aquellos países donde no se admitiese como institución jurídico-familiar. Para de-

terminar la capacidad del adoptante se tenía en cuenta su Ley nacional respectiva, y por el marcado carácter contractual de la misma, los efectos jurídicos de dicha institución se regían conforme a la Ley libremente elegida por los interesados.

Sobre la competencia de los tribunales, respetando la ley nacional de las partes, serían las formas procesales del litigio contenidas en su propia Ley, a las que el Juez se debía ajustar (*lex fori*).

En cuanto a las formalidades, se utilizarían las exigidas por la Ley del lugar dónde se verifique y otorgue la adopción (*locus regit actum*) admitida por el artículo 11 del Código Civil español de 1889 de conformidad con los artículos 51, 55, 63 regla 5.^a y 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de febrero de 1881²⁵.

La importancia de la Adopción Internacional durante este periodo, la podemos constatar en la investigación de Manuel BAELO ÁLVAREZ relativa a los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica, recabando numerosos testimonios gráficos de adopciones formalizadas por ciudadanos extranjeros, destacando la mediática adopción de un niño de origen vasco, Kerman Iriondo, por parte de Eleanor Roosevelt (primera dama de los EE.UU) tal y como ponían de manifiesto *The Sunday Times* y *The Australian Women's Weekly*²⁶.

VII. INTERDICCIÓN Y PROHIBICIONES A LA ADOPCIÓN

El Decreto de 10 de abril de 1937 suprimía al mínimo las interdicciones para adoptar del artículo 174 del Código Civil, relativas a la prohibición de los eclesiásticos, a los que tuviesen descendientes legítimos o legitimados y del tutor respecto a su pupilo hasta que hubieran sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

Los argumentos y la justificación, los encontramos en el Preámbulo del Decreto, al considerar que la revocación de las prohibiciones correspondientes a la adopción del Código Civil de 1889, eran fruto de «los anhelos populares, sobre todo cuando, como ocurre en el caso actual, son expresión de tan elevadas reacciones del espíritu, el presente Decreto tiende a imprimir a la adopción la adecuada flexibilidad que reclama el momento presente».

Por su parte, Germán GAMBÓN ALIX no comprendía la anulación del impedimento del Decreto de 10 de abril de 1937 relativa la adopción del pupilo por su tutor mientras este desempeñaba el cargo y no se hubieran rendido cuentas de la gestión²⁷. Dicha prohibición que se remontaba al Digesto, Libro I, Título VII, XVII, I y a la Ley 6.^a, Título 18, Partida 3.^a atendía a razones de precaución, moralidad, justicia e interés del tutelado, argumentos todos ellos «prácticos de prevención muy atendibles» con el objetivo de proteger a aquellos menores e incapaces no sometidos a la patria potestad o necesitados de ayuda «completándose su capacidad con la tutela como institución cuasi-familiar, natural y espontánea a cuyo ejemplo debe las enseñanzas que la guían en las

organización de las asociaciones civiles». Asimismo, con la supresión de esta interdicción, quedaba revocada la exigencia de los artículos 278 y 287 del Código Civil de 1889 sobre el cese automático de la tutela²⁸.

No obstante, el artículo tercero del Decreto de 10 de abril de 1937 mantenía el criterio de unicidad, mediante el cual nadie podría ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso de la adopción conjunta, es decir, por ambos cónyuges de un mismo matrimonio, excluyendo como ordenaba el Código Civil de 1889 las adopciones simultáneas y evitando que el adoptado (menor o incapaz) se hallase bajo la patria potestad de otra tercera persona.

De este modo, se prohibía la existencia de varios adoptantes, por ejemplo, dos personas que vivan separadamente, sin constituir una unidad afectivo-familiar bajo la forma matrimonial o intencionalidad de su formalización mediante el Decreto de misma fecha que el adoptivo, en concreto el Decreto de 10 de abril de 1937 que regulaba las uniones civiles celebradas a partir del 18 de julio de 1936 con su correspondiente inscripción en el Registro Civil²⁹.

Resulta significativo como esta interdicción contradecía su propia significación social y la razón de ser del Decreto, ya que la misma servía para legitimar la máxima justinianeas «*adoptio naturam imitatur*» y, a su vez, fundamentaba la adopción *in solatium* de los matrimonios que naturalmente (*in natura*) no podían tener hijos³⁰.

Subsistía la adopción o parentesco civil/legal como impedimento matrimonial dentro de la legislación civil, al ser una disposición complementaria a la Ley de 28 de junio de 1932 que regulaba el matrimonio civil en España (oponiendo al matrimonio canónico efectos civiles).

No obstante, este impedimento se podía dispensar mediante licencia y previo consentimiento del padre adoptante, o en su defecto, de las personas de la familia natural a quien corresponda. La solicitud de la licencia se cursaría mediante documento que se hubiera autorizado ante Notario civil (incluido también un Notario eclesiástico, aunque la jurisdicción civil era la única competente para resolver las cuestiones relativas a la Ley de 28 de junio de 1932) o ante el Juez municipal del domicilio del solicitante³¹.

Finalmente, la prohibición relativa a la existencia de descendientes legítimos, legitimados, hijos naturales reconocidos u otros hijos adoptivos, presente *ex tunc* desde la etapa justinianeas y en base al proemio «*adoptio naturam imitatur*» o relación análoga a la paternidad natural, no significaba en el Decreto anarquista impedimento alguno, dejando la puerta abierta a la adopción sin restricciones en el caso de que el adoptante tuviese ya hijos (aunque era necesario certificar tales extremos en el expediente de adopción, para valorar la conveniencia de esta en beneficio del adoptado).

Se trataba, en efecto, de asumir una moderna concepción de la paternidad adoptiva en base al interés de la infancia desvalida basada en la consonancia, el anhelo y el deseo de ser padres (creando un pseudo-Derecho a la adopción

y a la maternidad) pudiendo perfectamente el adoptante que ya tuviera hijos, asumir el cuidado y la protección de un nuevo vástago, incrementando considerablemente el número de familias que podrían adoptar a un niño en situación de desprotección (recordemos el ideario del Decreto republicano) máxime en una situación de confrontación civil. Ello explicaba que atendiendo e interpretando los anhelos populares, tal y como manifestaba el legislador, «son muchos los españoles que, llevados de este humanitario deseo y con el convencimiento de que la razón del afecto está muy por encima de la Ley de la Sangre».

Únicamente el artículo sexto del Decreto de 10 de abril de 1937 y en relación al Código Penal de 1932, prohibía de forma expresa la adopción a aquellos que tuvieran descendientes legítimos y sobre los que constase a instancia de la autoridad gubernativa, una situación grave de abandono, negligencia e incumplimiento de los deberes legales de asistencia y cuidados propios de tal condición.

VIII. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

La adopción en el Decreto frentepopulista, ocasionaba los efectos siguientes: 1.º El adoptado podría usar el apellido del adoptante si así aparecía reflejado en el auto de adopción; 2.º Derecho recíproco a alimentos; 3.º El adoptado y sus descendientes adquirirían derechos sucesorios sobre la herencia del adoptante, equiparando a la filiación adoptiva con la filiación por naturaleza.

1. EL USO DEL APELLIDO DEL ADOPTANTE

El derecho a ostentar los apellidos del adoptante o adoptantes, dependía de lo que se hubiera estipulado en el auto de adopción y que potestativamente se hubiera aprobado por vía judicial.

A *contrario sensu* del artículo 175 del Código Civil y de las resoluciones del Ordenamiento registral³², aunque el apellido no se adquiría por ministerio de la Ley ni de forma automática, en el artículo séptimo del Decreto de 10 de abril de 1937 se disponía en el auto que ponga fin al expediente de adopción, que apareciese reflejado, previo pacto *inter partes*, el uso de los apellidos del hijo adoptivo junto con los demás condicionantes que merezcan aprobación judicial (facultad atribuida al ordenamiento jurisdiccional) sin establecer preferencia ni prioridad alguna.

2. LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA

Sobre el deber recíproco de suministro y protección de alimentos o «deuda alimenticia», el artículo octavo del Decreto de 10 de abril de 1937 entendía esta obligación «con igual extensión y preferencia que los padres y los hijos».

No obstante, en el artículo décimo se ordenaba que este socorro mutuo no afectara a los derechos de alimentos que correspondían al adoptado con su familia de origen ni a los de los parientes de sangre (familia *in natura*) del adoptado.

Así las cosas, en el supuesto de reclamación de alimentos del padre adoptivo y de los parientes de sangre del adoptado, sería el Alto Tribunal de Familia (nueva atribución designada por el Decreto de 10 de abril de 1937) el único órgano jurisdiccional competente para resolver la prestación alimenticia a su «prudente arbitrio» con el objetivo de determinar el orden de alimentos, beneficiarios y la cuota respectiva con la «que haya de contribuir cada uno de ellos».

3. DERECHOS SUCESORIOS Y *STATUS FAMILIAE*

El artículo noveno del Decreto republicano de 1937, concedía derechos sucesorios sobre la herencia del adoptante, al adoptado y a sus descendientes salvo que en el «pacto sucesorio» (esta figura también aparecía recogida en el artículo 177. 4 del derogado Código Civil) se determinara lo contrario, en cuyo caso, el adoptado carecería de todo derecho sucesorio, siempre que así lo determinara la preceptiva autoridad judicial.

En cambio, el derecho sucesorio del adoptante (en sentido inverso) estaba subordinado a que al morir *ab intestato* el adoptado, no quedasen parientes en línea recta, hermanos ni cónyuge supérstite, y además, a que el derecho en cuestión no hubiera sido excluido en el acto de adopción³³.

También recogía este artículo una adicción particular a los efectos de equiparar formalmente a los hijos adoptivos (filiación adoptiva) con los hijos naturales del adoptante, ocupando la misma posición sucesoria, con el objetivo de adecuar la legislación española con la de los ordenamientos jurídicos más conspícuos.

Igual importancia se daba a la concesión de un cierto *status familiae* y de parentesco civil, que ya había sido recogido previamente en la Legislación tributaria y en la Ley de Accidentes de Trabajo, junto con la defensa argumental en el Preámbulo del ideario adoptivo de la II República³⁴, ante «la necesidad de fortalecer la posición jurídica del adoptado, concediendo a este aquellos derechos familiares y sucesorios propios de un hijo que, con criterio casi unánime, le reconocen las legislaciones extranjeras y que inexplicablemente le había regateado el Código español».

Es un antecedente de esta equiparación, lo dispuesto en el artículo 25 del texto constitucional, relativo al capítulo primero, *Garantías individuales y políticas*, del título III, Derechos y deberes de los españoles, en cuanto establecía que no podía ser fundamento de privilegio jurídico la filiación. Aunque el legislador reconocía diferentes posiciones jurídicas (ya sea hijo adoptivo o natural) se deduce una equiparación absoluta por vía constitucional.

Sobre la adquisición de los derechos de patria potestad sobre el adoptado, el Decreto de 10 de abril de 1937 no hacía referencia alguna a los mismos, aunque era evidente que la adopción creaba vínculos legales de filiación entre adoptante y adoptado, centrándose en el interés del adoptado y en la obligación de los nuevos padres de prestar a sus hijos el auxilio que han menester en su crianza, fortaleciendo «su posición jurídica» (como regulaba la Exposición de Motivos) ya que, en atención al «nuevo marco normativo, ideológico y revolucionario que inspiró la Segunda República», Luis RIERA AISA confirma sobre la patria potestad que esta encontraba su fundamento en la «relación jurídica bilateral entre los sujetos de la misma, sin vestigios del pasado en que únicamente era una relación jurídica unilateral, ya que sus derechos se establecían solamente en interés del que la ostentaba»³⁵.

IX. TRAMITACIÓN Y REGISTRO DEL EXPEDIENTE ADOPTIVO

El «*modus procedendi*» de la adopción se establecía en el artículo quinto, determinando que la adopción se iniciase por el adoptante ante el Tribunal de Familia competente; empero mientras no se constituyeran estos tribunales, deberían conocer los asuntos de adopción los Juzgados de Primera Instancia por razón de domicilio.

Mediante escrito consignado en una instancia de adopción, figuraban las condiciones personales del solicitante y, de modo especial, acompañado de todo cuando se pudiera relacionar con sus medios de vida, la existencia de hijos legítimos o legitimados, la profesión u oficio, datos sobre el régimen familiar que tuviera constituido (con independencia de su estado civil)³⁶ y de aquellas circunstancias o documentos que pudieran significar tanto garantía moral y material (aseguramiento económico) para la vida y educación del adoptado, a efectos de garantizar su utilidad total para el bienestar del adoptando³⁷.

Iniciado el expediente, el Tribunal de Familia debía comprobar, bajo su responsabilidad, por los medios más eficaces y oportunos a su criterio, la exactitud y veracidad de tales extremos, acreditando igualmente el cumplimiento de los requisitos legales y de la documentación aportada.

Con tal fin, hemos localizado en numerosos expedientes de adopción y prohijamiento, certificados que acreditaban tales circunstancias, ya sean de buena conducta expedidos por la autoridad civil correspondiente (generalmente los Consejos Municipales y las Alcaldías), actas matrimoniales civiles, oficios sindicales y políticos en los que se certificaba la afiliación de los solicitantes, certificados empresariales en lo que se cuantificaba la retribución íntegra mensual, informes testificales solicitados por los Consejos Provinciales y los Establecimientos de Asistencia Social, actas del Registro Civil para informar de la existencia de hijos *in natura*, e incluso, documentos notariales en los que

se «demostraba la adicción al Régimen republicano y demostrado desde antes del movimiento subversivo su antifascismo».

Posteriormente se elevaba el referido expediente ante el Ministerio Fiscal de la Audiencia del territorio por razón de domicilio, para lo cual el Tribunal de Familia dictaba el auto de adopción en el que se debían consignar los motivos que justificaban la adopción (teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos séptimo y decimotercero del Decreto de 10 de abril de 1937) al igual que si esta era útil, beneficiosa y ventajosa para el adoptado.

Estimaba el artículo sexto que si el adoptante tuviera descendientes, el Tribunal no podría consentir la adopción, sin que se explorase la voluntad de sus hijos mayores de catorce años y estos asintieran la adopción, oídos en proceso separado entre ellos. Si fuesen menores de catorce años o estuviesen incapacitados, con independencia estos últimos de su edad, el consentimiento debía ser provisto ante el mismo Tribunal por el pariente o parientes que, a su juicio, pudieran defenderlo.

Ante la falta de voluntad, consentimiento y utilidad de la adopción, el Tribunal podría rechazarla y no continuar el expediente judicial si considerase que esta ocasionaría a la descendencia grave perjuicio, no justificable por el notorio abandono en que habría tenido la misma al adoptante.

Señalar que el Decreto de 10 de abril de 1937 suprimía la obligatoriedad de la instrucción del procedimiento ante Notario y la elevación del otorgamiento de escritura pública como requisito esencial para que la adopción tuviera efecto. De este modo, la función legitimadora, ratificadora y autenticadora en la adopción (obteniendo así la máxima seguridad jurídica) de la fe pública notarial desaparecía, ya que su formalización no precisaba de escritura, bastando simplemente el auto judicial para tal fin.

Aprobada definitivamente la adopción por el Juez encargado al efecto, ya sea por el Tribunal de Familia o por el Juzgado de Primera Instancia, se debía inscribir en el Registro Civil correspondiente por lugar de nacimiento del adoptando (si bien la solicitud podía formularse en el Registro del domicilio de quien lo solicite, como se desprende de lo establecido en el artículo 60.4 de la Ley provisional de Registro Civil de 1870) anotando al margen de la inscripción de nacimiento (sin revelar dato alguno sobre la filiación del menor, conforme al Decreto relativo a las inscripciones de nacimientos en el Registro Civil de 5 de febrero de 1932 y al párrafo quinto del artículo 43 de la Constitución republicana de 1931)³⁸.

X. ADOPCIONES DE HUÉRFANOS, DESAMPARADOS Y PROHIJADOS POR LA ASISTENCIA SOCIAL

También derogaba el Decreto de 10 de abril de 1937 en su artículo decimocuarto, las disposiciones relativas al prohijamiento de expósitos, huérfanos,

desamparados y de niños tutelados por la Beneficencia (rebautizada por el Gobierno republicano con el término de Asistencia Social)³⁹ suprimiendo en materia adoptiva el Decreto XL de 27 de diciembre de 1821 relativo al Establecimiento General de Beneficencia (y su modificación en el Reglamento de Beneficencia de 6 de febrero de 1822 y sigs.) los artículos 65 a 70 de la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822, de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y su doctrina recogida en el Reglamento de 14 de mayo de 1852, especialmente los artículos 22 a 25 de las Instrucciones de 27 de abril de 1875 y de 27 de enero de 1885, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1889 y en lo dispuesto en los artículos 212, 303 y 1976 del extinto Código Civil de 1889⁴⁰.

En virtud de lo establecido en el Decreto de 21 de noviembre de 1936 por el que se disolvían las Juntas Provinciales de Beneficencia y en la Orden de 15 de marzo de 1937 para suprimir este organismo⁴¹, se instauraba en España un nuevo modelo de asistencia a la infancia y de adopción familiar frente al «sistema conventual y arcaico» —en palabras de Federica MONTSENY— que convertía «la asistencia y solidaridad a los que sufren, a los que padecen, en algo humillante y deprimente»⁴².

Corrigiendo a la legislación civil anterior, el Decreto de 10 de abril de 1937 por el que se modificaba el Código Civil en materia de adopción, recogía este espíritu normativo en su artículo decimocuarto, unificando la adopción legal con el prohijamiento de los expósitos y asilados en los establecimientos dependientes del Asistencia Social (mismos efectos, deberes y obligaciones en base al interés del adoptado).

Como si de un acogimiento preadoptivo se tratase, con tal fin el Decreto facultaba a los responsables y funcionarios administrativos de los establecimientos anteriormente mencionados, para facilitar las adopciones y poner a sus asilados al amparo de una familia (así se refiere textualmente el Decreto). El propósito, como se ponía de relieve en muchos de los expedientes de adopción consultados, «era dar prueba del evidente cariño que los padres tienen por los acogidos, y que por no contar con los requisitos exigidos en el Código Civil, recientemente el Gobierno legítimo de la República en Decreto de 10 de abril de 1937, ha decretado la transformación esencial de las disposiciones de aquel Cuerpo legal a los propósitos sentidos por los que suscriben de adoptar como hijo al acogido, atemperándose a lo preceptuado en el artículo 14 en relación con las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a del referido Decreto»⁴³.

A este respecto, se ordenaba que el Tribunal Familiar debía necesariamente preguntar al prohijante o prohijantes si deseaban dar a su acto protector el carácter formal de una adopción, y en caso afirmativo, deberían remitir los antecedentes de estos al Tribunal de Familia para instruir de oficio el oportuno expediente de adopción y su posterior aprobación conforme a lo establecido en el Decreto de 10 de abril de 1937.

A su vez, implantaba con carácter retroactivo esta modalidad adoptiva, ya que en la Disposición Transitoria Tercera, preceptuaba a la administración de los establecimientos de la Asistencia Social el requerimiento de las personas con niños acogidos *ex ante* la promulgación del Decreto republicano, al objeto de que manifestasen si deseaban legalizar este acogimiento para convertirlo en legal forma como adoptivo, prestando de este modo su asentimiento conjunto, cumpliendo los requisitos de edad, capacidad y utilidad junto con la personal aquiescencia como prescribía el artículo cuarto del Decreto de 10 de abril de 1937⁴⁴.

Al respecto, ante el considerable número de expósitos y huérfanos dependientes de los establecimientos provinciales de la Asistencia Social, hemos cuantificado y contabilizado entre el 13 de abril de 1937 y el 1 de marzo de 1939, más de setenta expedientes de prohijamiento y solicitudes de adopción en los Servicios de Beneficencia, Sanidad y Asistencia Social de la Diputación Provincial de Madrid conforme al artículo 14 del Decreto de 10 de abril de 1937.

XI. REVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN

Por lo que respecta a los imperativos de la naturaleza contractual de la paternidad adoptiva, el legislador republicano incorporaba expresamente el principio de revocación de la adopción por disenso unilateral o bilateral, ante la «necesidad misma de proteger en todo momento el interés del hijo adoptivo» y frente a la doctrina tendente en nuestro Derecho hacia la irrevocabilidad salvo en las causas previstas de ineficacia, de nulidad, anulabilidad por vicios del consentimiento e impugnación por tercero del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁵.

En su artículo duodécimo, ordenaba el Decreto de 10 de abril de 1937 que la adopción se pudiera revocar bilateralmente (siendo el adoptado plenamente capaz) sin más requisito que el acuerdo de voluntades entre ambas partes; o de forma unilateral, ya fuera en consideración al adoptante y a su instancia mediante oficio del Tribunal de Familia por concurrir alguna de las causas de desheredación de los hijos u otra cualquiera de gravedad análoga.

En consideración al menor adoptado, sería igualmente el Tribunal familiar el que a su propia instancia (también a la de otra tercera persona con interés legítimo en el asunto) podría iniciar la revocación, si se acreditaban serios motivos que a juicio del Tribunal pudieran hacer necesaria o beneficiosa para el adoptado dicha revocación, lo que equivaldría a la «causa justa» referida en la doctrina civilista de la época⁴⁶.

En último término, y si el Tribunal de Familia lo consideraba oportuno para el interés del que había sido hijo adoptivo, se podía decretar una compensación y obligación alimenticia para atender a su subsistencia, en consonancia con lo

establecido en el Capítulo IV, Sección Tercera relativa a los alimentos (presunción de culpabilidad por el doble desamparo *ex novo*) y de forma equiparable como así lo ordenaba la Ley relativa al Divorcio de 11 de marzo de 1932.

XII. EL DECRETO REPUBLICANO Y EL DERECHO COMPARADO: INFLUENCIA Y REPERCUSIÓN

Hemos constatado que el legislador republicano a la hora de normativizar la adopción no utilizó un único modelo teórico, a *contrario sensu* apenas recogía los paradigmas revolucionarios y estatistas propios del Derecho soviético (recordemos la influencia de las tesis anarquistas españolas y *pro infantia* del mismo)⁴⁷ afianzando los postulados teóricos de los principales civilistas de la época relativos al cuidado, protección y amparo de los niños huérfanos y desvalidos dentro del ámbito familiar.

Dicho esto, en cualquier caso, es pertinente subrayar la influencia del Derecho comparado, especialmente las normas y tratados civiles de Iberoamérica, previas incluso a la promulgación del Código Civil de 1889, junto con la incorporación de aquellos principios más innovadores del códigos civiles de Francia, Inglaterra y Suiza relativos a la edad del adoptante, a la aquiescencia y consentimiento del adoptado, a la equiparación de derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, la ruptura del principio «*adoptio naturam imitatur*» y a la revocación/disenso unilateral-bilateral de la filiación adoptiva.

Del Derecho francés, tras la reforma del Código Civil mediante la Ley de 19 de junio de 1923, la adopción se consagraba en su artículo 344 destinada a menores e incapaces, separando al adoptado de su familia natural para depender de la patria potestad del adoptante, equiparando a los hijos adoptivos con los naturales en orden del derecho recíproco de alimentos y a los efectos sucesorios, junto con la posibilidad de revocar la filiación adoptiva mediante una serie de causas tasadas que contemplaba el artículo 367⁴⁸.

En Inglaterra y Gales, la *Adoption of Children Act* de 1926 (*Act* núm. 57) en su artículo segundo, permitía la adopción para mayores de veinticinco años (podemos apreciar que incluso es menor a la edad requerida en el Decreto republicano)⁴⁹.

El Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, en su artículo 264, destinaba la adopción a los matrimonios y a las personas solteras que hubieran cumplido los treinta y cinco años de edad, y reclamaba en el artículo 265 el consentimiento del adoptado si este era capaz de discernimiento, lo cual permitía a los menores de edad con tal capacidad prestar su consentimiento en el momento de la adopción. Igualmente en el artículo 269 expresaba el Código Civil suizo la posibilidad de revocar la adopción por mutuo consentimiento de las partes, es decir, por mutuo disenso bilateral o en base al interés del adoptado por vía judicial y con carácter definitivo⁵⁰.

En el Derecho comparado iberoamericano, destacaban entre los ordenamientos que permitían la adopción con descendencia previa *in natura*, el Decreto de 1 de agosto de 1934 de Costa Rica, al no incluir entre las prohibiciones de su artículo segundo la existencia de hijos, y el Código del Niño de Uruguay con fecha de 6 de abril de 1934, en el que tampoco se referenciaba dicha prohibición a la filiación adoptiva.

Sobre las interdicciones a la adopción, entre los requisitos de edad, en el Código Civil de la República de Panamá de 22 de agosto de 1916 y en la Ley 84 de 1876 por la que se aprobaba el Código Civil de Colombia, se marcaban en ambos códigos la edad de veintiún años exigida a los adoptantes en sus artículos 271 y 172 respectivamente, e igualmente se exigía que entre adoptante y adoptado debía mediar necesariamente al menos quince años⁵¹.

Por su parte, el artículo 259 del Código Civil de Guatemala fijaba en treinta años la edad para poder adoptar (al igual que el Decreto republicano de 10 de abril de 1937) y se requería que el adoptante tuviera, al menos, quince años más que el adoptado, reconociéndole a este último el carácter de heredero forzoso cuando el adoptante no tuviera descendientes legítimos, ya fueran estos sus ascendientes o sus colaterales⁵².

En esta línea doctrinal, el Código Civil de Venezuela de 1916 permitía la adopción a los mayores de cuarenta años e insertaba en su artículo 258 el criterio de revocación del lazo jurídico de la adopción por mutuo consentimiento de los interesados y por justa causa alegada, que debía ser examinada por la autoridad judicial correspondiente⁵³.

Finalmente, conviene señalar que de todos los Derechos analizados, es sin lugar a dudas, el modelo normativo de los Estados Unidos mexicanos el que reflejaba más fielmente el espíritu del Decreto de 10 de abril de 1937.

Ya en el artículo 220 de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de abril de 1917) se establecía que la adopción era un acto legal «por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él, todos los derechos que un padre tiene y contrayendo las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural» aunque sin constituir un verdadero y efectivo parentesco adoptivo (no equiparación plena) la norma mexicana introduce como novedad el principio rector *favor minoris* como se deduce del texto legal⁵⁴.

Entre las formalidades exigidas para constituir y perfeccionar una adopción, el artículo 223 exigía necesariamente la obtención del consentimiento del adoptando que este fuera mayor de doce años (edad en la que se presuponía madurez suficiente y capacidad de discernimiento) junto con la presencia de los solicitantes y del Ministerio Público (art. 226) a fin de valorar la conveniencia o no de la adopción para los intereses morales y naturales del niño.

Con la promulgación del Código Civil mexicano de 30 de agosto de 1938 para el Distrito y Territorios Federales (*ex. art.* 401) y su posterior reforma me-

diente Decreto de 28 de febrero de 1938, se perfeccionó la filiación adoptiva con la incorporación de las disposiciones de la Ley sobre Relaciones Familiares (ex artículos 390 a 393) junto con la exigencia de edad para adoptar en los treinta años y la admisibilidad de los postulados revocatorios, enumerando aquellos supuestos que ocasionaban un grave perjuicio al adoptado, concretados todos ellos en los artículos 405-410, ya sea porque ambas partes convengan en la revocación, por la ingratitud del adoptado o porque el disenso sería la opción más conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado⁵⁵.

Debemos concluir este artículo, reconociendo la significación jurídica, el legado normativo y la influencia recíproca de ambos Decretos (10 de abril de 1937 *versus* 28 de febrero de 1938) atendiendo a que los principales impulsores del Decreto republicano entre los que destacaban acreditados civilistas, eximios académicos y maestros de juristas con una impecable trayectoria profesional en España, como D. Demófilo DE BUEN LOZANO, D. Gabriel BONILLA MARÍN, D. Rafael de PINA MILÁN y D. Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN Y GALLIFA partieron rumbo a un exilio forzoso, siendo acogidos por México, país en el que reiniciaron su magisterio, modernizando en este país la ciencia del Derecho Civil y dejando una huella perdurable en las universidades mexicanas⁵⁶.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. (1880). *Código Civil de la República de Guatemala*. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores.
- AA.VV. (1982). *El exilio español en México 1939-1982*, Ciudad de México: FCE-Salvat.
- ABELLÁN, J.L. (1989). *El Pensamiento español contemporáneo y la idea de América: El pensamiento en el exilio*. Barcelona: ANTHROPOS.
- ALONSO IGLESIAS, E. (1926). *El Registro del Estado Civil en España*. Madrid: Editorial Reus.
- ÁLVAREZ-TALADRIZ MARTÍN, J.M. (1907). *Socialismo y Derecho Hereditario*. Valladolid: Imp. y Lib. de Jorge Montero.
- ARMINJON, P. (1950). *Traité de Droit Compare. Tome II*. Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BAELO ÁLVAREZ, M. (2014). *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. Madrid: Dykinson.
- BAJATIERRA MORÁN, M. (1931). La Huerfanita en *La Revista Blanca*, núm. 197.
- BAKUNIN, M. (1978). *Escritos de Filosofía Política. Compilación de G.P. Maximoff. Vol. II*. Madrid: Alianza Editorial.
- BARRIOBERO Y HERRÁN, E. (1937). *Un Tribunal Revolucionario: cuenta rendida por el que fué su presidente*. Barcelona: Imp. y Lib. Ariño.
- BERNI Y CATALA, J. (1759). *Apuntamientos sobre las leyes de Partida: al tenor de las leyes recopiladas. Partida III*. Valencia: Herederos de Gerónimo Conejo.
- BONED COLERA, A. (1998). Felipe Sánchez Román Gallifa: semblanza humanitaria de un político republicano, en *Cuadernos republicanos*, núm. 33.

- BONILLA MARÍN, G. (1911). *Nuevas tendencias y reformas en Derecho Privado*. Madrid: La Editora.
- (1929). *Procedimientos Judiciales adaptados al programa de oposiciones a Registros*. Madrid: Editorial Reus.
- BONNECASE, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*. Ciudad de México: Editorial José M. Cajica.
- BRENA SESMA, I. (2005). *Las Adopciones en México y algo más*. Ciudad de México: UNAM.
- CABRERIZO, F. (1933). *Derecho matrimonial español. El matrimonio, los hijos, la separación y el divorcio*. Madrid: Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervenciones Militares.
- CALERO DELSO, J.P. (2011). *El Gobierno de la Anarquía*. Madrid: Editorial Síntesis.
- CANO LLOPIS, M. (1959). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Panamá: Imprenta Nacional.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1944). *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV*. Madrid: Editorial REUS.
- CHÁVEZ ASENCIO, M.F. (1992). *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- CHRISTIE, S. (2010). *Nosotros los anarquistas. Un estudio de la Federación Anarquista Ibérica (FAI). 1927-1937*. Valencia: PUV.
- CLARO SOLAR, L. (1978). *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado Volumen II. De las personas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1930). *Instituciones de Derecho Civil Español, Tomo II*. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo.
- CONDE Y LUQUE, R. (1919). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Fortanet.
- CRETNEY, S.M. (2003). *Family Law in the Twentieth Century: A History*. New York: Oxford University Press.
- DE BUEN LOZANO, D. (1916). Las normas jurídicas y su función judicial: alrededor de los artículos 5 y 6 del Código Civil, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 64.
- (1927). Recuel International de Jurisprudence du Travail, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 76.
- (1930). *Derecho Civil español común*. Madrid: Editorial Reus.
- (1932). *Introducción al estudio del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- (1945). *Deberes de los republicanos españoles*. Bogotá: Ateneo Republicano.
- DE ORÚE, J.R. (1928). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus.
- (1952). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus.
- (1932). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus.
- (1932). Preceptos Internacionales de la Constitución de la República Española, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 160.
- DE YAGUAS MESSÍA, J. (1930). *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Cuaderno Primero*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- DEL VALLE PASCUAL, L. (1934). *Derecho Político. II. Derecho Constitucional Comparado*. Zaragoza: Editorial Atheneum.

- DÍEZ PASTOR, J.L. (1933). *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución*. Madrid: Imprenta de Galo Sáez.
- EL DIGESTO DE JUSTINIANO. Tomo I. Trad. Álvaro d'Ors Pamplona: Editorial Aranzadi, Pamplona.
- ESPUNY GÓMEZ, T. (1934). *La Familia en la República*. Jaca: Tip. Vda. de R. Abad.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L. (1947). *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Mexicana.
- GALLEGO GARCÍA, E.A. (2005). *Los cambios del Derecho de Familia en España (1931-1981). Crónica breve de una mutación polémica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GAMBOA MONTEJANO, C. (2016). *La figura de la adopción en México. Marco Teórico Conceptual, Marco Jurídico, Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia, Iniciativas y Opiniones Especializadas. Primera Parte*. Ciudad de México: Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis.
- GAMBÓN ALIX, G. (1960). *La adopción*. Barcelona: BOSCH.
- GARCÍA GONZÁLEZ, A. (1932). *El Poder Judicial (prólogo de Felipe Sánchez Román y Gallifa)*. Madrid: Reus.
- GARCÍA OLIVER, J. (1937). *España. Su lucha y sus ideales*. Buenos Aires: Editorial Acento.
- (1937). *Explica su gestión en el Ministerio de Justicia y expone los puntos de vista de la CNT ante el momento de España en la Conferencia pronunciada en el Teatro Apolo de Valencia el día 30 de mayo de 1937*. Reus: Departamento de Propaganda de la C.N.T.-F.A.I.
 - (1937). *Los representantes de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) de España ante el Gobierno de Valencia, exponen al pueblo su actuación política*. Valparaíso: Ediciones C.G.T. Im. Gutenberg. Valparaíso.
 - (1990). *El movimiento libertario en España*. Madrid: Fundación Salvador Seguí.
 - (2008). *El Eco de los pasos. El anarcosindicalismo en la calle, en el Comité de milicias, en el Gobierno, en el Exilio*. Madrid: La Rosa de Foc.
- GESTOSO TUDELA, L. (1933). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Instituto Reus.
- GOLDMAN, E. (1911). *Anarchism: What is really stands for*. New York: Mother Earth Publishing Association.
- (1913). *Victims of Morality, and the Failure of Christianity: two lectures*. New York: Mother Earth Pub. Assoc.
 - (1916). *La mujer libre*. Madrid: Maucci.
 - (1916). *Marriage and love*. New York: Mother Earth Pub. Association.
 - (1916). *Mother earth birth control number*. New York: M. E. Fitzgerald.
 - (1931). *Living my life*. Nueva York: A.A. Knopf.
- KIPP, T. (1946). *Derecho de Familia, Vol. II. Relaciones paternofiliales y parentales*. Barcelona: BOSCH.
- KROPOTKIN, P. (1911). *La conquista del pan*. Valencia: F. Sempere.
- LLORENS, V. (2006). *Estudios y ensayos sobre el exilio republicano de 1939*. Sevilla: Biblioteca del Exilio.
- MANRESA NAVARRO, J.M. (1957). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Editorial Reus.
- MARZAL RODRÍGUEZ, P. (2009). *Una historia sin justicia. Cátedra, Política y Magistratura en la vida de Mariano Gómez*. Valencia: PUV.

- MONLEÓN DE LA LLUVIA, A.E. (1937). *Catorce meses de Legislación Revolucionaria*. Valencia: Editorial MEABE.
- MONTSENY, F. (1928). El Derecho al hijo, en *La novela ideal*, núm. 115.
- (1937). *Mi experiencia en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. Valencia: Ediciones de la Comisión de Propaganda y Prensa.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1893). *Código Civil. Vol. III*. Madrid: Imp. de Ricardo Rojas.
- (1903). *Código Civil. Comentado y Concordado Extensamente. Tomo. III*. Madrid: Editorial Legislación Española.
- NASH, M. (1981). *Mujer y Movimiento obrero en España*. Barcelona: Fontamara.
- OTERO CARVAJAL, L.E. (2006). *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*. Madrid: Editorial Complutense.
- PINA MILÁN, R. (1921). *Procedimientos Judiciales*. Madrid: Editorial Reus.
- (1951). *Código de Procedimientos Civiles*. Ciudad de México: Editorial Cicerón.
- (1965). *Diccionario de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- (1966). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- PIÑAR LÓPEZ, B. (1954). La adopción y sus problemas jurídicos, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- PLANIOL, M. (1948). *Traité élémentaire de droit civil, Tome Premier*. Paris: LGDJ.
- PUIG ALONSO, F. (1929). *Organización de la Beneficencia*. Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de Caridad.
- QUINTANA REYNÉS, L. (1936). *Derecho matrimonial y familiar del Estado español*. Barcelona: BOSCH, Barcelona.
- REYES NEVARES, S. (1982). *Juristas economistas y sociólogos en el exilio español en México 1939-1982*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- RIERA AISA, L. (1934). *El Divorcio y las Instituciones de Derecho de Familia*. Madrid: Tipografía de Archivos.
- ROCA, J. (1971). *Sobre la Nueva Adopción*. Tenerife: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna.
- RODRÍGUEZ OLAZÁBAL, J. (1996). *La administración de justicia en la guerra civil*. Valencia: Edicions Alfons el Magànim.
- RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1934). *Datos para el estudio y organización de la Beneficencia Pública y Privada*. Madrid: Imprenta Palomeque.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L. (1950). La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. XX.
- ROYO MARTÍNEZ, M. (1949). *Derecho de Familia*. Sevilla: Imprenta Suarez.
- SÁENZ-HÉRMUA Y ESPINOSA, p. (1890). *Diccionario teórico-práctico de las disposiciones del Código Civil*. Madrid: Tipografía de los Huérfanos.
- SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, F. (1912). *Estudios de Derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las Leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil*. Madrid: Est. tip. «Sucesores de Rivadeneyra».
- (1932). *El Poder Judicial*. Madrid: Editorial Reus.
- (1898). *Estudios de Derecho de Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Volumen II*. Madrid: Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra.

- SANFORD N.K. (2000). *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*. New York: Oxford University Press.
- SANOJO, L. (1873). *Instituciones de Derecho Civil venezolano. Tomo I*. Caracas: Imprenta Nacional.
- SANTOS BRIZ, J. (1982). *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Tomo V. Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- SERRANO MIGALLÓN, F. (2003). *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- SOSA WAGNER, F. (2009). *Juristas en la Segunda República*. Madrid: Marcial Pons.
- TRÍAS DE BES, J.M. (1921). La condición jurídica del extranjero en España, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 139.
- URIBE MISAS, A. (1963). *Código Civil de Colombia*. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica.
- WOLFF, M. (1936). *Derecho Internacional Privado*. Barcelona: Colección Labor.

NOTAS

¹ MONLEÓN DE LA LLUVIA, A.E. (1937). *Catorce meses de Legislación Revolucionaria*. Valencia: Editorial MEABE, p. 277.

² BONET RAMÓN, F. (1959). *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 46; BAELO ÁLVAREZ, M. (2014). *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. Madrid: Dykinson, p. 220; GAMBÓN ALIX, G. (1960). *La adopción*. Barcelona: BOSCH, pp. 29-36.

³ QUINTANA REYNÉS, L. (1936). *Derecho matrimonial y familiar del Estado español*. Barcelona: BOSCH, Barcelona, pp. 46-48, 81-83, 155-156.

⁴ GOLDMAN, E. (1931). *Living my life*. Nueva York: A.A. Knopf; GOLDMAN, E. (1916). *La mujer libre*. Madrid: Maucci; GOLDMAN, E. (1916). *Marriage and love*. New York: Mother Earth Pub. Association; GOLDMAN, E. (1913). *Victims of Morality, and the Failure of Christianity: two lectures*. New York: Mother Earth Pub. Assoc; GOLDMAN, E. (1916). *Mother earth birth control number*. New York: M. E. Fitzgerald; GOLDMAN, E. (1911). *Anarchism: What is really stands for*. New York: Mother Earth Publishing Association; KROPOTKIN, p. (1911). *La conquista del pan*. Valencia: F. Sempere.

⁵ BAKUNIN, M. (1978). *Escritos de Filosofía Política. Compilación de G.P. Maximoff. Vol. II*. Madrid: Alianza Editorial, p. 98.

⁶ MONTSENY, F. (1928). El Derecho al hijo, en *La novela ideal*, núm. 115, p. 30; NASH, M. (1981). *Mujer y Movimiento obrero en España*. Barcelona: Fontamara, p. 56.

⁷ BAJATIERRA MORÁN, M. (1931). La Huerfanita en *La Revista Blanca*, núm. 197, p. 150.

⁸ CALERO DELSO, J.P. (2011). El Gobierno de la Anarquía. Madrid: Editorial Síntesis, p. 257; Decreto de 10 de diciembre de 1936 nombrando Fiscal general de la República a D. Eduardo Ortega y Gasset (*Gaceta Republicana* núm. 347 de 12 de diciembre de 1936); Decreto de 5 de noviembre de 1936 nombrando Subsecretario de Justicia a D. Mariano Sánchez Roca (*Gaceta Republicana* núm. 316 de 11 de noviembre de 1936).

⁹ Decreto de 9 de mayo de 1931 nombrando a los señores que se mencionan Presidente y Vocales de la Comisión Jurídica Asesora, dependiente de este Ministerio (*Gaceta de Madrid* núm. 135 de 15 de mayo de 1931); Orden de 26 de mayo de 1931 nombrando Vocales de la «Comisión Jurídica Asesora» a D. José Antón Oneca, D. Mariano Ruiz Funes, D. Niceto Alcalá-Zamora Castillo, D. José Sanchís Renús y doña Matilde Huici de San Martín (*Gaceta de Madrid* núm. 149 de 29 de mayo de 1931); Orden de 23 de julio de 1931 nombrando

Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Melchor Fernández Almagro (*Gaceta de Madrid* núm. 206 de 25 de julio de 1931); Orden de 29 de mayo de 1931 nombrando Vocal de la «Comisión Jurídica Asesora» a D. Julio Abejón Tovar, Registrador de la Propiedad (*Gaceta de Madrid* núm. 150 de 30 de mayo de 1931); Decreto de 11 de agosto de 1931 nombrando Presidente de la Comisión Jurídica Asesora a D. Felipe Sánchez-Román y Gallifa (*Gaceta de Madrid* núm. 224 de 12 de agosto de 1931); Decreto de 7 de enero de 1932 creando el cargo de Vicepresidente de la Comisión Jurídica Asesora y nombrando para el mismo a D. Jerónimo González y Martínez, Vocal del mismo (*Gaceta de Madrid* núm. 13 de 13 de enero de 1932); Órdenes de 29 de enero de 1932 nombrando Vocales de la Comisión Jurídica Asesora a D. José Díaz Sama, D. Demófilo de Buen y D. Manuel Cuevas (*Gaceta de Madrid* núm. 33 de 2 de febrero de 1932); Orden de 29 de enero de 1932 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Nicolás Pérez Serrano (*Gaceta de Madrid* núm. 36 de 5 de febrero de 1931); Orden de 21 de marzo de 1933 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Manuel López Rey, Profesor auxiliar de Derecho penal en la Universidad de Madrid (*Gaceta de Madrid* núm. 88 de 29 de marzo de 1933); Decreto de 18 de mayo de 1934 nombrando Presidente de la Comisión Jurídica Asesora a D. Joaquín Dualde y Gómez (*Gaceta de Madrid* núm. 140 de 20 de mayo de 1934); Orden de 14 de junio de 1934 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Ernesto Ibáñez Rizo, Decano del Colegio de Abogados de Valencia (*Gaceta de Madrid* núm. 174 de 23 de junio de 1934); Orden de 27 de junio de 1934 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Manuel Raventós Noguera, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid (*Gaceta de Madrid* núm. 183 de 2 de julio de 1934); Orden de 18 de julio de 1934 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Gil Gil y Gil, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (*Gaceta de Madrid* núm. 200 de 19 de julio de 1934); Orden de 17 de septiembre de 1934 nombrando Vocal de la Comisión jurídica asesora a D. José M.^a Mengual y Mengual, Abogado y Notario de Oliva (*Gaceta de Madrid* núm. 261 de 18 de septiembre 1934); Orden de 29 de septiembre de 1934 nombrando Vocal de la Comisión Jurídica Asesora a D. Federico Castejón y Martínez de Arizala, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla (*Gaceta de Madrid* núm. 278 de 5 de octubre de 1934); Decreto de 21 de febrero de 1935 nombrando Secretario general de la Comisión Jurídica Asesora a D. Juan Bautista Guerra García (*Gaceta de Madrid* núm. 55 de 24 de febrero de 1935); Decreto de 22 de febrero de 1935 nombrando Presidente de la Comisión Jurídica Asesora a D. Melquíades Álvarez y González (*Gaceta de Madrid* núm. 55 de 24 de febrero de 1935); Orden de 27 de marzo de 1935 nombrando para el cargo de Secretario administrativo de la Comisión Jurídica Asesora a D. Obdulio Matilla Fernández (*Gaceta de Madrid* núm. 92 de 3 de abril de 1935).

¹⁰ ABC. Edición de la Mañana. Jueves 4 de junio de 1936, p. 26; El Sol. Año XX. núm. 5872. Jueves 18 de junio de 1936, p. 5; El Sol. Año XX. núm. 5879. Viernes 26 de junio de 1936, p. 3; La Voz. Año XX. núm. 5884. Jueves 2 de julio de 1936, p. 10; El Sol. Año XX. núm. 5887. Domingo 5 de julio de 1936, p. 3; MARZAL RODRÍGUEZ, p. (2009). *Una historia sin justicia. Cátedra, Política y Magistratura en la vida de Mariano Gómez*. Valencia: PUV, p. 188.

¹¹ Decreto de 7 de marzo de 1937 nombrando Presidente de la Comisión Jurídica Asesora, con los honores de Magistrado del Tribunal Supremo, al Letrado D. Benito Pabón y Suárez de Urbina (*Gaceta de la República* núm. 68 de 9 de marzo de 1937); Decreto de 13 de marzo de 1937 nombrando Vocales de la Comisión Jurídica Asesora al Magistrado del Tribunal Supremo y Director general de lo Contencioso D. José Antonio Balbontín Gutiérrez y D. José Prat García respectivamente (*Gaceta de la República* núm. 75 de 14 de marzo de 1937); Decreto de 7 de marzo de 1937 nombrando Vocales de la Comisión Jurídica Asesora a los Magistrados del Tribunal Supremo D. Agustín Sánchez Maestre y D. Abel Velilla Sarasola. (*Gaceta de la República* núm. 68 de 9 de marzo de 1937).

¹² RODRÍGUEZ OLAZÁBAL, J. (1996). *La administración de justicia en la guerra civil*. Valencia: Edicions Alfons el Magànim, p. 76; SERRANO MIGALLÓN, F. (2003).

Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho. Ciudad de México: Editorial Porrúa, pp. 97-111.

¹³ Discurso leído por el decano saliente Feliciano López y López de Uribe. Actas Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid. Sesión de 9 de noviembre de 1937, pp. 1-26; DE BUEN LOZANO, D. (1932). *Introducción al estudio del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado; GARCÍA GONZÁLEZ, A. (1932). *El Poder Judicial (prólogo de Felipe Sánchez Román y Gallifa)*. Madrid: Reus; BONILLA MARÍN, G. (1911). *Nuevas tendencias y reformas en Derecho Privado*. Madrid: La Editora; BONED COLERA, A. (1998). Felipe Sánchez Román Gallifa: semblanza humanitaria de un político republicano, en *Cuadernos republicanos*, núm. 33, pp. 73-84; DE BUEN LOZANO, D. (1927). Recuel International de Jurisprudence du Travail, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 76, pp. 291-294; DE BUEN LOZANO, D. (1916). Las normas jurídicas y su función judicial: alrededor de los artículos 5 y 6 del Código Civil, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 64, p. 72; ÁLVAREZ-TALADRIZ MARTÍN, J.M. (1907). *Socialismo y Derecho Hereditario*. Valladolid: Imp. y Lib. de Jorge Montero; DE BUEN LOZANO, D. (1930). *Derecho Civil español común*. Madrid: Editorial Reus; DE BUEN LOZANO, D. (1945). *Deberes de los republicanos españoles*. Bogotá: Ateneo Republicano; BONILLA MARÍN, G. (1929). *Procedimientos Judiciales adaptados al programa de oposiciones a Registros*. Madrid: Editorial Reus; SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, F. (1932). *El Poder Judicial*. Madrid: Editorial Reus; BARRIOBERO Y HERRÁN, E. (1937). *Un Tribunal Revolucionario: cuenta rendida por el que fué su presidente*. Barcelona: Imp. y Lib. Ariño; SÁNCHEZ ROMÁN GALLIFA, F. (1912). *Estudios de Derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las Leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil*. Madrid: Est. tip. «Sucesores de Rivadeneyra»; PINA MILÁN, R. (1966). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Porrúa; PINA MILÁN, R. (1965). *Diccionario de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa; PINA MILÁN, R. (1951). *Código de Procedimientos Civiles*. Ciudad de México: Editorial Cicerón; PINA MILÁN, R. (1921). *Procedimientos Judiciales*. Madrid: Editorial Reus.

¹⁴ CHRISTIE, S. (2010). *Nosotros los anarquistas. Un estudio de la Federación Anarquista Ibérica (FAI). 1927-1937*. Valencia: PUV, p. 192.

¹⁵ GARCÍA OLIVER, J. (1990). *El movimiento libertario en España*. Madrid: Fundación Salvador Seguí, pp. 31 y 37.

¹⁶ *Solidaridad Obrera*. Órgano de la Confederación Regional del Trabajo de Cataluña. Barcelona. núm. 1354. Año VII. Época VII. Domingo 19 de abril de 1936, p. 16.

¹⁷ GARCÍA OLIVER, J. (2008). *El Eco de los pasos. El anarcosindicalismo en la calle, en el Comité de milicias, en el Gobierno, en el Exilio*. Madrid: La Rosa de Foc, p. 454; GARCÍA OLIVER, J. (1937). *Los representantes de la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) de España ante el Gobierno de Valencia, exponen al pueblo su actuación política*. Valparaíso: Ediciones CGT. Im. Gutenberg. Valparaíso, pp. 13-14; GARCÍA OLIVER, J. (1937). *España. Su lucha y sus ideales*. Buenos Aires: Editorial Acento, pp. 60-61; GARCÍA OLIVER, J. (1937). *Explica su gestión en el Ministerio de Justicia y expone los puntos de vista de la CNT ante el momento de España en la Conferencia pronunciada en el Teatro Apolo de Valencia el día 30 de mayo de 1937*. Reus: Departamento de Propaganda de la CNT-FAI, p. 12.

¹⁸ *Avance*. Diario Socialista de Asturias. Año VI. núm. 134. Miércoles 14 de abril de 1937, p. 2; *Nuestra Lucha*. Portavoz de la Juventud. Año II, núm. 213. Jueves 15 de abril de 1937, p. 2; *El Socialista*, Año LII. núm. 8436. Miércoles 14 de abril de 1937, p. 2; *El Pueblo*. Diario Republicano de Izquierdas. Valencia. Año. XLIV, núm. 15.243. Jueves 15 de abril de 1937, p. 6; *La Voz*. Edición Madrid. Año XVIII. núm. 5087. Martes 13 de abril de 1937, p. 2; *ABC*. Miércoles 14 de abril, edición de la mañana, p. 47; *Fragua Social*. Órgano de la Confederación Regional del Trabajo de Levante. Año II, núm. 201. Viernes 16 de abril de 1937, p. 4.

¹⁹ *El Pueblo*. Diario Republicano de Izquierdas. Valencia. Año. XLIV. núm. 15.243. Jueves 15 de abril de 1937, p. 6.

²⁰ Atendiendo al tenor literal del artículo 15.1 de la Constitución de 1931, reservaba al Estado español la capacidad de legislar en el ámbito civil, en cuanto «a la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Por su parte, el artículo 11 del Estatuto de Cataluña de 1932, otorgaba a la Generalitat de Catalunya la «legislación exclusiva en materia civil, salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1.º de la Constitución». Ley del 15 de septiembre de 1932 por la cual se aprueba el Estatuto de Cataluña (*Gaceta de Madrid* núm. 265 de 21 de septiembre de 1932); ROCA, J. (1971). *Sobre la Nueva Adopción*. Tenerife: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, p. 12.

²¹ DEL VALLE PASCUAL, L. (1934). *Derecho Político. II. Derecho Constitucional Comparado*. Zaragoza: Editorial Atheneum, p. 318; DÍEZ PASTOR, J.L. (1933). *La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución*. Madrid: Imprenta de Galo Sáez, p. 6; ESPUNY GÓMEZ, T. (1934). *La Familia en la República*. Jaca: Tip. Vda. de R. Abad, pp. 18-19; GALLEGU GARCÍA, E.A. (2005). *Los cambios del Derecho de Familia en España (1931-1981). Crónica breve de una mutación polémica*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 41-42.

²² *Vid.*, Preámbulo del Decreto de 10 de abril de 1937 (*Gaceta de la República* núm. 103 de 13 de abril de 1937).

²³ GAMBÓN ALIX, G. (1960). *La adopción*. Barcelona: BOSCH, p. 34.

²⁴ DE ORÚE, J.R. (1932). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus, p. 28; GESTOSO TUDELA, L. (1933). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Instituto Reus, p. 34; DE ORÚE, J.R. (1932). Preceptos Internacionales de la Constitución de la República Española, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 160, p. 455; TRÍAS DE BES, J.M. (1921). La condición jurídica del extranjero en España, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 139, p. 489.

²⁵ DE ORÚE, J.R. (1928). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus, p. 375; DE ORÚE, J.R. (1952). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Reus, pp. 698-699; CONDE Y LUQUE, R. (1919). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Fortanet, pp. 176-185; DE YANGUAS MESSÍA, J. (1930). *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Cuaderno Primero*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, p. 58; TRÍAS DE BES, J.M. (1921), *op. cit.*, p. 492; WOLFF, M. (1936). *Derecho Internacional Privado*. Barcelona: Colección Labor, p. 341.

²⁶ BAELO ÁLVAREZ, M. (2014). *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. Madrid: Dykinson; SÁENZ-HÉRMUA Y ESPINOSA, p. (1890). *Diccionario teórico-práctico de las disposiciones del Código Civil*. Madrid: Tipografía de los Huérfanos, p. 278.

²⁷ GAMBÓN ALIX, G. (1960), *op. cit.*, p. 34.

²⁸ *El Digesto de Justiniano. Tomo I*. Trad. Álvaro d'Ors Pamplona: Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 65; BERNI Y CATALA, J. (1759). *Apuntamientos sobre las leyes de Partida: al tenor de las leyes recopiladas. Partida III*. Valencia: Herederos de Gerónimo Conejo.

²⁹ PIÑAR LÓPEZ, B. (1954). La adopción y sus problemas jurídicos, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo VIII*. Madrid: Instituto Editorial Reus, p. 167; MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1903). *Código Civil. Comentado y Concordado Extensamente. Tomo. III*. Madrid: Editorial Legislación Española, p. 556.

³⁰ MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1903), *op. cit.*, p. 551; KIPP, T. (1946). *Derecho de Familia, vol. II. Relaciones paternofiliales y parentales*. Barcelona: BOSCH, p. 166.

³¹ CABRERIZO, F. (1933). *Derecho matrimonial español. El matrimonio, los hijos, la separación y el divorcio*. Madrid: Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e Intervenciones Militares, p. 32.

³² *Vid.*, Resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de mayo de 1918 y Real Orden de 23 de julio de 1929. ALONSO IGLESIAS, E. (1926). *El Registro del Estado Civil en España*. Madrid: Editorial Reus, pp. 553-554; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.

(1950). La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. XX, p. 108.

³³ GAMBÓN ALIX, G. (1960), *op. cit.*, p. 35.

³⁴ A este respecto, se equipara a los hijos adoptivos con los hijos legítimos o por naturaleza en el artículo 21 del Real Decreto aprobando, con carácter provisional, el reglamento sobre el Impuesto de Derechos reales y Transmisión de Bienes de 12 de abril de 1900; en el artículo 6 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 mediante el Decreto-ley que regulaba la Legislación de Accidentes del Trabajo en la Industria de 1932 en el artículo 54.3 del Real Decreto aprobando el Reglamento, que se inserta, para la aplicación de la Ley de los impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes de 29 de marzo de 1927, en el artículo 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos reales y sobre Transmisiones de Bienes de 11 de marzo de 1932 y en el disposición relativa a la desgravación de conceptos tributarios del reforma del Impuesto sobre Derechos reales y Transmisiones de Bienes de 16 de octubre de 1935.

³⁵ RIERA AISA, L. (1934). *El Divorcio y las Instituciones de Derecho de Familia*. Madrid: Tipografía de Archivos, p. 26.

³⁶ Así, por ejemplo, hemos encontrado el expediente de la autorización a «J.L.J. viuda de A.M.L. para que con arreglo a lo establecido en el Decreto del Ministerio de Justicia de 10 de abril de 1937, puedan adoptar legalmente a la expósita J.G.P. con la obligación de presentar en la Dirección del Instituto Provincial de Puericultura, copias certificadas de las actas de inscripción que, en su día, se formalicen en el Registro Civil correspondiente, y disponer que por la indicada Dirección se de cumplimiento a lo que determina el artículo 14 del precitado Decreto» junto con el expediente de «M.L.H. soltero y sin hijos para que con arreglo a lo establecido en el Decreto del Ministerio de Justicia de 10 de abril de 1937, puedan adoptar legalmente a la expósita M.C.M.M. con la obligación de presentar en la Dirección del Instituto Provincial de Puericultura, copias certificadas de las actas de inscripción que, en su día, se formalicen en el Registro Civil correspondiente» contenidos en el Archivo de la Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 25 de agosto de 1937, Sección Beneficencia, p. 13.

³⁷ En el Expediente de Adopción 4367/1 del Consejo Provincial de Madrid con fecha de 14 de agosto de 1938, se indagaban los antecedentes personales, el concepto social y los medios económicos. Así, se relataba en la información testifical que «los antecedentes personales de ambos esposos son inmejorables, estando bien conceptuados por todas las autoridades y el pueblo en general; que los medios económicos de los interesados son buenos, pues aunque en la actualidad no se les reconocen fincas, gana sueldo suficiente para el mantenimiento de la niña que desea prohiar». También en el Expediente 4352/12 de Solicitud de Adopción, en la Instancia de 24 de mayo ante el Consejo Provincial de Madrid de una niña expósita en la Escuela-Hogar Maestro Ripoll, en relación al aseguramiento material, se hacía referencia a que «los medios económicos que poseen los solicitantes, consisten en las utilidades que les reporta un negocio de ventas al *retail* de carne y embutidos, que produce un rendimiento suficiente para la subsistencia decorosa del matrimonio y de la hija adoptiva».

³⁸ Se pueden consultar diferentes expedientes de adopción, en el Fondo de la Diputación de Valencia, subsección de la Beneficencia, HG.V.2.4.1 Expedientes generales de Prohijamientos, y concretamente, el Expediente II-3.2/ Caja 50, destacando por su tramitación, el relativo a la adopción del expósito M.G.P. con fecha de 25 de agosto de 1938.

³⁹ Decreto de 29 de septiembre de 1936 relativo al cambio de denominación de la Subsecretaría de Sanidad y Beneficencia, Dirección general de Beneficencia y de todos los organismos, Servicios y Juntas, tanto centrales como provinciales, que vienen actuando con el nombre de benéficas o de Beneficencia, sustituyendo dicha palabra por las de Asistencia Social (*Gaceta de Madrid* núm. 274 de 30 de septiembre de 1936)

⁴⁰ PUIG ALONSO, F. (1929). *Organización de la Beneficencia*. Barcelona: Imprenta de la Casa Provincial de Caridad, p. 4; CASTÁN TOBENAS, J. (1944). *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV*. Madrid: Editorial REUS, p. 73; CLEMENTE DE DIEGO, F. (1930). *Instituciones de Derecho Civil Español, Tomo II*. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, p. 535.

⁴¹ Sobre este cambio normativo, Antonio RODRÍGUEZ SASTRE, consideraba que la Beneficencia pública debía «ser organizada para remediar los males sociales, si bien el día que tengan efectividad los principios consignados en la Constitución española, muy distinto sería el radio de acción de aquella actividad que hoy se agrupa bajo el concepto de Beneficencia». RODRÍGUEZ SASTRE, A. (1934). *Datos para el estudio y organización de la Beneficencia Pública y Privada*. Madrid: Imprenta Palomeque, p. 7.

⁴² MONTSENY, F. (1937). *Mi experiencia en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. Valencia: Ediciones de la Comisión de Propaganda y Prensa, pp. 13-14.

⁴³ Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 16 de junio de 1937, Sección Beneficencia, p. 222; Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 30 de junio de 1937, Sección Beneficencia, p. 226; Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 1 de septiembre de 1937, Sección Beneficencia, p. 16; Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 25 de agosto de 1937, Sección Beneficencia, p. 13.

⁴⁴ Atendiendo a esta prescripción, se desestimaba la «instancia de J.C.G, vecino de Cabrada de Calatrava (Ciudad Real) solicitando autorización para prohijar al niño del Colegio Pablo Iglesia, E.S.E por haber expresado dicho niño la negativa rotunda y reiterada a ser entregado al solicitante», en Diputación Provincial de Madrid, Gobierno. Pleno. Sesión de la Comisión Gestora de 27 de octubre de 1937, Sección Beneficencia, p. 31.

⁴⁵ MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1893). *Código Civil. Vol. III*. Madrid: Imp. de Ricardo Rojas, p. 515.

⁴⁶ ROYO MARTÍNEZ, M. (1949). *Derecho de Familia*. Sevilla: Imprenta Suarez, p. 312; CLEMENTE DE DIEGO, F. (1930). *op. cit.*, p. 535; MANRESA NAVARRO, J.M. (1957). *Comentarios al Código Civil Español*. Madrid: Editorial Reus, p. 130; SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1898). *Estudios de Derecho de Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Volumen II*. Madrid: Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, p. 1083.

⁴⁷ En el sistema jurídico soviético de adopción, encontramos la Ley de 1 de marzo de 1926 y el artículo 57 del Código de Familia, tras su aprobación mediante Decreto del Consejo del Comité Ejecutivo Central, publicado el 19 de noviembre de 1926 (señalar que la adopción fue abolida durante Revolución Rusa y en el Código soviético de 1918) destinando la paternidad adoptiva a los menores de edad e incapaces, para favorecer su educación. Por otra parte, en el artículo 63 se declaraba como necesario el consentimiento personal del menor que hubiera cumplido los diez años, y se permitía la revocación unilateral previo consentimiento por parte del adoptado, si esta redundara en su propio beneficio e interés personal o moral.

⁴⁸ SANTOS BRIZ, J. (1982). *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Tomo V. Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 412; BONNECASE, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*. Ciudad de México: Editorial Jose M. Cajica, p. 570; PLANIOL, M. (1948). *Traité élémentaire de droit civil, Tome Premier*. Paris: LGDJ, p. 553.

⁴⁹ CRETNEY, S.M. (2003). *Family Law in the Twentieth Century: A History*. New York: Oxford University Press, p. 605; SANFORD N.K. (2000). *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*. New York: Oxford University Press, p. 312; ARMINJON, P. (1950). *Traité de Droit Compare. Tome II*. Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 610.

⁵⁰ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L. (1947). *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Mexicana, p. 258.

⁵¹ URIBE MISAS, A. (1963). *Código Civil de Colombia*. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, p. 70; CANO LLOPIS, M. (1959). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Panamá: Imprenta Nacional, p. 45.

⁵² VV.AA. (1880). *Código Civil de la República de Guatemala*. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, p. 16.

⁵³ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L. (1947), *op. cit.*, p. 273; SANOJO, L. (1873). *Instituciones de Derecho Civil venezolano. Tomo I*. Caracas: Imprenta Nacional, pp. 320-323; CLARO

SOLAR, L. (1978). *Explicaciones del Derecho civil chileno y comparado Volumen II. De las personas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 103.

⁵⁴ GAMBOA MONTEJANO, C. (2016). *La figura de la adopción en México. Marco Teórico Conceptual, Marco Jurídico, Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia, Iniciativas y Opiniones Especializadas. Primera Parte*. Ciudad de México: Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, p. 21.

⁵⁵ CHÁVEZ ASENIO, M.F. (1992). *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, p. 222; BENA SESMA, I. (2005). *Las Adopciones en México y algo más*. Ciudad de México: UNAM, p. 19; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L. (1947), *op. cit.*, p. 255.

⁵⁶ AA.VV. (1982). *El exilio español en México 1939-1982*, Ciudad de México: FCE-Salvat; REYES NEVARES, S. (1982). *Juristas economistas y sociólogos en el exilio español en México 1939-1982*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica; SERRANO MIGALLÓN, F. (2003). *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa; OTERO CARVAJAL, L.E. (2006). *La destrucción de la ciencia en España. Depuración universitaria en el franquismo*. Madrid: Editorial Complutense, pp. 348-349; ABELLÁN, J.L. (1989). *El Pensamiento español contemporáneo y la idea de América: El pensamiento en el exilio*. Barcelona: ANTHROPOS, p. 183; LLORENS, V. (2006). *Estudios y ensayos sobre el exilio republicano de 1939*. Sevilla: Biblioteca del Exilio, p. 335.

(Trabajo recibido el 29-8-2016 y aceptado
para su publicación el 13-11-2016)

Tratamiento del *Ius Retentionis*.
A favor de un mayor contenido
y alcance, desde el régimen
constitucional de los bienes de
rendimiento económico

Approach of the Ius Retentionis.
In favor of a greater content and
range, from the constitutional regime
of economical output goods.

por

FRANCISCO DE LA TORRE OLID
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Católica de Murcia

RESUMEN: El derecho de retención se aborda desde una útil relación de supuestos, asumiendo la sobretutela a favor de la persona que soporta mayor onerosidad y explicando la necesidad de un tratamiento integrador que legitime una trascendencia real, aun cuando el derecho del que traiga causa sea de carácter meramente crediticio; generalizando otros contenidos que, además y antes de un *ius distrahendi*, sean favorables a un uso ajustado a la naturaleza de la cosa y a su rendimiento económico y social.

ABSTRACT: *The retention right can be tackled from its useful roster of assumptions, assuming the overprotection in favor of the person which bears the bigger burden and explaining the need of a conciliatory treatment that legitimizes a real significance, even when this Right implied only a simply credit cause; applying indiscriminately other contents that, besides and before of the ius distrahendi, are in favor to an adjusted use of the issue's nature and its own economic and social yield.*

PALABRAS CLAVE: *Ius retentionis.* Detención. Posesión. Garantía. Administración. Disposición.

Key Words: *Ius retentionis.* Hold. Possession. Guarantee. Management. Disposal.

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—II. EL *IUS RETENTIONIS* DESDE UNA VISIÓN PANORÁMICA EN EL CÓDIGO CIVIL, SUPUESTOS Y ARGUMENTACIÓN COMPARADA.—III. RAZONAMIENTO PARA OBJETIVAR EL CRITERIO LEGITIMADOR DEL *IUS RETENTIONIS* QUE CONTRIBUYA AL TRATAMIENTO UNIFICADOR DE LA FIGURA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PREÁMBULO

Desde estas líneas se propugna la necesidad de contemplar el derecho de retención (*ius retentionis*) en su fundamentación y eficacia jurídica, yendo de su principio a su proyección. Con este fin, es conveniente localizar y relacionar las distintas situaciones jurídicas en las que se presenta este supuesto, no solo a efectos de elaborar un mero inventario sino para, lejos de resignarse ante una falta de tratamiento unitario de la figura, averiguar la naturaleza jurídica de tal titularidad y la razón que lo justifica, profundizando a la vez en su contenido y alcance. Ciertamente, ante relaciones contractuales, hay que asumir la necesaria compensación o sobretutela a favor de la persona que soporta una mayor onerosidad; por otra parte, en materia de derechos reales, se debe valorar la posesión de la cosa ajena y, frente al titular real dominical o preferente, entender esa garantía de cobro que merece el tenedor, en un particular derecho de prenda o en un general derecho de posesión, para que tenga garantizada la compensación por los costes de la tenencia. Sin embargo, la temática no se agota en este tratamiento integrador sino que debe completarse con la solución de ciertas cuestiones dudosas relativas a la naturaleza jurídica, cuando se debate sobre su

trascendencia real desde la mera titularidad crediticia, y algunas otras referidas al contenido del derecho, si no es pacífico considerar algunas facultades como el *ius distrahendi*, en el que goza desde la mera titularidad crediticia de una tenencia en concepto de prenda; o si se alcanza a entender una titularidad real pero debilitada a favor del adquirente en negocio fiduciario.

El presente estudio aboga por reconocer el contenido amplio del derecho de retención, según una interpretación extensiva permitida por el Código Civil que es particularmente apropiada, incluso necesaria, en un marco constitucional y en el contexto de un mercado, que requiere una dinámica en el tráfico de los bienes de rendimiento económico para servir a su naturaleza, su función económica y, desde luego, su rentabilidad social¹, a través de actos de administración y de disposición, en la gestión fructífera y en la realización de valor.

II. EL *IUS RETENTIONIS* DESDE UNA VISIÓN PANORÁMICA EN EL CÓDIGO CIVIL, SUPUESTOS Y ARGUMENTACIÓN COMPARADA

De forma particular y advertidos de la situación de resistencia (en el hecho mismo de la retención) que esta figura inspira conviene razonar primeramente sobre lo que no debe ampararse ni entenderse como *ius retentionis*. Debe ser descartado todo abuso de derecho, al igual que se debe evitar entender que con este derecho se concede un privilegio, considerándose importante esta advertencia preliminar ya que a lo largo del estudio se va a motivar a favor de un reconocimiento amplio de facultades para servir a la confianza y eficacia de esta institución como garantía. Por ello va a resultar preciso el equilibrio entre un generoso contenido que ha de ser propio y la proscripción de un exceso que incurra en abuso. De la misma manera, hay que avisar contra el privilegio en tanto este, entendido en sentido amplio, debe ser rechazado desde el referente fundamental de la igualdad; sin embargo, a los efectos de este estudio, habrá que matizarlo puesto que es posible hablar de un crédito privilegiado, en particular en la concurrencia créditos cuando haya que entender la preferencia de los que cuentan con garantía real.

Por tanto, el que ejerce la retención no puede hacerlo incurriendo en un abuso de derecho, que acabaría siendo rechazado de plano por el Ordenamiento Jurídico (art. 7 del Código Civil), por lo que se deduce y se puede afirmar con rotundidad que decaería en su legitimidad aquel que retuviera de forma abusiva. En consecuencia, toda actuación que implicase esa prórroga en la detención de una cosa, que es lo que debe sugerir este *ius retentionis*, deberá encontrarse al amparo de una norma o con causa negocial suficiente. En caso contrario constituiría una contravención jurídica, susceptible de calificación quizá incluso de tipo penal por deslealtad en la administración o por apropiación indebida; o bien constituiría un supuesto que, sin base negocial, por carente de causa,

podría provocar un enriquecimiento injusto (prohibido de forma expresa y con carácter general en el artículo 1901 del Código Civil). Bien es verdad que una necesaria sensibilidad social ha de compadecerse, abarcando en esta visión general el tráfico inmobiliario, ante una retención forzada por un estado de necesidad y como reacción, por ejemplo, a un desalojo aunque, desde luego, debe considerarse que la resistencia a una orden judicial de desahucio no es la solución al problema y, por ende, sí pueden entenderse justas las medidas legales que han venido a favorecer a personas en riesgo de exclusión o que soportan especiales condiciones y que merecen ser mantenidas en su posesión².

Todo ello, excepción hecha de la situación posesoria (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, 2005, 88)³ que se tiene incluso sin justo título ni buena fe, beneficiada además de la presunción de legitimidad —que le dispensa el artículo 448 del Código Civil— y, desde la misma, permitirá la tutela por medio de las acciones posesorias —al amparo del artículo 446 del Código Civil—, pudiendo llegar a consolidar la adquisición plena y definitiva por usucapión —según los artículos 1955 y 1959 del Código Civil—, aprovechando incluso, a propósito de la retención o prórroga de la tenencia, la posibilidad prevista en el artículo 460.4.º del Código Civil, que admite que la posesión se pierde por la posesión de otro, siempre que hubiere durado más de un año, incluso si se produjo contra la voluntad del antiguo poseedor. Posesión que se sustenta en la mera apariencia y que desde esa apariencia, a los efectos de legitimar la prórroga de la detentación, se ejerce en concepto de dueño y con vocación de usucapir siempre que no se trate de cosas sustraídas ilegalmente ni haya un tercero de mejor derecho reclamando ser repuesto en su posesión que, entonces, no podrá ser prorrogada.

Según lo expuesto, queda descartada la retención que suponga un exceso, extralimitación o contravención respecto a una titularidad, a su contenido negociado o previsto en una norma, y ello desde la proscripción del abuso de derecho, que aquí se traduciría en una prolongación de la situación posesoria sin suficiente cobertura normativa ni causa negocial. Sin embargo, en este trabajo se advertirá también contra lo que, en un principio, puede ser considerado un legítimo *ius retentionis* que, aún así, puede quedar materializado en un ejercicio antisocial de derecho (igualmente prohibido en nuestro Derecho en el mismo precepto, artículo 7 del Código Civil, del Título Preliminar antes citado). Esto puede ocurrir cuando en la detentación posesoria se priva absolutamente de uso hasta evitar toda rentabilidad, lo que no se compadece con una consideración de afección de los bienes a esa rentabilidad que debe ser incesante, tal caso tampoco quedaría en Derecho bajo la figura del *ius retentionis*.

De partida, hay que insistir también en que este *ius retentionis* no se podrá basar en un privilegio, en el sentido de ventaja exclusiva por concesión discrecional —que no en el sentido más aceptado y justificado de preferencia con causa, que en expositivos siguientes llevará a invocar la Ley Concursal y, con

su articulado, la clasificación de créditos y la relación de los privilegiados—. El puro privilegio no podrá sostenerse si va a legitimar una retención que inmovilice el mercado a favor de un poseedor, como ocurría en el supuesto aceptado en el Antiguo Régimen, cuando se permitía una tenencia en el tiempo bajo la figura de «manos muertas» o «mayorazgos», tan distinto a un Derecho moderno contextualizado en su marco constitucional, reconociendo que la detentación más plena y directa se da en la situación de dominio y, aún este, se subordina, desde luego por razones de interés general, a una función social como también se puede ver inmerso y culminarse en un proceso de expropiación forzosa (art. 33, en sus puntos 2 y 3 CE).

Estará descartado, en efecto, ese privilegio con base en el pronunciamiento general y argumento de justicia que es la igualdad ante la ley. Como, en fin, se ha de advertir contra el abuso de derecho en el que puede incurrir, también y de forma reprochable, el titular del mismo *ius retentionis* en tanto, amparado en su legítima tenencia, se instale en un *status quo* que perjudique los bienes, su valor y, por una falta de posesión responsable (ROCA JUAN, 1982, 238)⁴, quebrante la naturaleza de la cosa haciéndola inútil —en su rentabilidad o traducción económica— por no guardarla o usarla según la recomendación de explotación incesante que el mandato constitucional determina y que justifica la configuración constitucional de una economía de mercado y el compromiso de los poderes públicos en la defensa de la productividad, —artículo 38 CE— a fin de mantener toda riqueza al servicio del interés general (art. 128 CE), resultando por ello interesante acuñar y proclamar, antes que el tradicionalmente denominado Derecho Civil Patrimonial, el Derecho Socio Económico. Según ello, aunque hasta ahora el problema principal a resolver por el Derecho Patrimonial de Cosas, ordenando los derechos reales, era determinar la titularidad de los bienes, se ha de entender que se eleva a cuestión esencial la gestión, para garantizar cualquiera que sea la titularidad, la satisfacción del interés general —ganando eficacia jurídica estos preceptos constitucionales, tradicionalmente calificados por un carácter eminentemente programático y de difícil aplicación directa (CAZORLA PRIETO, 1985, 1877)⁵—.

En la actualidad, además, la práctica jurídica da cuenta de la frecuencia de supuestos de retención que se producen de modo indebido y que se desglosan a continuación: en primer lugar es posible referir ciertos casos de carácter más «mediático», ya antes apuntados, relativos a la resistencia al desahucio, que merecen una comprensión y sensibilidad social acorde al drama que destapan por las situaciones de necesidad provocadas y que legitiman una normativa favorable a la retención de la posesión. En segundo lugar, se muestran supuestos que generan un notable impacto debido al elevado grado de litigiosidad que suscitan, donde la retención reprochable se da en el ámbito de la gestión de negocios ajenos por el profesional, frecuentemente el abogado, aunque también por el administrador, al que se le podrá criminalizar su conducta desde la re-

tención y por deslealtad⁶. Y, en tercer lugar, se refieren supuestos en los que la retención es pactada (que no residenciada en la norma) y puede constituir un negocio fiduciario, que se tachará como nulo por falta de causa siempre que incurra en la desproporción indebida entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar.

Hasta aquí quedarían referidos supuestos donde no hay que reconocer el *ius retentionis*, si bien lo que ocupa este estudio es la depuración positiva de esta figura para, más allá de los supuestos en los que esa retención es contraria a Derecho, atender diferentes casos de prórroga de la tenencia legítima y merecedora de tutela jurídica para razonarla en su variedad y su complejo (quizá también diverso) tratamiento. Cuanto más cuando, según el mercado, cada vez son más los intereses en juego, por los beneficios y los costes de la detentación (el mayor valor económico del lado activo y pasivo: que soporta el que la ostenta y el privado de la cosa), en la mercantilización de los escenarios que, en anteriores consideraciones, se vislumbraban incluso como gratuitos (ya que desde la mera guarda se tiende a la profesionalización —sea material en logística, sea formal en la llevanza contable—). Advirtiéndose, eso sí, que en especial debe preocupar ofrecer una visión conjunta del *ius retentionis* e impulsar su eficacia jurídica, sobre todo por el papel que desempeña en la garantía del crédito y, por ende, en el estímulo a la dinamización del mercado.

Efectivamente, el estudio no se puede limitar a la elaboración de una mera relación de supuestos en los que puede acontecer este *ius retentionis*, a pesar de que el Código Civil haya dado ese tratamiento casuístico a la figura, a diferencia de otras legislaciones que si han construido un tratamiento unitario (SABATER BAYLE, 1992, 77)⁷. Y ello porque, ciertamente, un tratamiento casuístico y excepcional respondería en (su) buena lógica a considerar que, según los supuestos en los que se reconozca, tendrá naturaleza distinta y que, en tanto implica una privación de la posesión autorizando una prórroga en la detentación, expresa una interinidad frente a una anomalía que es la mora de la deuda. Sin embargo, lo que se va a buscar es la raíz, fundamento y explicación de una figura (única por unificada) para que haya coherencia en el origen y para que se comprenda la utilidad o finalidad a la que sirve.

Por ello, de partida cabe actuar practicando esa útil compilación, que ha de servir para ganar visión panorámica, tomar conciencia de los diferentes casos y, con ella, la frecuencia con la que el legislador recurre a esta figura, pudiendo entonces comprender mejor la razón objetiva y argumentos de justicia que explican esta solución en Derecho positivo; así, según la sistemática propuesta, se podrá insistir en ulterior epígrafe, en un fundamento inspirado en argumentos variados que vayan desde la extensión del principio de responsabilidad patrimonial universal, la garantía del crédito, al argumento de la equidad, la evitación del enriquecimiento injusto, los límites a una onerosidad extraordinaria; y que contribuya a la construcción unitaria de la figura.

Para adelantar las bases de una visión unitaria puede resultar práctico buscar un concepto del *ius retentionis*, que permita luego clarificar la naturaleza, los elementos constitutivos, el contenido, el fundamento y la función de esta figura. Con este fin se recurre primeramente a un referente jurisprudencial, que se verá completado con una construcción doctrinal.

Según expone la STS de 4 de octubre de 1989⁸: «El *ius retentionis*, discutida y poco estudiada figura en nuestro ámbito jurídico y sobre cuya naturaleza jurídica las posiciones no son precisamente pacíficas, viene a constituir, en términos generales y un tanto abstractos, a manera de un especial derecho de garantía dirigido principalmente a potenciar en cierta medida la protección de aquellos acreedores que tengan en su poder la cosa o el bien de su deudor, autorizándole a dilatar en orden al tiempo su devolución o entrega». En la misma línea de apostar por un tratamiento unitario, doctrina solvente lo define como «la facultad que ostenta el legítimo poseedor de un bien ajeno para, llegado el momento en que debe restituirlo a quien corresponda, retenerlo en su poder en tanto no se le satisfaga el crédito del que es titular por razón del bien poseído» (GÓMEZ CALLE, 2011, 5)⁹. En todo caso, separándose, por tanto, del supuesto en que se hable de retención en un sentido impropio por ser relativo a apropiación y no a garantía —como, por ejemplo, en el artículo 186 del Código Civil que, en su párrafo segundo, refiere la retención que puede practicar el representante del ausente—.

Y si aquellos términos, de entrada, han de parecer suficientes a modo de definición general, es seguramente porque existe repetida jurisprudencia que entiende difícil llegar más allá y elaborar con términos más precisos una definición, al constatar y proclamar que no hay una regulación unitaria y que habrá que acudir siempre a los distintos supuestos en los que se concede este *ius retentionis* (ROCA JUAN, 1982, 289)¹⁰. En efecto, en esta primera fase es necesario asumir que se parte de un concepto generalista y básico ya que también está aceptada la existencia de un tratamiento disperso que, a su vez, es diverso. Pese a ello, en este estudio (y este es objetivo principal) se acomete una labor de concreción, guiados por la idea de que lo disperso no conlleve diversidad, y un esfuerzo por construir un régimen común del *ius retentionis* acorde con las exigencia de unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, con el llamamiento a encontrar argumentos de justicia comunes y, por ende, delimitar la función de la figura y el contenido necesario del derecho para servir a esta.

Por este motivo, a efectos del presente estudio, se toma como referencia la acepción básica del derecho de retención, aunque comprometiendo la motivación y razonamiento de desarrollo con la necesidad de concretar todos los rasgos relativos a la figura que se aborda. La premisa de partida consiste en saber que los puntos oscuros o confusos que puede plantear el *ius retentionis* se enraízan en un prejuicio contrario a la unificación y que, por culpa de ese recelo, se está perdiendo significación y eficacia jurídica en la protección del crédito y en el

rendimiento económico de los bienes, afectando negativamente a la seguridad del tráfico y a la dinamización del mercado.

Una primera cuestión, que es dificultad a superar, puede venir dada por la duda de si se está ante un derecho o una facultad. Ciertamente, los referentes doctrinales autorizados (SABATER BAYLE, 1992, 75-101)¹¹ hablan de facultad (de mera facultad) de retención posesoria. Sin embargo, también cabe apostar por una consideración de verdadero y autónomo derecho subjetivo (en el sentido de verdadera y propia situación de poder, aunque sea accesorio de una obligación válidamente constituida a la que le da garantía) si se razona comprendiendo que existe una realidad material o posesoria que se mantiene en el tiempo (que en efecto el acreedor ya ostentaba una tenencia y que se autoriza que esta situación se prorrogue), sin que esto impida entender que el título que daba causa a la tenencia en su primera fase pudo luego decaer y que ahora existe un derecho (nuevo) de retención. Pues bien, acogiendo esta última posibilidad se sirve mejor al fin práctico de reconocer transcendencia o, directamente, naturaleza real a esta garantía del crédito que es el *ius retentionis*, sin necesidad de forzar que desde una titularidad meramente crediticia se tenga que reconocer una transcendencia real. Y es que confiando en la categoría del derecho subjetivo (DE CASTRO BRAVO, 1984, 573)¹² se abre la posibilidad práctica de reconocer un haz de facultades relativas a un poder del titular que, más allá de un mero gestor, adquiera un sólido poder también de disposición. Y es que el poder de disposición es lo que también confiere la potestad para colaborar y actuar en interés propio y de otro (lo que se compadece con la defensa de una tenencia efectiva para satisfacer el interés del retenedor y no dejar de servir al interés general). Construyendo la categoría jurídica como derecho subjetivo se hace viable integrar un contenido amplio de facultades que de eficacia a la figura de cara a cumplir su función de garantía y satisfacción plena de los intereses que se tutelan en Derecho.

Una segunda cuestión a clarificar es la relativa a los elementos constitutivos de la relación jurídica: tanto en el plano objetivo (que, además de diferenciar los elementos propios de crédito pendiente y de garantía, también va a permitir en esta, sobre todo con el reconocimiento de la relevancia real, impulsar el poder directo e inmediato sobre la cosa; lo que, a su vez, se traducirá en un contenido más amplio posible de facultades de administración y disposición); como en el plano subjetivo, entendiéndolo que se tiene derecho a retener frente a un deudor ya que, como garantía del crédito, la retención habría de operar contra un deudor, autorizando la posesión del acreedor que se prorrogará aprovechando que ya tiene una relación con la cosa. Resultando que, no entran en el ámbito de aplicación de esta figura situaciones de retención diferentes como es el supuesto en el que puede prorrogarse la detentación en un intervalo, en el caso del albaceazgo, a expensas de una adjudicación definitiva que deba realizar el albacea a favor de los herederos —que no son deudores y que, por demás, sea

conveniente una prórroga en la detentación porque llegue incluso a alargarse en el tiempo la gestión del albacea por causa de litigio— (cfr. arts. 904 a 907 del Código Civil). Otro caso sería el de la doble venta en el que se reconoce la posesión del que está sometido al debate para determinar la titularidad dominical y, en la litispendencia, retiene a fin de consolidar su propiedad (cfr. art. 1473 del Código Civil).

En cualquier caso, entre esos elementos ha de operar siempre una temporalidad. En verdad, ordinariamente la tenencia se sujeta a un tiempo: el que permita la ley o el fijado como término en un negocio jurídico, ya que si se constituyera de modo indefinido supondría un acto de riguroso dominio¹³ y, si se prorrogara indefinidamente se podría traducir el beneficio en carga. Es por ello que el préstamo, cuando es comodato, se define ya insertando la nota de la temporalidad (art. 1740 del Código Civil) y en el arrendamiento de cosas también se lleva el carácter temporal al concepto mismo (art. 1543 del Código Civil). La temporalidad explica que, el articulado regulador del comodato incluya que, a pesar de un plazo fijado, se pueda anticipar por necesidad la recuperación de la cosa; y que, si no se llegó a fijar plazo alguno, se sepa sujeta la duración del préstamo a la voluntad del prestamista-comodante (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), precisamente para favorecer a quien de modo gratuito (y ahí la fuerza y la justicia de la causa) cedió la cosa. O, dicho de otro modo, que inspirado en la causa se favorezca el anticipo para tomar la posesión de la cosa o se prohíba su prórroga (cfr. art. 1748 del Código Civil) para no dispensar mayor beneficio al que ya disfrutó gratuitamente el uso de la cosa ajena ni provocarle a su titular mayor onerosidad. Precisamente, a propósito de esa limitación temporal en la tenencia y, por ende, en la retención, cabe referir también el artículo 1775 del Código Civil que manda restituir cuando lo reclame el depositante. Con todo lo cual se abunda en referentes particulares que han de servir para entender la temporalidad en el *ius retentionis*, destacando la conveniencia de salir de esa tenencia prorrogada apreciando la virtualidad del *ius distrahendi* (desde una razón práctica primera de no mantener una retención *sine die* que convierta el beneficio en carga, además de ir contra la seguridad jurídica una prorrogada retención sin término).

De este modo, todo retraso o mora es proclamado como presupuesto desencadenante de la responsabilidad civil (art. 1101 del Código Civil), por lo que un tutor no puede retener unos libros de cuentas —que ha de entregar al Juez anualmente (art. 269 del Código Civil)—; ni tampoco el albacea ha de prorrogar su tarea y eventual tenencia —en administración y en puntuales disposiciones (art. 902 del Código Civil)—, cesando en su cargo en un plazo ordinario de un año (art. 904 del Código Civil). La regla, efectivamente, es la evitación de la dilación así, en otra situación jurídica diferente, cuando se produce el *hallazgo*, es muy exigente el Código Civil, ya desde el mismo tenor literal, al exigir la restitución —artículo 615 del Código Civil— o consignación inmediata. Abundar

en los supuestos para sustentar el criterio también permite invocar lo ordenado para que en diez días el depositario de un testamento ológrafo lo presente ante Notario (art. 690 del Código Civil); y, en fin, de modo general comprender la proscripción del enriquecimiento injusto: de recibir lo que no se tiene derecho a cobrar y que ha de devolverse (art. 1901 del Código Civil).

Y una tercera cuestión para esta configuración de la institución, en lo relativo a su ámbito de aplicación, va a llevar a defender su encuadramiento en el ámbito del Derecho privado, más concretamente en las relaciones civiles, ya que su proyección en el ámbito del Derecho Administrativo respondería a otros argumentos legitimadores que derivan del *imperium*, siendo en ese marco más difícil entender toda retención, que puede venir impuesta por la sola fuerza del Derecho positivo, escapando incluso a la regla básica de equidad, al fundarse en la regla de la autotutela. Así cuando la Administración retiene en depósito hasta que se realice el pago con el que se salde la sanción; o, en un sentido contrario, cuando exige al administrado el desembolso anticipado, al amparo de los excesos del *solve et repete* que, lejos de un *retentionis* para el particular lo que provoca es su despatrimonialización anticipada y una retención a favor de la Administración ligeramente explicada desde la presunción de legitimidad, legalidad y verdad oficial, por la que la razón seguramente estará de parte del sujeto público.

De igual modo, en base al argumento del interés general, se explica en el supuesto de la expropiación forzosa que, en lugar de una resistencia del dueño o de querer acogerse este a un *ius retentionis*, haya que asistir a una posible vía de ocupación que consolida la adquisición del dominio a favor de la Administración expropiante (por lo que la prolongación del debate, si lo hay, debe de seguirse en el ámbito de los derechos de crédito sobre una fijación del *justiprecio*, separados ya del ámbito de los derechos reales).

Precisamente, en la figura de la autotutela el tratamiento es tan diferente que, mientras en Derecho Público se afirma como regla, en el Derecho privado será excepcional. En este orden de cosas, a propósito de la posición preferente de la Administración se puede concretar ese ventajoso posicionamiento con la regulación del depósito judicial (art. 1875 del Código Civil), al decretarse un embargo y, a mayor fortaleza de la Administración puede incluso materializarse un comiso¹⁴, algo que en Derecho privado queda excluido (cfr. art. 1859 del Código Civil). Todo lo cual, en este ámbito del Derecho Administrativo, se impone al amparo de la necesidad de velar por la integridad del erario público, aunque no se esconde, en la línea argumental de este estudio, la preocupación de que tal criterio opere con disfuncionalidad en tanto se adivina una importante pérdida patrimonial en esa retención, como el caso del depósito o inmovilización judicial, policial o de aduanas, que deviene a un estado antieconómico. En la línea que sostiene este estudio se ha dictado una resolución judicial en 2016 por la que salen a subasta pública los bienes embargados en la «Operación Malaya»

para hacer frente a la responsabilidad civil y por lo insostenible de los gastos que genera el depósito judicial. Esta solución debería generalizarse, así se está propugnando para las relaciones entre particulares y debería impulsarse en el ámbito del Derecho público.

Una vez clarificadas las tres cuestiones relativas a la naturaleza de la figura (como un derecho), a sus elementos constitutivos (objetivos, subjetivos y el factor tiempo) y su encuadramiento dentro del Derecho privado, procede continuar el estudio del *ius retentionis* atendiendo a su carácter excepcional. Esto no impide que, una vez establecido, pueda merecer un reconocimiento amplio de facultades, que no una interpretación restrictiva, según reivindica el presente trabajo. Es excepcional que se prorrogue una tenencia, a favor de un detentador que no es dueño y desde la incidencia de soportar este una mora en su crédito. Lógicamente no es ordinario sostener una tenencia a favor de quien, en teoría, no la debería ostentar y que se explica por la circunstancia negativa de que esté pendiente un abono debido que, no en vano, debe ser garantizado por la posición gravosa que ya soporta ese acreedor (al verse perjudicado por soportar el «descubierto»). El Derecho reacciona generalmente castigando la mora (art. 1101 del Código Civil) o suministrando instrumentos de prevención de la detención sin causa, articulando la consignación (art. 1776 del Código Civil) frente a la mora del acreedor, asegurando más allá de un mero ofrecimiento, la desposesión liberatoria; y el Derecho reacciona también puntualmente reconociendo el *ius retentionis* en garantía del crédito a favor del acreedor que merece en equidad el beneficio de la prórroga de la detención para reequilibrar su posición y evitar mayor onerosidad de la que ya arrastra.

Asumida su excepcionalidad y anunciando el interés en sostener un contenido amplio en este derecho, se sigue un plan de exposición reconociendo diferentes supuestos contemplados en el Código Civil, aunque este casuismo no va a impedir completar este estudio con la vocación de superar la diversidad y contribuir a un tratamiento unitario de la figura, consiguiendo su configuración definida de modo que quepa instituir la negocialmente, más allá del número tasado que arroja la relación de supuestos legales y, por tanto, en cuanto quede afirmada la dimensión real, aportando un argumento más a favor del *numeros apertus*.

Continuar con ese reconocimiento particular de los diferentes supuestos legalmente previstos lleva a constatar que el *ius retentionis* puede traer causa de determinados derechos subjetivos de carácter patrimonial, crediticio o real, dignos de esa tutela especial y reforzada que otorga la retención en la garantía del crédito y donde ya quedara legitimada una primera fase de detención. Aunque cabe incluso la prórroga de la posesión por el que la ostenta y mantiene sin justo título, es decir, que provenga del hecho posesorio y que la misma permita la consolidación del dominio por usucapión (arts. 1955 y 1959 del Código Civil, consintiendo desde ese hecho posesorio prorrogado en el tiempo y recargado

por el tiempo que compense la falta de condiciones legitimadoras), si bien el Derecho, tal como ya ha quedado dicho, ordinariamente reacciona con dureza haciendo responsable a ese detentador material que ha decaído en su derecho, prorrogando su posesión en el tiempo más allá de su término, hasta hacerle responsable de la pérdida de la cosa, incluso aunque tal desaparición acontezca por caso fortuito (así lo sanciona el artículo 1744 del Código Civil, que constituye un referente ejemplar de responsabilidad —junto a otros preceptos como el artículo 1891 del Código Civil—, ya que exige la responsabilidad civil, a pesar de la concurrencia de esa general causa de exclusión de la misma, que es el caso fortuito, cuando el comodatario pierde la cosa en un tiempo excedido del convenido).

Por tanto, a la hora de interpretar y fijar el contenido del *ius retentionis* hay que insistir en que siendo este excepcional, una vez establecido, puede reconocérsele el más amplio contenido que a su función sea útil y necesario. Es posible argumentar con generosidad su contenido y favorecer el reconocimiento de su naturaleza real, siguiendo doctrina autorizada que se apoya en la evolución seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SABATER BAYLE, 1992, 81)¹⁵. Se predica un reconocimiento generoso en su contenido que es proporcional a la dureza con la que la retención indebida y contraria a Derecho es castigada, tal como se ha ido comprobando. Esta defensa del contenido amplio en la que se va seguir abundando, también se predicará respecto a la fuente misma de su establecimiento para que pueda serlo confiando en la figura y en su función, por la vía legal y por la vía negocial (con la oportunidad de haber superado oscuridades, haber ganado eficacia jurídica y conseguir de verdad una garantía del crédito que sirva a la seguridad del tráfico y, por ende, a la dinámica positiva del mercado).

De este modo, respecto al contenido, podría mostrarse un criterio favorable a integrar un *ius distrahendi*, evolucionado desde el argumento histórico que se sustenta en la significación de una «posesión diferenciada», para entender mejor que, con el hecho que la mantiene e incluso desde un título legitimador primero, se pueda concebir la posesión «gradual o escalonada», permitiendo el desenvolvimiento de la tenencia con la conquista de facultades o derechos a favor de un uso apropiado al rendimiento económico y social, y también a favor de una realización de valor. Además, hay que considerar que antes que la realización de valor, como facultad propia de disposición, se pueda contemplar la facultad de uso, más débil en cuanto es reconocida en la mera gestión pero muy útil para garantizar la gestión, rendimiento y productividad, puesto que la función social de los bienes requiere su gestión y explotación, no en vano ahí radica la razón principal para dispensar la tutela posesoria (MARTÍN PÉREZ, 1993, 9-13)¹⁶.

Aparte del contenido, la posibilidad de la figura, según su fuente, se comprende tanto en los casos en los que queda establecida legalmente como cuando

se instaure negocialmente, por la fuerza de la autonomía privada y desde un escrupuloso respeto a la causa negocial que sirva a la razón de la equidad; pudiendo concretarse en un negocio fiduciario, siempre que se evite la desproporción del medio y resultado que lo invalidaría. Por todo lo cual, insistiendo en la fuente negocial, habrá que considerar bastante estricta la doctrina que evita un *ius retentionis* fuera del supuesto típico previsto en la norma civil porque ópticamente sirva a la excepción de la autotutela. Más aún, salir de los estrictos supuestos típicos previstos en la legislación para apostar por un *ius retentionis* con fuente negocial es posible porque esta es especialmente oportuna para servir a la garantía del crédito o para evitar una mayor onerosidad de quien ya soporta una posición gravosa permitiendo, con el desarrollo de la voluntad negocial y la fijación de un contenido obligacional, clarificar y concretar un haz de facultades necesarias para la finalidad práctica social que se busca.

Resultará pues que, en cuanto el *ius retentionis* venga dispuesto por ley hay que atender a la relación de los diferentes supuestos previstos en la norma, sobre todo en el Código Civil, aunque siempre comprometidos con el tratamiento unificador por el que se aboga en estas líneas, abarcando también la posible construcción negocial que exigirá, por fidelidad al tratamiento unitario de la figura y si se acaba afirmando la trascendencia real (por su eficacia *erga omnes* y/o por su facultad de realización de valor), compartir tal trascendencia real; o permitiendo esta fuente negocial argumentar, si se afirma no un mero efecto o trascendencia real sino una auténtica naturaleza de derecho subjetivo real pleno, a favor de la doctrina del *numerus apertus* en materia de derechos reales. En todo caso, hay que insistir en que esa fuente negocial es muy apropiada para fijar de modo indubitado facultades de uso, gestión, administración y disposición que hagan rentable o garanticen el contenido activo del derecho, evitando que se convierta en una carga o en una situación antieconómica (GÓMEZ CALLE, 2011, 13)¹⁷. Carga que ya se soporta desde la tenencia misma, en tanto queda sujeta al contenido obligacional accesorio de la obligación principal de entrega: el deber de guardar la cosa, conforme al artículo 1094 del Código Civil, exigible al que ha de devolverla a su dueño. Carga, además, evidenciada en tanto ese deber accesorio de cuidado exige ser prestado de modo diligente, conforme a la naturaleza de la cosa (para que esta no sufra pérdida, ni tampoco deterioro ni quebranto alguno, en su configuración y en su funcionalidad).

Resulta tan importante conservar la cosa para que pueda seguir en rendimiento que, antes de que el propio texto constitucional insistiera en la nuclear función social (art. 33 CE) y en la sujeción a la satisfacción del interés general (art. 128 CE), numerosos preceptos del Código Civil velaban por la preservación de la cosa, desbordando el interés de un particular o la voluntad misma de un contratante. Por todos, se puede invocar el contenido del artículo 1764 del Código Civil, que impone la obligación de guarda al depositario, aunque la causa de la entrega descansa en la voluntad de un incapaz, teniendo por he-

cho el contrato y por obligado al depositario para evitar que la cosa quede sin guardador responsable y en peligro de quebranto. Es aconsejable destacar este referente normativo en ese afán de reconocer la función social de los bienes y el interés por conservar su rendimiento o su idónea explotación. Precepto este que puede ser completado con otras disposiciones también informadas por esta preocupación de conservación de la integridad objetiva y funcional de la cosa: es el caso de la norma reguladora del retracto de colindantes (por encima de un acto de riguroso dominio que consiente la libertad de transmisión), de aquella que permite la transmisión en bloque de la empresa familiar (para que con su indivisibilidad quede garantizada la configuración como unidad de explotación más rentable), de la que recoge la excepción a la siempre incentivada ruptura del condominio (cuando la división perjudique la cosa al uso al que se destina) —ejemplos varios que se localizan en el Código Civil, artículos 1523, 1056, 401, ...—, además de disposiciones de legislación especial como la relativa a la explotación agraria y a la propiedad urbana, que han generado figuras nuevas en Derecho, tales como las «unidades mínimas de cultivo» o las «parcelas netas lucrativas».

Conforme al casuismo anunciado, que es característico del tratamiento de la figura en nuestro Ordenamiento, el derecho de retención se establece (según la expresión literal de diferentes preceptos, en concepto de prenda) en el contrato de mandato (art. 1730 del Código Civil), en el contrato de obra (art. 1600 del Código Civil)¹⁸ y en el de depósito (art. 1780 del Código Civil). Esta repetición invita a interpretar que lejos de un lapsus del legislador existe una determinación en el rango con el que se configura este derecho en la relación de supuestos contractuales citados. La afirmación del *ius retentionis* en concepto de prenda es proclamada bajo el argumento de justicia material de la vocación por reequilibrar la posición de las partes contratantes y evitar mayor onerosidad. En efecto, en todos estos contratos el *ius retentionis* opera como una herramienta de reequilibrio por lo que, desde el referente de la causa negocial y en evitación de una mayor onerosidad, se posibilita esa tenencia con la ventaja añadida de poder convertir un derecho de crédito en un derecho real (aunque de entrada quepa albergar la duda sobre si este poder directo sobre la cosa confiere un derecho real tan pleno como el que otorga la prenda, que incluye el derecho a la realización de valor —además de un cierto uso, según se va a defender—). Completando el reconocimiento más variado que realiza el texto legal principal, el Código Civil, el *ius retentionis* se recoge también en el Código de comercio, que puntualmente lo dispone en el contrato de transporte y a favor del capitán de buque (arts. 375 y 7054 Cco), y se prevé además en alguna normativa mercantil especial como la reguladora del contrato de aparcamiento, ley 40/2002.

De igual modo, sirviendo al referido argumento de justicia, cabe rechazar el *ius retentionis* en el comodato (art. 1748 del Código Civil) puesto que en su seno el prestatario disfrutó ya de la cosa ajena y la pendencia de una li-

quidación no ha de legitimar la retención a mayor privación del prestamista. Incluso el artículo 1749 del Código Civil contempla que, en base a la causa gratuita, el comodante pueda reclamar anticipadamente la devolución en caso de urgente necesidad. La causa negocial es tan decisiva que es comprensible que se califique de miserable el exigir el cumplimiento del contrato desde la mera y anterior promesa ya que no existe relevancia jurídica hasta la efectiva entrega, por lo que también toda retención posterior debe ser repudiada debido a que no se puede poseer sin cobertura de contrato y dentro de su término, ni antes ni después, según informa la gratuidad que lo homologa en Derecho (VIVAS TESÓN, 2002)¹⁹.

Si bien, a propósito del préstamo y de la facultad de tener o de retener, hay que matizar en varios sentidos. Primeramente, en relación con el crédito refaccionario (en particular para el que tenga su fuente en un contrato de préstamo, ya que puede provenir de otras distintas modalidades contractuales; y, en cualquier caso, reconociendo la facultad de realización de valor a favor del acreedor). Y en segundo lugar, en el supuesto de que el préstamo se integrase en un negocio complejo fiduciario con atribución patrimonial para dar garantía al prestamista que como fiduciario recibirá unas facultades de trascendencia o relevancia real; entonces sí cabrá el *ius retentionis*²⁰ (prolongación —con causa— de la detentación con origen en la atribución patrimonial con la que se concretó el negocio fiduciario), siempre que no enmascare un fraude de ley (y las partes quieran, abusivamente, la efectiva y desproporcionada transmisión del pleno dominio ocultando condiciones relativas a la causa del préstamo y con perjuicio a terceros).

De modo especial el *ius retentionis* es reconocido en el arrendamiento (desde el art. 1573 del Código Civil, que remite a su vez al art. 453 del Código Civil), en cuyo seno se da una relación crediticia con serias aspiraciones de derecho real (no solo por el derecho de tanteo y retracto que contempla) puesto que si contra el pago se presta y asegura el goce pacífico en el tracto sucesivo de necesario desenvolvimiento, también es cierto que la detentación no posesiva (originada con la entrega de mera cesión que no traslativa de titularidad real alguna) se prorroga, a efectos de liquidación y garantía del reembolso de gastos necesarios y también útiles, con el derecho de retener, el mismo que tiene el poseedor (titular real). Así es posible entender que un derecho personal (que incluye la facultad de detentar para usar) se convierta en un derecho real, ya que en tal concepto y titularidad se muda el derecho del arrendatario hasta que se le abonen sus gastos. Ante este reconocimiento tiene sentido reflexionar sobre si el arrendatario es merecedor de tal sobreprotección, en tanto su posición no se viene caracterizando por ser particularmente gravosa (a diferencia de la del depositario, la del mandatario o la del comisionado de la obra). Quizá el argumento de justicia se residencia en la consideración general de ser el arrendatario parte débil contratante.

En el mismo escenario contractual arrendaticio puede merecer mención particular, a propósito de la prórroga de la detentación, que esta se produzca después de vencido el término del contrato, si bien en tales circunstancias, caso de que se cuente con la aquiescencia del propietario por razón de la tácita reconducción, puede permitirse que la detentación prorrogada se convierta en la prórroga del contrato (art. 1566 del Código Civil).

Se presenta por tanto una cuestión de necesaria clarificación en tanto, en este escenario de derechos de crédito, pueden plantearse en virtud del *ius retentionis* unos posibles supuestos de conversión de derechos de crédito en derechos reales (LÓPEZ SANTANA, 2002, 355-360)²¹, si se asume el pronunciamiento normativo que en concepto de prenda permite, entre otros, al depositario prorrogar su detentación²²; mientras que, en el caso del arrendamiento, se atribuye una posición de trascendencia real al arrendatario en concepto de poseedor. Sin embargo, en el primer caso, cabe dudar si se trata de un verdadero derecho de prenda o si sus efectos reales son más limitados al entender que puede ser restada la facultad del *ius distrahendi*; y, en el segundo caso, puede ponerse en tela de juicio si cabe entender que, sin ser una conversión tan clara como la que se define que lo es en concepto de prenda, llega a ser más definitiva al asimilarla a la del poseedor general. Quizá no hay mayor debate sobre una traumática conversión, según se va a insistir y es posible entender desde una argumentación relativa a la naturaleza del derecho, en tanto pueda determinarse que desde la realidad posesoria se da una prórroga que, siendo igual como hecho en su apariencia material, se legitima con distinta titularidad al ser un derecho nuevo ya que el anterior se agotó con su título (resultando entonces más fácil superar la prohibición del artículo 1767 del Código Civil, puesto que la privación de todo uso se daría en la detentación crediticia que no en la que se mantiene como realidad posesoria pero pasa a titularse como prenda).

En todo caso, cuestionar la plenitud real y, por ende, una posible realización de valor, no tendría cabida si, a fuerza de mantener la retención, en lugar de una garantía para el cobro se avoca a una situación permanente, sufriendo el mismo impago y prorrogando el retener ya como una carga, frustrada la expectativa de abono; por ello no debe repeler, no desde luego en el largo plazo, aceptar de pleno el *ius distrahendi*.

Ciertamente, abordando un escenario «bisagra» entre el campo de los derechos de crédito y la esfera de los derechos reales, el Código Civil al regular la liquidación del estado posesorio (art. 453 del Código Civil) también reconoce el *ius retentionis* para asegurar el cobro de los gastos necesarios y útiles por parte del poseedor de buena fe. Es verdad que en este caso se está ante un *ius retentionis* de carácter real puro, en tanto que así nace y se desarrolla, ya que del mismo derecho arranca y desde el mismo derecho se prorroga, aunque es posible dudar si ahora, puesto que no queda especificado, se confiere esa retención en concepto de prenda.

En el campo de los derechos reales, dentro de la misma regulación codificada de la posesión, con ocasión de reconocer la reivindicación de bienes muebles, se concede un derecho de retener al poseedor que adquirió de buena fe en venta pública hasta que se le abone el precio que pagó (art. 464 del Código Civil). Será después de esa consideración general a favor del poseedor cuando se reconozca este derecho de retención en varias figuras particulares: en el usufructo (a favor del propietario, antes de entrar en el goce de los bienes y mientras no preste fianza el usufructuario —art. 494 del Código Civil—; y a favor del usufructuario, por los gastos particulares que haya realizado y tenga derecho al reembolso —art. 522 del Código Civil—) y en los derechos reales de garantía que son la prenda y la anticresis (arts. 1866 y 1886 del Código Civil). La solución de equidad que se ofrece en el usufructo con el derecho de retención es comprensible en tanto, en el caso del nudo propietario, se está pendiente de recibir la fianza y, en el caso del usufructuario, se está pendiente de liquidación y, al seguir desposeído de lo dado en concepto de fianza, es merecedor del favor que otorga el *ius retentionis*.

El derecho de retener está regulado de modo especial en el derecho de prenda ya que en la prenda mobiliaria existe un traspaso posesorio lógico que permite la virtualidad y eficacia de la garantía que luego hará posible una realización de valor (excluyendo el pacto comisorio). En medio, además, se da una posibilidad de prórroga de posesión, antes que de ejecución, después de poseer en garantía del débito por el que se constituyó y alargando esa tenencia, aunque ahora no por el débito primero sino convirtiendo la retención en la garantía de otro crédito segundo y ulterior que ni siquiera precisó constituirse con garantía real (art. 1866, párrafo 2.º del Código Civil). Todo lo cual permite afirmar que será en el desenvolvimiento del derecho real de prenda en el que mayor alcance obtenga el derecho de retención en tanto, por definición, es conocida su naturaleza real y también es indubitado un *ius distrahendi*, incluso, antes de este, es posible la prórroga de la retención en garantía de un segundo crédito, además de contar con un reconocimiento de crédito privilegiado, el del acreedor pignoraticio (según el art. 90.1 LC²³).

Por lo expuesto, el supuesto de la prenda sirve de referencia para desarrollar con más pleno desenvolvimiento la figura del *ius retentionis*. Con todo, tras el generoso despliegue del derecho de retención en la prenda, la dificultad se presenta en relación a la facultad de uso y la posible contradicción entre los artículos 1870 y 1868 del Código Civil ya que, si bien el primero de los preceptos parece prohibir con rotundidad el uso, el segundo de ellos lo ordena, quizá porque el fundamento esté en evitar el uso que deteriore la cosa ya que, en caso de que no sea así, se tendrá que contemplar, precisamente como contenido de la buena tenencia, el derecho-deber de usar. Será la naturaleza de la cosa y, desde luego lo pactado por las partes, lo que permita interpretar y equilibrar esas soluciones positivas (BUSTO LAGO, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, MORALES IMBERNÓN, COLAS ESCANDÓN, 2010)²⁴.

En lo relativo al objeto, a partir de ese plural reconocimiento entre los derechos de crédito y los derechos reales, se hace preciso identificar la prestación o la cosa sobre la que se proyecta el *ius retentionis* en tanto, según se reconozca a favor de un derecho crediticio o de un derecho real (o así se fije su naturaleza), se tendrá que diferenciar que la detentación sea una pura posesión o sea un tenencia mediata. Bien es verdad que, aunque sea una relación crediticia, el reconocimiento del *ius retentionis* en concepto de prenda, al menos en los supuestos en los que así se proclama en la norma de forma expresa (concretamente en los artículos 1600, 1730 y 1780 del Código Civil), puede facilitar, a partir de la prórroga de la detentación, el reconocimiento del poder sobre la cosa, un poder directo e inmediato, (aunque se confíe la detentación a un tercero —que poseerá en nombre del titular real—). Y es que la naturaleza real del *ius retentionis* supera ese debate y fija el objeto en la cosa misma, confiriendo ese poder directo e inmediato y permitiendo por tanto reconocer un mayor haz de facultades, tal como este trabajo defiende. Finalmente, en cuanto al objeto, añadir que puede serlo un conjunto patrimonial, integrado de activos crediticios y reales, a favor del acreedor del heredero y por el remanente al que pueda tener este derecho sobre la herencia que aceptó a beneficio de inventario (art. 1034 del Código Civil).

Como categoría especial, además de esos supuestos particulares y nítidos reconocidos en el ámbito de los derechos de crédito y también entre las clases de derechos reales, ya se aludió a los negocios fiduciarios donde cabe contemplar el derecho de retener, siempre salvando toda legitimidad en tanto se constate la proporción y no haya simulación fraudulenta. En los negocios fiduciarios con base en la *fiducia cum creditorem* o realizados en provecho del fiduciario cabe apreciar una causa lícita (de acuerdo con las reglas de la transparencia y la proporción) cuando se provoque una transmisión de la propiedad, con finalidad de garantía, a un acreedor (fiduciario). Se puede, en efecto, materializar esa tenencia con causa lícita cuando no se disimuló y se quiso realmente el negocio —la compraventa aunque fuera solo para garantizar el préstamo, si bien facultando al fiduciario para usar desde la atribución patrimonial que le hace el fiduciante—; y se reconoció y asumió como causa no la transmisión del dominio sino la mera garantía, completada, eso sí, con facultades concedidas al adquirente según lo que ambos pactaron. Quedaría legitimado un *ius retentionis* a favor del adquirente ya que este no es un mero prestamista sino un contratante con relevancia mayor que la meramente crediticia, con efectos reales.

Según lo anterior, el pleno dominio de una cosa tomada por un prestamista que garantiza el reembolso de la misma, adquiriendo la propiedad y contemplando con el prestatario su derecho de recobrar la propiedad (supuesto del fiduciante que reserva privadamente con el adquirente el pacto de retro pagando una cantidad que fuera el importe prestado y los intereses acumulados), permitirá a ese prestamista retener la cosa que figura comprada hasta el abono

del préstamo. Será posible, en todo caso, hablar de causa ilícita cuando quede evidenciada la desproporción en la que incurra el negocio fiduciario, de manera que no habría derecho de tener (en concepto de propietario) ni de retener. Sin embargo, si la causa se fija en la garantía, que no en la transmisión del dominio, y se completa con la atribución patrimonial para que el fiduciario utilice la cosa (cesión de uso con trascendencia real, aunque no traslativa de dominio), cabría deducir la validez del negocio fiduciario, desde la causa y entendiendo la tenencia del bien no como expresión de un pleno derecho de propiedad sino como una titularidad fiduciaria o «dominio impropio» con finalidad lícita que es la garantía de la obligación y que no admite la finalidad ilícita que pudiera predicar la consolidación del dominio a favor del fiduciario —contra la prohibición del pacto comisorio— (la retención sería tan contraria a traspasar los límites de garantía que si incurre en apropiación trasgrede una prohibición civil, de pacto comisorio, o puede incluso suponer la comisión del ilícito penal de apropiación indebida).

Al completar este punto segundo del sumario del trabajo con el recorrido realizado por la diversidad de supuestos, se camina hacia el siguiente expositivo donde se abordará el tratamiento unificador de la figura reconociendo en la variedad de escenarios crediticios y reales la consideración del *ius retentionis* plural. El derecho de retener se configura como una garantía del crédito y como un mecanismo propio de la tutela inspirado en el principio de responsabilidad patrimonial universal, un instrumento de reequilibrio favorable a la parte débil, una medida de evitación de la onerosidad extraordinaria; o, sencillamente como una solución negociada, ajustada a los intereses de las partes y, por tanto, una manifestación más de la autonomía privada y la libertad de pacto; una herencia de la tradición romana, propia del amplio contenido con el que se dota la tutela de la posesión (como exteriorización de la propiedad y apariencia de otros derechos y que, además, representa un compromiso con la función social de los bienes).

La terminación de este expositivo segundo del estudio, una vez acometida la pretendida visión panorámica que contribuye a la explicación de la figura desde la variedad de supuestos, puede completarse dejando apuntada la complejidad que presenta el que un derecho de crédito se fortalezca hasta convertirse en un derecho real; o, por el contrario, que se constituya una tenencia con trascendencia real y sin embargo se aligere su valor posesorio hasta sujetarlo a los meros efectos crediticios de la garantía del crédito (allí se trataría del derecho del depositario —art. 1780 del Código Civil— y aquí del negocio y derecho del fiduciario). Constituye entonces el *ius retentionis* un referente para evitar la compartimentación rígida en aquellos casos en que la realidad jurídica, y por tanto el Derecho que para la misma se acaba construyendo (a base de figuras mixtas, matizadas o reformuladas), manifiesta una complejidad por la abundancia de zonas fronterizas, de manera que habrá que acudir a la razón práctica para alcanzar su significado y eficacia.

No hay que debatir sobre una más traumática y forzada conversión de un derecho de crédito en un derecho real, según anteriormente quedó expresado, al considerar el *ius retentionis* como un derecho nuevo y autónomo ya que, en aquel caso del derecho de crédito antecedente, la tenencia que permitía se agota con su título y, aunque el hecho posesorio o de mera detentación se mantenga con prórroga en virtud del *ius retentionis*, al haber nuevo derecho se le puede acabar reconociendo y atribuirle la naturaleza que merezca y, por ende, el contenido particular que le sea propio. Así, cuando la Jurisprudencia ha evolucionado a favor del carácter real acude a la razón práctica y a la utilidad de este derecho para afirmarlo como un tipo de garantía real de las obligaciones (STS 7 de julio de 1987). Esta cuestión se complementa con la argumentación sostenida en el presente estudio sobre aquello que ordena e informa una realidad socioeconómica, el referente constitucional y la interpretación de diversos preceptos del Código Civil favorables al contenido amplio de esta categoría jurídica para conseguir que sea más eficaz y configurarla a partir del compromiso de unificación y régimen común.

III. RAZONAMIENTO PARA OBJETIVAR EL CRITERIO LEGITIMADOR DEL *IUS RETENTIONIS* QUE CONTRIBUYA AL TRATAMIENTO UNIFICADOR DE LA FIGURA

Un primer tratamiento del *ius retentionis*, que ha de ser casuístico necesariamente (por razón de la solución de Derecho positivo que se concreta en una suerte de supuestos), debe desembocar en el tratamiento unitario de la figura, habiendo ya avanzado en este aspecto con la formulación de un concepto, la determinación de la naturaleza jurídica y el establecimiento de los presupuestos y elementos necesarios, así como del contenido y la fuente.

La unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico exigen concretar un tratamiento unitario que fundamente la figura en argumentos de justicia y en los principios que sustentan el Sistema. Cuanto más, cuando la Jurisprudencia avanza a favor de una evolución común, de significación y alcance notable, que sirva a una realidad actual donde se valida la garantía con la relevancia real que merece la seguridad del tráfico, ya que este precisa de garantías sólidas y se debe al compromiso socioeconómico.

Al abordar el concepto de *ius retentionis* se ha intentado comprender la situación en la que se ostenta un derecho, que no una mera facultad, conformándose este derecho como autónomo, separado de la titularidad de la que trae causa, en tanto opera con ocasión del término del título anterior. Y ello aunque el hecho posesorio se mantenga o haya continuidad en la realidad material posesoria, si bien erigiendo un derecho de garantía, articulado con una prórroga de la posesión, según una naturaleza real.

En relación con la fuente de constitución del *ius retentionis* hay que insistir en que cuando este se fija en la norma como solución de Derecho positivo no admite mayor discusión sobre su reconocimiento y eficacia, aunque cabe la crítica si la construcción se considerase injusta. Sin embargo, no merecerá esa tacha si se constata que el legislador, permitiendo descubrir el tratamiento de la figura desde su fundamento, se ha basado (al menos así ha debido ser) en el mismo criterio que sirve para reconocer la causa negocial, es decir en la justa contraprestación, la evitación de la mayor onerosidad y la tutela a favor de la parte débil. Al exigir y constatar que se está sirviendo a esa razón de equidad, de garantía del crédito y de seguridad del tráfico no se consigue sino avanzando en la fundamentación de la figura y en su tratamiento unificado. Pues bien, todos estos argumentos de justicia han de valer e informar el pacto de fijación negocial de la figura.

En cuanto a la fuente, se confirma que puede ser de rango legal o de tipo negocial, estimando que esta segunda vía supone, a nivel teórico, superar la tensión del *numerus clausus* y confiar en el *numerus apertus*; y que, a nivel práctico, es un cauce idóneo para generalizar la figura puesto que es permeable a la fijación de un contenido obligacional exhaustivo donde se autoriza la retención, ya sea en la constitución de la modalidad de depósito, de mandato o de aquella figura que accesoriamente lo incluya, con unas facultades amplias e indubitadas para su mayor eficacia jurídica, en particular respecto a la administración o facultades de uso y de disposición. Ese es el contenido ideal que se predica: en la esfera externa, afirmando su eficacia y oponibilidad *erga omnes* y, en la esfera interna, dotando de amplias facultades a nivel de gerencia y de disposición. Finalmente, siguiendo el recorrido de la configuración del *ius retentionis*, a partir del concepto se avanza yendo hacia el contenido para determinar y servir a la función: la garantía que no se cubre en la práctica sin la facultad ejecutiva o de realización de valor.

Es cierto que la proclamación de este derecho de retención no es idéntica en todos los supuestos, aunque sí lo es su denominación. Esta denominación se toma como hilo conductor para favorecer el desarrollo del presente estudio, si bien el tenor literal no permite superar la duda sobre cuando se detenta en concepto de prenda, ya que el legislador así lo afirma repetidamente en unos casos pero en otros no lo matiza con ese rigor o especificación. Pues bien, precisamente, abstracción hecha del tenor empleado en los distintos supuestos legalmente previstos o negocialmente instaurados, el reto está tanto en la unificación de la significación y en la eficacia jurídica, como en no perder el referente que informa la causa y estar a la razón de servir, de un lado al interés particular (garantizando el crédito y compensando en equidad, previniendo una onerosidad injusta, procurando la justicia del contrato y, en general, de las relaciones jurídicas patrimoniales), y de otro al interés general (contribuyendo a la seguridad del tráfico y a la dinamización de la economía).

Conviene entender la interinidad que mantiene el poseedor cuando prorroga su situación, una vez ha decaído en el derecho que dio causa a la facultad de ulterior detentación y está pendiente de una satisfacción del crédito. Y es que el Derecho ha de procurar esa pendencia y esa satisfacción, para lo cual será preciso saber el concepto o título que le va a mantener en la posesión y el contenido que le ofrece esa detentación —si es de uso, de conservación, de guarda o, quizá, de frutos o de realización, en evitación de mayor gravosidad—.

En expositivos anteriores se ha planteado el debate en torno a la consideración del titular crediticio con derecho a retener, para interpretar que, aunque la propia norma le atribuya el *ius retentionis* en concepto de prenda, pueda entenderse que tal detentación, aún con trascendencia real —por tanto sobre-elevada respecto a la titularidad meramente crediticia de la que trae causa—, no lleve consigo la integridad de la propia prenda sino que esté desprovista del *ius distrahendi*. Sin embargo, una interpretación más ajustada a la realidad del tráfico mobiliario y a la superación del *status quo* de los bienes de contenido económico, parece recomendar la existencia de esa facultad de realización de valor que sirva, en su función social y en su rentabilidad, al interés general (*ex* artículos 33 y 128 CE) y que concuerde además con la concepción de la tenencia diligente (la propia de toda detentación destinada a restituir o a entregar, según el mandato de la teoría general de las obligaciones contenido en el artículo 1094 del Código Civil, que es la detentación exigible siempre y, por ende, también en supuestos particulares como el depósito judicial —artículo 1788 del Código Civil—, a pesar de la crítica que merece a nuestro juicio la frecuente inobservancia del referido precepto, que a la postre está demandando un cálculo de costes para remediar el extraordinario quebranto económico provocado, tanto en lucro cesante como en daño emergente).

Así pues, es recomendable una conservación de la cosa que no caiga en el apartamiento o el almacenamiento improductivo y antieconómico —quizá también antisocial y, por ello, susceptible del reproche recogido en el artículo 7 del Código Civil, tal como se refirió al explicar el artículo 1764 del Código Civil, en evitación del abandono y de toda tenencia no sujeta a la razón económica de preservación de la funcionalidad de la cosa, de su rendimiento—. Se aconseja por tanto, una tenencia de conformidad con una gerencia dinámica, no entregada al mero almacenamiento sino comprometida con la explotación responsable, lo que pasa por no cuestionar el *ius distrahendi*, ni convertir dicha tenencia, planteada como garantía, en una situación posesoria gravosa para el que ha de guardar evitando el quebranto de la cosa. Facultades que resultan especialmente oportunas en un mercado en el que las cosas, por el paso de tiempo y la producción en masa, caducan o se minusvaloran de modo extraordinario, cuando en verdad el criterio económico debe inspirar la evitación del lucro cesante y el daño emergente que un depósito gravoso con falta de producción y minusvaloración de la cosa puede generar. Es conveniente, en consecuencia, salir de

la indeterminación y la inseguridad jurídica que representa el aparente beneficio de retener un bien mientras se obtiene la satisfacción de un crédito, ya que en ciertos casos el pago puede no llegar y la retención puede representar inicial o sobrevenidamente una carga.

Es más, con la determinación negocial del *ius retentionis*, se debe impedir que el almacenamiento sirva a un mercado especulativo donde, por ejemplo, interesa retirar una producción para esperar una etapa de mayor demanda y con expectativa de beneficios comerciales superiores. Como habrá que evitar también que se divorcie la pignoración material con una realidad contable y unas previsiones según los planes de amortización. Y, en fin, habría que lamentar el coste inútil de un aseguramiento de la cosa que, siendo pagado para cubrir los riesgos de uso, se desarrolle en un periodo de mera consignación. Razones todas ellas que explican la conveniencia de completar con una negociación apropiada la determinación de la administración y la disposición del derecho de retener.

La realidad social y económica han de informar esta consideración del *ius retentionis* para satisfacer un cuadro de intereses relevantes, tanto los del retenedor que merece la salvaguarda de su derecho con función de garantía y la evitación de que se traduzca en una carga (si es que la tenencia, desde el mismo coste del lugar de depósito y guarda, se prorroga en su perjuicio), como los intereses de la sociedad misma que exige que los bienes de rendimiento económico sirvan al interés general, por lo que se habría de estar en contra de un apartamiento improductivo del tráfico. Y si en la consideración del ámbito subjetivo destacan los intereses en juego que deben ser tutelados y no sacrificados ni perjudicados; en igual sentido se puede razonar atendiendo al ámbito objetivo ya que la cosa misma, según su producción y tráfico, puede devaluarse si persiste la retención. Todo ello pasa por clarificar dos cuestiones: la primera, entender que el *ius retentionis* deberá completarse a su término abriendo una fase de liquidación del estado posesorio (que conducirá, entre otros, a preceptos clave del Código Civil que vienen a dar solución equitativa para ese momento: arts. 453, 454 del Código Civil); y la segunda, asumir que debe generalizarse la ejecución o realización de valor con el fin de evitar una dilatación antieconómica y antisocial de la detentación.

Esta dotación de facultades dispositivas para salir del *ius retentionis*, evitando mayor dilación y, desde luego, que la garantía se convierta en una carga, podrían también completarse con facultades administrativas para favorecer una recomendable tenencia rentable. Ahora bien, en la situación previa, antes de convertir la titularidad causal o la que de causa a la facultad retenedora en tenencia prorrogada en concepto de prenda, hay que asumir la imposibilidad (al menos aparentemente, cuando se ostenta una pura titularidad crediticia) de alcanzar dicha amplitud de facultades (propia de la titularidad real). Es por ello que interesa concebir el derecho de retención como derecho subjetivo, y no

entenderlo como mera facultad, y a su vez pregonarlo como derecho autónomo y de función de garantía y rango real.

Para que las amplias facultades, en particular las de gestión y uso que hagan que la cosa sea productiva y rentable, no comporten una ruptura y se asista al desuso para luego reactivar la explotación, con las consecuencias antieconómicas de una parada intermedia, hace falta intentar superar la dificultad de reconocer el poder de usar, administrar y disponer que puede existir en el derecho anterior al *ius retentionis*, que también en el derecho del que trae causa el derecho de retención exista ese poder de gestión, con una facultad de uso a ese fin de explotación productiva de la cosa. Sin embargo, parece rotundo el Código Civil cuando en el depósito (a diferencia del mandato en el que, al menos, se legitiman los actos de administración —art. 1713 del Código Civil—) se entiende que se prohíbe al depositario usar la cosa sin permiso del depositante (art. 1767 del Código Civil) y, para el caso de que se diera ese permiso, convierte el contrato de depósito en un comodato (art. 1768 del Código Civil) con la consiguiente prohibición añadida, entonces, de retener (art. 1747 del Código Civil). Por tanto, en este supuesto del depósito, no parece que ni en el mismo ni luego en la retención se tenga derecho de uso²⁵ (salvo que, en la fase de la retención, ya quepa reconocer al depositario convertido en acreedor pignoraticio o titular de un *ius retentionis* en concepto de prenda (por el tenor del art. 1780 del Código Civil), pudiendo realizar los actos de gestión propios para la consecución de la realización de valor, disponiendo en ejecución como superior materialización de su garantía).

Este trabajo pretende defender que también es posible entender la facultad de uso antes de la retención, es decir en la ordinaria tenencia del depositario. Desde luego, la facultad de uso es necesaria y hay que defenderla en la retención —porque ostentarla en concepto de prenda lo va a permitir, como quedará justificado en el expositivo siguiente— pero, además, en la ordinaria tenencia del depositario, se va a sostener una facultad de uso por varias razones: una razón la avala la doctrina sostenida por ROCA JUAN, ya citada en expositivos anteriores, favorable al uso que pueda darse por parte del depositario (sin que se tenga que convertir el contrato en comodato) en interés del propio depositante y por razones de necesidad. A esta razón se pueden sumar dos más, una literal y otra sistemática: la primera se deduce del tenor del artículo 1767 del Código Civil que merece ser interpretado como prohibición de «servirse», pero no como prohibición de «usar»; y, la segunda surge al confrontar el precepto con el artículo 1770 del Código Civil que impone al depositario devolver «con todos los productos», lo que está confiriendo al depositario una tenencia de gerencia o de administración que le permita la explotación rentable.

Para reforzar el razonamiento anterior, y en igual sentido, conviene realizar una aproximación al artículo 1765 del Código Civil que reconoce eficacia al depósito incluso entre personas incapaces (como ya se viera anteriormente al

recordar el contenido del artículo 1764 del Código Civil que pretende garantizar una guarda y evitar el abandono en perjuicio o quebranto de la integridad de la cosa que está llamada a seguir produciendo y a rentabilizarse económica y, por ende, socialmente). En este artículo 1765 del Código Civil la eficacia del depósito cuando hay entrega a una persona que carecía de capacidad se dispone con previsión de productividad y en evitación del enriquecimiento injusto, legitimando al depositante para reivindicar la cosa con todo el provecho que el depositario hubiere obtenido. Esto demuestra que el legislador no desea penalizar el uso sino que, además de instaurar la regla por la cual se proscribe el uso para provecho propio y enriquecimiento del depositario, contempla la eventual productividad y la legitimidad del depositante (en ejercicio de acción directa y propia del depósito, al haber gozado este de eficacia jurídica, sin entender que haya acción reivindicatoria en sentido estricto) para instar la restitución de la cosa (mientras esta se encuentre en poder del depositario) con esa productividad acrecentada.

Quedaría por salvar la dificultad para reconocer el uso en la fase de prórroga. En el ejercicio del derecho de retención propiamente cabría defender dicha facultad aprovechando la generosa literalidad de la normativa (art. 1780 del Código Civil) que confirma que la posesión lo es en concepto de prenda, aunque presentaría la dificultad de la prohibición del artículo 1870 del Código Civil («El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda...»). No obstante, este obstáculo podría ser superado con la interpretación que sugiere el artículo 1868 del Código Civil, según la cual el acreedor queda obligado a cuidar activamente, desplegando la diligencia debida —como ya mandaba el precepto inmediatamente anterior, el artículo 1867 del Código Civil—, invitándole a acometer una intervención en la cosa para una guarda apropiada (profesional, quizá²⁶) que pueda también ser productiva, pudiendo usar (no necesariamente servirse) para obtener intereses («Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben...»). Entonces, además de que ese acreedor (retenedor) cuente, eventualmente, con autorización del deudor (al amparo del citado artículo 1870 del Código Civil, según añade su tenor a continuación y salvando la prohibición inicial), cabe afirmar una autorización legal. Aún así, es razonable pensar que, en lugar de debatir sobre la interpretación de la norma aprovechando su referente, convenga completar el régimen ordenador con la autorización expresa y exhaustiva que concrete un pliego de condiciones y un régimen de facultades y obligacional detallado. Razón añadida para apostar por la vía negocial en la constitución de la modalidad del contrato de depósito, del contrato de obra, etc., previa a la constitución del derecho real, por la inclusión del pacto de autorización de uso, con un clausulado minucioso, y para concluir también a favor del *ius distrahendi* en evitación de una mayor dilación y una posible carga para su titular.

Bien es verdad que, incluso en el desarrollo ordinario de la prenda, antes o con independencia de la autorización del uso, se prevé una necesaria adminis-

tración cuando la cosa produce intereses (ya en el depósito, antes de considerar la prórroga en garantía y en concepto de prenda, se dispone que el depositario devuelva con todos los productos —art. 1770 del Código Civil—), afectándola a ese rendimiento y, en su consecuencia, practicando una compensación con lo producido —cfr. art. 1868 del Código Civil—. Por tanto, hay que afirmar que el contenido ordinario de este derecho real incluye un uso y administración de la cosa ya que la obtención de frutos civiles, si es posible, es lícito procurarla (y, según se viene razonando, es lo económica y socialmente obligado, conformando entonces un derecho-deber), para luego compensarlos (autopago que es constitutivo de un acto de mayor relevancia en tanto supera la mera gestión y camina hacia la disposición puesto que se produce un trasvase de patrimonios).

En consecuencia, desde la inmersión en el mercado en el que por su afección al uso rentable e incluso a una cierta especulación la cosa va a producir intereses a favor del acreedor pignoraticio (titular de este *ius fruendi*), es posible reconocer un referente normativo y de consolidada tradición que ampara esta tenencia rentable por la que se aboga. A lo que se suma una guarda diligente que en ocasiones puede ser gravosa y exigir una gestión de uso para ubicar la cosa en un lugar de guarda idóneo donde no se deteriore, según el artículo 1867 del Código Civil (deterioro que, si es por naturaleza de la cosa, no le será en rigor exigible al mero guardador y si es por administración se le exigirá que la despliegue de modo diligente y, por ende, que sea cualificada, dentro de los actos de administración). Se insiste en este sentido para conformar y entender la custodia del acreedor pignoraticio (o de tercero), conforme mantiene GUILARTE ZAPATERO, comenzando por evocar el precepto general contenido en el artículo 1094 del Código Civil (ya citado en este estudio como referente necesario dispuesto en la teoría general de las obligaciones), para continuar afirmando la necesidad de que el acreedor guarde evitando cualquier menoscabo, hasta precisar que este debe desplegar toda actuación necesaria para impedir cualquier desvalorización de la cosa (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 531)²⁷.

Actos de administración y de disposición, de uso y de venta, de gestión y de realización que no deben ser entendidos separadamente sino que hay que conjugarlos estratégicamente hasta determinar en qué fase se alcanza la rentabilidad según el mercado (contemplando un necesario análisis económico para medir una posible caducidad por deterioro previsto por el fabricante —la denominada «obsolescencia programada»— o la devaluación del paso del tiempo). Habrá que considerar que la más cualificada disposición puede estar desaconsejada si el mercado está «a la baja» o incluso inmovilizado, disuadiendo del *ius distrahendi* y recomendado mantener la gestión, por lo que criterios económicos, de oportunidad y, de nuevo, según la naturaleza de la cosa, informarán la actuación sobre la misma.

Se advierte pues del contenido interesante y quizá no suficientemente destacado de los dos preceptos de nuestro Código Civil mencionados (lo que de-

muestra, una vez más y con argumento añadido, la actualidad y eficacia del texto codificado): los artículos 1867 y 1868 del Código Civil que exigen, el primero, un cuidado diligente, de modo que hace responsable al tenedor del deterioro; y, el segundo, una inmersión de la cosa en el mercado para que produzca los intereses que, potencialmente, han de rentar, obligando a continuación al acreedor a una compensación. Merece destacar ese hecho de que, con anterioridad a una autorización negocial de cara a posibilitar el uso de la cosa, se pueda entender determinada una autorización legal para avalar tal uso. Sostener esta interpretación más flexible y favorable, además de ser lo propio de los tiempos actuales, marcados por una incesante productividad, es lo que se deduce del análisis del Código Civil y de una lectura confrontada de los preceptos que lo componen: además de ese artículo 1868 del Código Civil, conectado con el artículo 1870 del Código Civil relativo a la prenda, se ha de confrontar también, en la regulación codificada del depósito, el artículo 1767 del Código Civil —que parece prohibir el uso al depositario— con el artículo 1770 del Código Civil, que le obliga a devolver la cosa con sus productos, haciéndose eco de nuevo de una labor de explotación o de gerencia de empresa por tenencia diligente y rentable. En suma, es posible reconocer un uso que, a mayor posibilidad, se sostiene también con la interpretación generosa que se propone del mismo artículo 1767 del Código Civil, para que pueda parecer que lo que sanciona es el mal uso, no el buen uso. Autorización legal para usar que, en fin, pueda ser entendida incluso no solo como el permiso sino como la obligación de recaudar unos intereses, sumergiendo la cosa en el mercado en el que se posibilita la obtención de los mismos, completando tal rendimiento con la tarea de imputarlos a un pago.

Encontrando acomodo en tal lectura del Código Civil, este trabajo predica una tenencia responsable, con una guarda apropiada y con la garantía de no quebranto ni deterioro, que implica necesariamente una labor de administración o de gerencia diligente. A esto se une una afección en la obtención de rentabilidad que, lejos de un apartamiento del mercado para el solo almacenamiento, comporta una inmersión en el escenario productivo para, desde luego, asegurar los frutos civiles en forma de intereses. Cuanto más, en un escenario ordenado por la Constitución en la que poseen eficacia directa los preceptos que conforman la llamada «Constitución económica», los artículos 33, 38, 128 CE ya referidos con anterioridad.

Por todo lo cual, antes de una autorización de dueño para mayor uso, es la eficacia misma de la norma (arts. 1867 y 1868 del Código Civil) la que permite al acreedor pignoraticio un uso. De esta manera, la prohibición expresa del artículo 1870 del Código Civil (como también la prohibición rotunda del art. 1767 del Código Civil, cuando se confronta con la productividad que contempla el art. 1770 del Código Civil para que la obtenga el depositario y que deberá acumular en su entrega al depositante) deberá ser interpretada respecto

a la prevención o represión del abuso, o restringida al supuesto en el que la cosa, efectivamente, se deteriore por el uso y, aún dentro de este, ponderando entre una caducidad calculada —«obsolescencia programada», que enfrenta a todo desuso— y una pérdida de oportunidad de cara a la rentabilidad que puede ofrecer el mercado: habrá que sopesar el deterioro calculado por el fabricante y el efecto de un mercado devaluador para saber cuando se pierde más por el desuso (y procurar entonces evitarlo).

Uso del retenedor que se está defendiendo en este estudio y que parece ser lo más justo en la actualidad, encontrando sendos referentes normativos, además de los más concretos al caso que puedan darse por vía negocial (y así se recomienda desde el análisis económico de la situación), para explicar y extender, en igual sentido, la interpretación literal más sencilla pero que es acorde con la interpretación favorable al uso. En esa línea hay que comprender las previsiones del artículo 1882 del Código Civil para el acreedor anticrético y lo regulado en otros derechos reales donde no debe haber mayor debate: en el usufructo, cuando por definición se ha de contar con la facultad de uso a fin de obtener el rendimiento o frutos (con el refuerzo que presta al artículo 467 del Código Civil el art. 479 del Código Civil —al conferir las servidumbres y, por ende, lo necesario para el uso—); y en la posesión misma, cuando se tiene propiamente o, lo que es lo mismo, en concepto de dueño, por lo que, si en actos de riguroso dominio se sabe la disposición, cuanto más cabe legitimar la gestión de uso o administración (es ilustrativo, por demás, el artículo 457 del Código Civil que dispone que el poseedor de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo).

Después de todas estas posibilidades legales, en la determinación de las amplias facultades del derecho de retener que se predicán, lo conveniente es impulsar la negociación para que, con ocasión de constituir la garantía, queden fijadas las condiciones más apropiadas, según el análisis económico y la oportunidad de mercado en equilibrio con el referente social, para concretar el tratamiento más óptimo de la garantía, es decir, para contemplar la retención desde la más sencilla y suficiente guarda a la más activa dispensación de cuidados, hasta la más precisa y necesaria explotación; así como también, con el refuerzo del clausulado, acordar los costes de la detentación (GUILARTE ZAPATERO, 1990, 532)²⁸ y fijar el momento y condiciones de una conveniente realización de valor para terminar la detentación ante la resistencia del impago y la evidencia de dejar de operar el beneficio y soportarse en la prórroga una carga (evitando siempre que la vía negocial incurra en un ejercicio abusivo o antisocial —según se ha advertido desde el principio de este estudio— si es que a través de la retención se pretende, por ejemplo, un almacenamiento especulativo, reservando o aplazando la inmersión en el mercado de los bienes retirados a una oportunidad de mayor demanda y rentabilidad comercial, lo

que puede llegar a constituir un fraude de ley por utilizar la retención para una pignoración puramente especulativa o incluso ser reprochable a tenor la regulación de la competencia).

IV. CONCLUSIONES

I. La conveniencia de una delimitación de la figura. Corresponde abordar la delimitación de la figura para concluir lo que no es el *ius retentionis* (una manifestación de abuso de derecho, un privilegio, una retención sin tenerla frente a un deudor) y para saber el campo en el que opera (como una institución propia del Derecho Privado).

El *ius retentionis* es una figura que demanda un tratamiento que contribuya a clarificar su legitimidad, fundamentación y eficacia o alcance, una vez descartado que se trate de un privilegio y una vez asumido que se proscribe todo recurso al ejercicio abusivo de la prolongación de la posesión. De igual modo, hay que rechazar la tenencia que, aunque manifieste la misma apariencia posesoria que la posesión legítima y de esa forma busque la tutela jurídica, se sustente en la sustracción. Por todo ello, en este trabajo se ha constatado una mala praxis en aquellas modalidades de retención ausentes de causa que están provocando abundante litigiosidad.

Con el referente de la igualdad ante la ley, de la justa causa negocial, de la precisa preservación de la igualdad entre partes y de la proscripción del abuso de derecho quedaría bien informado el recurso a esta figura. Escapa además a esta institución la retención que se ejerce sin consideración a un deudor (algunos supuestos localizados y puntualmente relacionados en los antecedentes del estudio —por todos el supuesto del albaceazgo—) así como la retención negociada con fines fraudulentos (aparentando mejor derecho frente a un acreedor o apartando un bien del tráfico por pura especulación), de manera que todos esos supuestos extraños deben ser separados del régimen propio acotado.

El estudio del *ius retentionis* permite clarificar también que este ha de operar en el tráfico entre particulares, es decir en el Derecho privado, en tanto la generalización de la autotutela en Derecho Administrativo extendería la manifestación retenedora que, en equidad, ha de ser extraordinaria, aunque el *imperium* pueda fundamentar alguna frecuencia retenedora, quizá excesiva, a favor de los Poderes Públicos. Como también, este estudio viene a situar la clave para abordar el derecho de retención en el tráfico entre particulares, teniendo el Código Civil como instrumento normativo de referencia, de actualidad y de gran eficacia jurídica ya que posee un articulado intemporal sobre cuyo tenor conviene volver para extraer la mayor y mejor significación.

II. La necesidad de un tratamiento unitario. El *ius retentionis* es una figura que ha de ser abordada con un tratamiento unitario, superando el casuismo

y proclamando sus fundamentos y argumentos de justicia informantes. Esta unificación pasa por superar toda radical contraposición entre derechos de crédito y derechos reales, sujetando el Derecho Patrimonial al Derecho Social y Económico Constitucional, contribuyendo a que los preceptos que conforman la llamada «Constitución Económica» ganen eficacia jurídica y así superar la opinión de quienes los califican por su valor programático más que por su aplicación directa.

En efecto, la conveniencia de la relación de supuestos reconocidos en la norma va a permitir, en lugar de evidenciar una dispersión y una diversidad, unificar su tratamiento y depurar su fundamentación, a partir del entrelazamiento, análisis, concordancia e integración de las normas reguladoras, partiendo del referente primero y común del hecho posesorio que se tutela jurídicamente como exteriorización de un derecho (desde luego del derecho de propiedad) y, además, por esperar de todo poseedor el cumplimiento de una función social que se alcanza con el rendimiento que en la tenencia o en la retención se obtiene.

La armonización del tratamiento de esta institución, desde su fundamento, se completa con la generalización de su inclusión por vía negocial, como cauce para velar por la seguridad jurídica de la figura, ajustándose siempre a la razón que en Derecho la explica: ser un mecanismo de reequilibrio entre las partes, de sobretutela de la parte débil contratante, para evitar una mayor onerosidad a favor del acreedor en garantía de su crédito y para compensar su posición favorable, añadida con los costes de la misma tenencia y cuidado de la cosa. Por tanto, cualquiera que sea su fuente, aunque haya distinción en el supuesto particular que acoja el *ius retentionis* (ya sea un derecho crediticio o un derecho real el que le anteceda y desde el que se genere) hay que legitimarlo e interpretarlo según los criterios de la causa y la equidad —en su fundamento—; como también, según la naturaleza de la cosa, se ha de favorecer —en su proyección y contenido— la interpretación de la norma y la concreción o constitución por la libre negociación (en las modalidades de depósito, de préstamo, de obra,...) favorable al uso rentable y la oportunidad de realización de valor, siempre en correspondencia con una justa contraprestación, evitando el enriquecimiento y el empobrecimiento injusto.

En el estudio de esta figura se encuentra un argumento añadido para difuminar la rígida compartimentación entre derechos de crédito y derechos reales ya que, arrancando en una titularidad meramente crediticia, puede consolidarse la tenencia en un derecho real pleno, el *ius retentionis* que emerge a partir del concepto general de posesión o del el concepto particular de prenda; como también, desde una titularidad real cabe estimar el *ius retentionis* como un dominio debilitado en tanto una trascendencia real querida legitime un negocio fiduciario, aunque no implique una plena y definitiva consolidación del dominio. Por demás, el estudio ha servido para profundizar en ciertos contenidos de la titularidad crediticia y real, base del *ius retentionis*, y para poder explicar

(contribuyendo con ello a rebajar la rigidez en esta contraposición) un mayor contenido y unas facultades amplias de gestión y disposición.

III. La realidad de unos rasgos diferenciadores no impeditiva del tratamiento unitario. Debe entenderse que los rasgos diferenciadores reconocidos tras el recorrido por los diferentes supuestos no son esenciales ni impeditivos de un tratamiento unitario. Y es que es preciso comprender también el por qué del tratamiento separado tradicionalmente seguido, a partir de una variedad de supuestos y por razón de un prejuicio negativo para asumir la unificación. Sin embargo, la unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico exigen el reconocimiento de argumentos de justicia comunes para legitimar el *ius retentionis*, cuales son el mencionado reequilibrio entre las partes, la evitación de una mayor onerosidad, la justicia del contrato, el ponderar efectivamente en equidad, la causa según una justa contraprestación y la garantía del crédito.

Si bien, aquella diversidad obedece a que no es menos cierto que hay variables que permanecen y que son dignas de ser destacadas ya que en un derecho real se da la retención como expresión misma del constituyente traspaso posesorio, así ocurre en la prenda mobiliaria ordinaria, aunque con un matiz importante como es que se prorrogue la posesión en garantía de un segundo débito no constituido con garantía real; mientras que en contratos como el de depósito se reconoce la retención en concepto de prenda si bien se duda que sea una pura prenda al pensar en sustraerle el *ius distrahendi*. De otra parte, en el arrendamiento, se favorece la retención aunque no en concepto de prenda, si bien hay una trascendencia real en tanto se sujeta al régimen de la posesión; de otro lado, en supuestos nacidos de negocios fiduciarios, la relevancia real es plena en ese traspaso posesorio aunque se va a afirmar que para que sea válido y no padezca desproporción el dominio del fiduciario es debilitado.

Conforme se infiere esos rasgos diferenciadores no serán impeditivos del tratamiento unificador, sobre todo porque con este estudio se han constatado numerosas soluciones normativas notablemente confusas y su clarificación requiere una configuración unitaria para contribuir a la eficacia de la figura que, en efecto, se estima que se alcanza con esta construcción: tratamiento unificador y configuración unitaria (una vez constatado que ciertas indefiniciones y la excesiva dispersión se ha traducido en una falta de utilidad y conflictividad dilatadora y disfuncional).

Diferencias localizadas que, en efecto, no se consideran sustanciales ni impeditivas del tratamiento defendido, ya que prevalece un fundamento común y una realidad práctico-social a la que proyectarse, permitiéndonos depurar el sentido que en ciertas figuras crediticias tiene la fuerza de la letra en concepto de prenda; como también en otras categorías reales se vence la resistencia para considerar un amplio contenido de facultades, desde la general posesión, al detentarse en concepto de dueño, hasta la particular prenda con el uso permitido en el artículo 1868 del Código Civil, consiguiendo matizar la rigidez aparente

de preceptos como el artículo 1870 del Código Civil. Interpretación favorable que también posibilita el artículo 1770 del Código Civil al regular el depósito y obligar a la devolución de la cosa con los productos y accesiones. Precepto este que tan gráficamente ha servido para interpretar el artículo 1767 del Código Civil (que debe permitir un uso proclive a la eventual producción, antes que la conversión de ese depósito en préstamo, según prevé el art. 1768 del Código Civil; acorde también al contenido del artículo 1765 del Código Civil que contempla la posibilidad de haber usado e incluso dispuesto con generación de plusvalía). En definitiva no debe sostenerse una rigidez donde el legislador no la impone, cuanto más cuando la causa o finalidad práctico social desaconseja el *ius retentionis* en su *status quo* y como sola medida de presión para el cobro ya que entonces no servirá a su mayor significación y más exigente función, que pasa por garantizar la utilidad particular y general con el incesante rendimiento óptimo individual y social.

IV. La apuesta por el reconocimiento de una amplitud de facultades. La necesidad del reconocimiento de una amplitud de facultades es clave para la eficacia del *ius retentionis*. La prórroga en la posesión de una cosa ha de justificarse en su valor económico y, por ende, con sujeción a una dinámica necesaria para conseguir su rentabilidad preservando su dimensión patrimonial, en armonía a su rendimiento social. Así lo informa la naturaleza de la cosa en su desenvolvimiento afectado a la utilidad para los particulares y para no perder el valor de mercado; y, siempre, según ordena el referente constitucional que manda preservar el interés general, servido con la función social.

Eficacia jurídica, la del *ius retentionis*, que pasa por favorecer la realización de valor en tanto la titularidad de la tenencia para la garantía del crédito, si se aquieta en la mera detentación, puede resultar gravosa, bien sea por los costes de guarda bien sea por la falta de rendimiento social y la pérdida de valor o deterioro. Antes de esa ejecución, expresión de un ejercicio de derecho subjetivo pleno en el que reconocer el poder de disposición, hay que atender a un poder de gestión, a materializar con un uso apropiado y necesario, favorecido (y urgido, incluso) con el referente constitucional pero ya ampliamente autorizado en el contenido codificado. En efecto, existen en el Código Civil suficientes preceptos que inspiran esa interpretación y, por tanto, hay que concluir una vez más a favor de la actualidad y virtualidad de este texto legal principal.

Todo ello justifica la necesidad de un análisis económico y, según la naturaleza de la cosa, de calibrar la oportunidad y la conveniencia de pactar la autorización para el uso así como de interpretar la cláusula contractual o la norma del supuesto particular, en caso de conflicto y para concretar y solucionar supuestos de retención, de modo favorable a un nivel, cuando menos, de uso mínimo: el preciso para una guarda activa, cualificada y de gestión rentable. También se debe favorecer el *ius distrahendi* porque, antes de asistir a situaciones en las que la tenencia y la conservación puedan ser tan antieconómicas

o gravosas como el acceso a la titularidad misma, es práctico concluir que la mayor seguridad en la función de garantía, que representa el retener, se alcanza con la ejecución forzosa de la cosa retenida para salir del *ius possidendi*.

En atención a lo expuesto es conveniente concebir la figura como un derecho subjetivo, integrado por un haz de facultades necesarias y amplias para servir a su función de garantía, con una naturaleza real. Así, como derecho real de garantía, se ha podido avanzar en su configuración invocando la prenda como figura de referencia para entender el *ius retentionis* con la aspiración de conseguir una mayor significación y eficacia en consideración a varias cuestiones: primera, se cita su concepto como el propio por el que retener, así en distintas figuras contractuales (cuando el articulado del Código repite que se retendrá en concepto de prenda); en segundo lugar, respecto a su regulación particular, se sabe de su naturaleza de derecho real; en tercer lugar, por el expreso reconocimiento que contiene la prenda de la facultad retener; en cuarto lugar, porque en dicha regulación se recoge un *ius distrahendi* de modo indubitado; en quinto lugar, puesto que esa prórroga de la retención en garantía del crédito, se hace con una extensión tal que se dispone a favor de un segundo crédito que incluso pudo contraerse sin garantía real; en sexto lugar, porque cuenta con una consideración de crédito privilegiado; y finalmente, en séptimo lugar, en relación a la facultad de uso, pudiendo superar el debate en su fuente negocial mediante el pliego obligacional y, en todo caso, interpretando el régimen legal como favorable a la misma. Y es que, en fin, lo que guía este estudio, según se concluye de la propuesta del contenido amplio del derecho de retención realizada, es reforzar la seguridad del tráfico, reforzar la función de garantía y permitir optar por una visión de la economía que trasciende al titular del *ius retentionis* para contribuir de modo incesante a un interés general desde el rendimiento —más óptimo— económico de los bienes y, por ende, social, según exige el mandato constitucional.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 29 de marzo de 1984
- STS Sala Primera de 7 de julio de 1987
- STS de 4 de octubre de 1989
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS Sala Primera de 27 de enero de 1998
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 21 de octubre de 2002
- SAP de Ávila de 23 de noviembre de 2002
- STS de 5 de febrero de 2003
- STS de 13 de febrero de 2007

- STS de 31 de enero de 2008
- STS de 31 de diciembre de 2008
- SAP de Murcia de 10 de mayo de 2011

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, J.M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALES IMBERNÓN, N. Y COLAS ESCANDÓN, A.M. (2010). *Contratos de garantía*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CAZORLA PRIETO, L.M. (1985). *Comentarios a la Constitución Española*, artículo 128, Madrid: Civitas.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Derecho de Cosas, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ CALLE, E. (2011). El derecho de retención sobre bienes inmuebles, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII, Edersa.
- LÓPEZ SANTANA, N. (2002). *El contrato bancario de administración de valores*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, Serie Derecho, núm. 95.
- MARTÍN PÉREZ, A. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VI, Madrid: Edersa.
- MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M. (2003). Sinopsis artículo 128 CE. Congreso de los Diputados [En línea], disponible en <http://www.congreso.es.consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>
- ROCA JUAN, J. (1982). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXII, Vol. 1, Madrid: Edersa.
- SABATER BAYLE, I. (1992). La facultad de retención posesoria, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13.
- VIVAS TESÓN, I. (2002). El contrato de mandato: Tirantonline (TOL 173.298, 2002).

NOTAS

¹ Según los dictados de la «Constitución económica» o referentes principales y vinculantes informadores del desenvolvimiento de los bienes de rendimiento económico y su sujeción, en armonía con la titularidad real dominical, a una función social e interés general. Por lo que hay que hablar de «análisis económico del Derecho» para observar y garantizar la oportunidad en costes.

La Constitución, corrigiendo excesos liberales, participa de la concepción, común a las sociedades modernas, de que la economía, por su dimensión social, ostenta un protagonismo esencial para la convivencia democrática y la configuración de un orden social justo. MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M. (2003). Sinopsis artículo 128. Congreso de los Diputados [En línea], disponible en <http://www.congreso.es.consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>.

² Siendo oportuno traer a colación como referente normativo de arranque de esa política de justicia social y protectora de los deudores hipotecarios el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios (que concedía el plazo de dos años de suspensión de los desahucios). *BOE* de 16 de noviembre de 2012. www.boe.es.

³ «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 pública, o permite a los terceros confiar en ella». *Vid.* DíEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Derecho de Cosas, Madrid: Tecnos (p. 88).

⁴ Se puede ejemplificar tal detentación impropia, aún desde el justo título, en el supuesto de un depósito judicial (art. 1785 del Código Civil) con el que, desde la mera guarda o almacenamiento, se obstaculice el rendimiento económico que, sin interrupción, merece el interés social o se anule con el deterioro de la cosa por su misma falta uso o cuidado activo. Y es que ese artículo 1785 del Código Civil no puede aplicarse sin observar el contenido obligatorio impuesto en el artículo 1788 del Código Civil.

Ad exemplum, se puede recordar el secuestro de un caballo de carreras que, con el transcurso del tiempo, degenera en un «jamelgo» sin posible rendimiento —baste recordar el embargo que se dispuso con ocasión del llamado caso Roca o caso Malaya, por especulación delictiva en Marbella, con el problema de embargo de la finca La Caridad que era propiedad de este imputado y de lo que se hizo eco la prensa: «El problema ahora es qué hacer y dónde alojar tanto los animales como los objetos, todos intervenidos judicialmente por el tribunal que juzga el caso Malaya. La administración judicial y el procesado, bajo la tutela del tribunal, han alcanzado un acuerdo para que se venda la cuadra, sin embargo, y por el momento, no se halla comprador» www.malagahoy.es. 19 de febrero de 2011—.

Ya previó esta situación ROCA JUAN relativizando una rigidez en la posibilidad de reconocer la facultad de uso a favor del depositario, previendo precisamente que quepa ese uso porque se autorice por el dueño de la cosa y sin que por ello deje de ser depósito y se convierta en comodato, en tanto la función principal sea la guarda y accesorio el uso que puede darse en interés del propio depositante y que se dé, en cualquier caso, por necesidad (caso del deber de conservación de un animal que debe ejercitarse). *Vid.* ROCA JUAN, J. (1982). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXII, Vol. 1, Madrid: Edersa, p. 238.

⁵ La doctrina constitucionalista, como la representada por CAZORLA PRIETO ha venido interpretando el artículo 128 CE como un precepto de rango meramente programático, de difícil aplicación directa, sin que esto implique renunciar a conseguir mayor eficacia del mismo «como manifestación de un postulado informador de todo el ordenamiento constitucional español», resultando recomendable su invocación en apoyo de otros preceptos. CAZORLA PRIETO, L.M. (1985). *Comentarios a la Constitución Española*, artículo 128, Madrid: Civitas (p. 1877).

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 918/2008 de 31 de diciembre, que a su vez se remite a otros precedentes, en la que se argumenta en contra de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes. Solo la existencia de un derecho de retención justificaría la conducta del letrado, prosigue afirmando la STS 918/2008: existe apropiación indebida cuando el letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos, porque su minuta no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación (STS de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, solo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación.

Cabe señalar, con la STS 92/2008 de 31 de enero, que: «Existe al respecto una consolidada doctrina de esta Sala que niega al abogado una especie de *ius retentionis* que le permitiría

hacerse “autopago” de minutas debidas con el cobro de cantidades por otros conceptos que le hubiese encargado su principal. En tal sentido, podemos citar las SSTs 1749/2002 de 21 de octubre, 150/2003 de 5 de febrero, 117/2007 de 13 de febrero. Se podrá discutir si se está en presencia de un delito de apropiación indebida, como se sancionó en la sentencia sometida al presente control casacional, o bien en el delito de deslealtad profesional del artículo 467-2.º que sería el delito especial por la condición de sujeto activo frente al genérico de apropiación indebida, pero en todo caso, lo que es claro es que resulta claramente antijurídico el hecho de que el Abogado o Procurador haga suyo las cantidades recibidas sin entregarlas a su principal al socaire de minutas o derechos que aquel les deba».

⁷ Así lo constata y expresa I. SABATER BAYLE (1992), en el estudio titulado *La facultad de retención posesoria*, publicado en la *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13, 77.

⁸ STS, 1.ª, 4 de octubre de 1989, Recurso núm. 679. TOL núm. 1.731.445. [www. tiranonline.com](http://www.tiranonline.com).

⁹ GÓMEZ CALLE, E. (2011). El Derecho de retención sobre bienes muebles, *InDret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.

¹⁰ De esta conclusión se hace eco doctrina autorizada que toma este referente para fundamentar el tratamiento separado y fijar naturaleza y eficacia diferente en cada supuesto. Por todos, ROCA JUAN, J. (1982). *Op. cit.*, p. 289.

¹¹ Al referente doctrinal anterior autorizado se suma, en esta cuestión primera de aportar un concepto único, el de SABATER BAYLE, I. *Op. cit.*, 75-101.

¹² Por todos, recurriendo a la doctrina clásica, se puede citar el concepto recogido en la obra de FEDERICO DE CASTRO: «El derecho subjetivo, en nuestro Derecho, puede ser considerado como ‘la situación de poder concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa’...Es un poder confiado a un miembro de la comunidad... se le confiere una posición de superioridad... su esencia se manifiesta en un doble valor: como poder sobre una situación jurídica (poder de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de los lícitos)». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas, p. 573.

¹³ Debe evitarse una vinculación perpetua (y no solo superando un Antiguo Régimen y sus figuras de manos muertas o mayorazgos, si no en el Derecho moderno evitando posesiones indefinidas separadas del dominio y, en este, rechazando la falta de dinámica en tráfico o en gestión y explotación comprometida a la naturaleza y rendimientos sociales y económicos) con la experiencia de una posibilidad de relaciones indefinidas negativas como la arrendaticia ya superada, caminando paulatinamente desde aquella primera sobreprotección a favor del inquilino que casi desnaturalizaba la figura —exigente, por definición, con una temporalidad, según el artículo 1543 del Código Civil— y que la LAU de 1964 mantenía, aunque se liberalizó a partir de 1985 y, desde luego, ya con el texto articulado de 1994.

¹⁴ Con referencia a los artículos 127 y 128, también a los artículos 301.5 y 374 CP y al artículo 385 bis relativo a la materia de seguridad vial. Otras referencias específicas al comiso en el artículo 431 respecto a los delitos de cohecho y tráfico de influencias; y, en fin, el artículo 317.3.º en los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo.

¹⁵ Con la STS, Sala Primera, de 7 de julio de 1987, en palabras resumidas de SABATER BAYLE, se viene a considerar la naturaleza jurídica de la facultad de retención posesoria —que se aleja de lo declarado en la Sentencia de 24 de junio de 1941— afirmando que el artículo 1730 del Código Civil reconoce a favor del mandatario una garantía real pignoratícia. SABATER BAYLE, I., *op. cit.*, 81.

¹⁶ Así argumenta MARTÍN PÉREZ que aborda el fundamento de la protección posesoria fijándolo primeramente como exteriorización de la propiedad y, en general, como apariencia de los derechos (tal como lo refiere IHERING, SAVIGNY Y MESSINEO); entendiendo que este argumento debe completarse con la función social que cumple la posesión, por lo que se ha de comprender, invocando a autores como BARASSI O HERNÁNDEZ GIL, que la intervención productiva sobre una cosa o patrimonio es más útil económicamente que la

titularidad hueca. MARTÍN PÉREZ, A. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VI, Madrid: Edersa (pp. 9-13).

¹⁷ En esta posición favorable relaciona GÓMEZ CALLE doctrina francesa y alemana, citando además el párrafo 61 del Capítulo I de la Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, elaborada por la CNUDMI. GÓMEZ CALLE, E. (2011). «El derecho de retención sobre bienes inmuebles», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf_es_.pdf.

¹⁸ En particular, en este contrato de obra, se presenta un alto número de litigiosidad, invocando en este estudio y para resaltar la eficacia del *ius retentionis* algunos referentes de doctrina de tribunales: SAP de Ávila, núm. 267/2002, de 23 de noviembre (*JUR* 2003, 13680 Aranzadi Insignis) y SAP de Murcia (Sección 5.ª), núm. 135/2011 de 10 de mayo (*JUR* 2011, 214537), reconociéndose una eficacia civil por encima de una normativa administrativa (por ejemplo la exigente con la emisión de presupuesto) e incluso afirmando este derecho de retención por los trabajos realizados que sean, aunque no haya reparación (quizá por acontecer un desistimiento antes de la reparación completa).

¹⁹ En este sentido razona VIVAS TESÓN, cuando aborda la ineficacia del precontrato en el mandato. VIVAS TESÓN, I. (2002). «El contrato de mandato». Tirantonline (TOL 173.298, 2002).

²⁰ Porque es lícito el mismo negocio fiduciario que dio causa a la atribución patrimonial de fiduciante a fiduciario. Negocio fiduciario que «consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista», según la STS de 2 de diciembre de 1996 y, posteriormente, STS de 5 de marzo de 2001.

²¹ Abordar la cuestión más polémica del *ius retentionis* es debatir su naturaleza, según afirma LÓPEZ SANTANA, a propósito de estudiar la normal inclusión en las Condiciones Generales de Contratación de los contratos tipo de depósito y administración de valores, la facultad de los bancos de enajenar los valores cuando en la «cuenta de efectivo» se origine un saldo deudor. Esta autora se ocupa de la necesidad de dilucidar si participa de una naturaleza real y, en concreto, pignoraticia que parece que se recoge en los artículos 1730 y 1780 del Código Civil, haciéndose eco de una doctrina mayoritaria que niega tal relevancia real (si acaso aceptando la oponibilidad a terceros); aunque al mostrar el debate queda plasmada la postura de autores como DEL POZO CARRASCOSA, que sí esgrimen argumentos favorables al reconocimiento de la relevancia real, tanto el literal (según el tenor de los dos preceptos y su reseña expresa a la prenda) como el finalista (al entender la utilidad y mayor tutela que con esta garantía se presta al acreedor). LÓPEZ SANTANA, N. (2002). *El contrato bancario de administración de valores*, Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones, Serie Derecho, núm. 95, pp. 355-360.

²² Aunque, precisamente en el depósito, un argumento en contra y para el debate es aquel en el que, reconociendo que el depósito puede constituirse por quien no es dueño de la cosa, se plantea el riesgo de ejecutar lo ajeno al deudor (cfr. art. 1771 del Código Civil).

²³ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

²⁴ Así se interpreta, según ese fundamento y esa finalidad, con ocasión de estudiar el contrato de prenda en particular, en la obra de BUSTO LAGO, J.M., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., MORALES IMBERNÓN, N. y COLAS ESCANDÓN, A.M. (2010). *Contratos de garantía*, Tirant Lo Blanch.

²⁵ Aunque esta rigidez para reconocer facultades de uso y administración al depositario (confirmada repetidamente y con variados argumentos, como el que puede representar la prohibición de compensación del art. 1200 del Código Civil), se puede relativizar admitiendo, antes de entrar en esa fase de retención o tenencia prorrogada y estando todavía en la tenencia ordinaria del depósito, una extracción de frutos naturales a favor del depositario —por ejemplo, las crías de un animal— o, más sencillo aún, evitando el deterioro de una máquina que precisa un funcionamiento.

²⁶ Lo que explica que el depósito se pacte con carácter oneroso (al amparo de la opción negocial que concede el art. 1760 del Código Civil) y que los Tribunales rechacen considerar como gastos los contemplados en el artículo 1779 del Código Civil puesto que, en realidad, se trata de la retribución, de modo que no es procedente imputarlo en el reembolso (STS, 1.^a, de 27 de enero de 1998, 1837-1994).

²⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990). *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII, Madrid: Edersa, p. 531.

²⁸ Evitando un conflicto en cuestiones confusamente ordenadas, como la relativa a si existe obligación de anticipar los gastos necesarios para la conservación de la cosa, respecto a la que se pronuncia GUILARTE ZAPATERO afirmando que del derecho de reembolso que contempla el artículo 1867 del Código Civil no se deduce la obligación del anticipo, solo el derecho de recuperar del pignorante el eventual anticipo. GUILARTE ZAPATERO, V.: *op. cit.*, p. 532.

*(Trabajo recibido el 5-4-2016 y aceptado
para su publicación el 5-5-2016)*

Productos y rentas en el Código Civil

Products and rentals in the Civil Code

por

CARLOS VIGIL FERNÁNDEZ
Profesor asociado de Derecho Civil
Doctor en Derecho

RESUMEN: El objeto de este artículo es encuadrar los frutos dentro de las más amplias categorías de ingresos y patrimonio. Analizar las fuentes de los frutos y sus clases, prestando especial atención a las rentas. Este examen va acompañado de opiniones críticas del autor, aportaciones y sugerencias que permitan contribuir a asentar una teoría general de los frutos. Como colofón se propone una nueva redacción de determinados preceptos del Código Civil.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to frame the fruits within the broader categories of income and patrimony. Analyze the sources of the fruits and their classes, paying special attention to the rentals. This test is accompanied by the author's critical views, contributions and suggestions that would help settle a general theory of fruits. As a postscript redrafting of certain provisions of the Civil Code is proposed.*

PALABRAS CLAVE: Patrimonio. Ingreso. Fruto. Producto. Renta.

KEY WORDS: *Patrimony. Income. Fruit. Product. Rental.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RIQUEZA O PATRIMONIO.—III. LOS INGRESOS Y SUS FORMAS.—IV. ADQUISICIÓN DE BIENES

Y DERECHOS: 1. TÍTULOS. 2. LA ACCESIÓN POR PRODUCCIÓN. 3. ACCESIÓN Y PROPIEDAD. 4. FRUTOS Y PRODUCTOS. 5. FRUTOS Y RENDIMIENTOS.—V. FRUTOS NATURALES E INDUSTRIALES: 1. FRUTOS NATURALES. 2. FRUTOS INDUSTRIALES. 3. CARACTERÍSTICAS.—VI. FRUTOS CIVILES: 1. LAS RENTAS: A) *Rentas de arrendamientos*. B) *Rentas perpetuas, vitalicias y análogas*. 2. INTERESES. 3. BENEFICIOS DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS. 4. CARACTERÍSTICAS. 5. REFLEXIONES EN TORNO A LOS FRUTOS CIVILES.—VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA PERSONAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

En el lenguaje vulgar, cuando hablamos de frutos podemos referirnos a los biológicos, a los bienes conseguidos por el ingenio o el trabajo humano, al producto o resultado obtenido, o a las producciones de la tierra con que se hace cosecha.

Nuestro Código Civil prescinde de definir los frutos, y opta por enumerar sus diferentes especies. Con carácter general, entiende que son frutos los productos y las rentas. A ellos dedica más de setenta alusiones a lo largo de su articulado, la mayoría de las veces dispersas por sus cuatro libros. Esta dispersión está acompañada por los múltiples nombres que reciben, debido al frecuente uso de términos sinónimos, como «aprovechamientos», «utilidades» o «ventajas».

La doctrina ha sabido censurar la terminología obsoleta utilizada por el legislador, por ser inadaptada a los parámetros de la economía actual y a las nociones tributarias y contables de ganancias, rentas y beneficios¹. También ha aportado numerosas interpretaciones de la redacción legal, desde diferentes puntos de vista². Incluso ha sugerido nuevas denominaciones para los frutos, en un afán por clarificar la cuestión³.

Este mismo afán es el que ha llevado al Tribunal Supremo, en Sentencias de 6 de marzo de 1965 (*RJ* 1965, 1436) y 5 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1403), a dar una definición de frutos como «todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad, se deriva de la utilización o explotación de una cosa».

Con apoyo en los trabajos de los autores, y en la jurisprudencia recaída, el propósito de este estudio es aportar ideas que contribuyan a la comprensión de la sistemática de los frutos. Para ello se tendrán en cuenta también a otras ramas de nuestro Ordenamiento Jurídico, que compararemos con la normativa civil.

Comenzaremos acercándonos al concepto de patrimonio desde el punto de vista legal. Tras esta primera aproximación, analizaremos su aumento a través de los ingresos, y las formas que estos pueden adoptar. Posteriormente nos detendremos en los ingresos consistentes en bienes y derechos, y sus vías de adquisición, con especial referencia a la accesión, para llegar así al examen de los bienes y derechos llamados frutos, respecto a los que nos fijaremos en

sus tres clásicas variantes de naturales, industriales y civiles, así como en sus características. Se culminará con el desarrollo de las principales conclusiones y de una serie de reflexiones del autor, que irán seguidas de una propuesta de regulación, que desde este momento someto a opiniones más autorizadas en la materia.

II. LA RIQUEZA O PATRIMONIO

Una adecuada comprensión del enfoque legal de los frutos exige enmarcarlos dentro del ámbito de los ingresos, y a estos dentro del concepto de patrimonio. Frutos, ingresos y patrimonio tienen un significado económico y jurídico.

Las alusiones al patrimonio son constantes en nuestra legislación. En el campo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se distingue entre patrimonio afecto y no afecto a una actividad económica⁴, y se tienen en cuenta las ganancias y pérdidas patrimoniales⁵. La normativa del Impuesto sobre Sucesiones contempla el patrimonio preexistente a la hora de calcular la cuota impositiva a pagar por recibir todo o parte de una herencia o legado⁶. Y se prevé la dispensa de tributación por IVA en la transmisión del patrimonio empresarial⁷, y de su autoconsumo externo⁸ e interno⁹.

En este ámbito fiscal, se define por la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, como el conjunto de bienes y derechos minorado por las cargas, gravámenes, deudas y obligaciones de las que deba responder¹⁰.

Si bien es el Código de Comercio la norma que más nítidamente expresa lo que es el patrimonio. Establece que en el balance de toda empresa figurarán de forma separada el activo, formado por bienes y derechos, y el pasivo u obligaciones. La diferencia entre ambos es el patrimonio neto (art. 35 CCom)¹¹, representado por la siguiente ecuación:

$$\text{VALOR DEL PATRIMONIO} = (\text{BIENES} + \text{DERECHOS}) - \text{OBLIGACIONES}$$

El Código Civil acoge una noción de patrimonio circunscrita a bienes y derechos, en relación al perteneciente a los hijos (art. 167 del Código Civil), al ausente (art. 186 del Código Civil) y a los cónyuges (art. 1381 del Código Civil). Lo que persigue, es proteger los intereses económicos de estas personas en determinadas situaciones.

La noción exacta de patrimonio, seguida por la legislación fiscal y el Código de Comercio, entendiéndolo como diferencia entre bienes y derechos, y obligaciones, también tiene su plasmación en el Código Civil, siquiera tímidamente:

1. En el tratamiento del usufructo de la totalidad de un patrimonio, a cuyas deudas se les aplicarán los artículos 642 y 643 del Código Civil, debiendo el

usufructuario pagar las existentes al constituirse el usufructo, no las posteriores, salvo que el usufructo se haya constituido en fraude de acreedores (art. 506 del Código Civil).

2. Con ocasión de la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad, compuestos respectivamente por bienes y deudas (arts. 1397 y 1398 del Código Civil).

3. Al regular el régimen económico matrimonial de participación en ganancias, se estima que el patrimonio de cada cónyuge está constituido por bienes y derechos y por obligaciones (arts. 1418 y 1419 del Código Civil)¹².

III. LOS INGRESOS Y SUS FORMAS

Sorprende que el Código Civil raramente usa la palabra ingreso. De hecho, es relativamente novedosa en su articulado, y solo aparece en dos ocasiones: al tratar de los recursos de los hijos mayores o menores emancipados en casos de crisis matrimonial (arts. 82 y 93 del Código Civil, en la redacción que tienen tras la Ley 15/2015, de 2 de julio y la Ley 11/1990, de 15 de octubre, respectivamente), y en los supuestos de liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona (art. 1409 del Código Civil, cuya redacción data de la Ley 11/1981, de 13 de mayo).

Todo ingreso se traduce en un incremento del valor de un patrimonio. Los ingresos pueden tener lugar:

- a) En forma de aumento de valor de los activos.
- b) Como disminución o extinción de los pasivos u obligaciones.
- c) Como entradas de bienes y derechos en el patrimonio¹³.

Esquemáticamente se puede representar conforme al siguiente cuadro:



Estas tres formas de ingresos que permite el Código de Comercio son admitidas por el Código Civil:

a) El aumento de valor de los activos, con ocasión del transcurso de lapsos de tiempo y transmisiones de bienes habidas en:

- Rescisiones de donaciones por supervivencia de hijos (art. 645 del Código Civil).
- Fallecimiento (arts. 818, 847 y 1380 del Código Civil).
- Donaciones colacionables (art. 1045 del Código Civil).
- Adjudicaciones rescindidas por lesión (art. 1074 del Código Civil).
- Contratos declarados nulos (art. 1307 del Código Civil).
- Durante el régimen de gananciales (arts. 1397 y 1398 del Código Civil).
- El censo consignativo (art. 1659 del Código Civil), etc.

b) Como ingresos por disminución o extinción de los pasivos en:

- El pago (art. 1157 del Código Civil).
- La pérdida de la cosa debida (art. 1182 del Código Civil).
- La condonación de deuda (art. 1187 del Código Civil).
- La confusión de los derechos de acreedor y deudor (1182 del Código Civil).
- La compensación (art. 1195 del Código Civil).
- La novación extintiva (art. 1204 del Código Civil).

Existen otras causas de extinción de las obligaciones: el fallecimiento del deudor en los casos de obligaciones de hacer personalísimas, el cumplimiento de la condición resolutoria de la que pende la eficacia de una obligación, el transcurso del plazo, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral y la prescripción extintiva.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de diciembre de 1940 (*RJ* 1940, 1129), ha afirmado que «la enumeración no agotadora que el artículo 1156 del Código Civil hace de los modos de extinguirse las obligaciones ha de ser completada con las demás causas, previstas especialmente en otros lugares del mismo Cuerpo legal o que resulten de modo claro de la adecuada combinación de sus preceptos». En la Sentencia de 23 de abril de 1956 (*RJ* 1956, 1944) insistió en que «la enumeración contenida en el artículo 1156 sobre los modos por los cuales se extinguen las obligaciones no es limitativa ni excluyente, y puede ser completada con las demás causas previstas en otros lugares del mismo Código». Añadiendo en la de 12 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8374) que la relación que el artículo 1156 contiene «no agota todas las formas de extinción». En fin, puede haber múltiples formas de extinción, e indirectamente de ingresos, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil).

c) Los ingresos consistentes en la adquisición de bienes y derechos implican su entrada en el activo de nuestro balance patrimonial. Es la acepción más ampliamente regulada en nuestro Código Civil, que pasamos a estudiar.

Por tener una naturaleza exclusivamente tributaria y de política fiscal, quedan al margen del ámbito de los ingresos, tanto la presunción *iuris tantum* de operaciones vinculadas, que obliga a considerar retribuidas ciertas relaciones jurídicas entre determinadas personas, con independencia de que realmente haya habido una retribución¹⁴, como la categoría tributaria de los «ingresos no computables», o de las rentas exentas de tributación, que a efectos fiscales se consideran inexistentes¹⁵.

V. ADQUISICIÓN DE BIENES Y DERECHOS

1. TÍTULOS

El Código Civil dedica a los asuntos patrimoniales los Libros Segundo, Tercero y Cuarto. Y en cada uno de ellos, a modo de pórtico o declaración general, alude a los títulos de adquisición de los ingresos consistentes en la adquisición de bienes y derechos.

En el Libro Segundo, titulado De los Bienes, de la Propiedad y de sus modificaciones, el artículo 353 del Código Civil, bajo la denominación de accesión, enumera los incrementos de patrimonio resultado de las creaciones de nuevos objetos. El Libro Tercero, De los diferentes modos de adquirir la propiedad, comienza ocupándose en el artículo 609, de los cambios de dominio de los bienes. Y el Libro Cuarto, con la rúbrica De las obligaciones y contratos, detalla en el artículo 1089 formas de nacimiento de derechos de crédito.

El artículo 1089 del Código Civil presenta la peculiaridad de que enumera las vías para obtener ingresos desde el punto de vista del lado pasivo de la correspondiente relación jurídica. Es decir, lo que para una parte es una obligación, representa un derecho para la otra. En realidad, se trata de dos caras de la misma moneda, pues toda obligación de una persona supone el nacimiento de un derecho y por tanto, un ingreso, para quien tiene la facultad de exigir su cumplimiento. Que el artículo 1089 del Código Civil solo cite a las obligaciones es compatible con que los hechos que las generan también supongan el nacimiento de un derecho para la persona facultada para exigir el pago.

Dicho sea de paso, es llamativo que el Código Civil define los contratos desde el punto de vista de las obligaciones que generan, en lugar que desde el punto de vista de los derechos, o ingresos, que de ellos nacen. Se aprecia esta tendencia al definir la compraventa como un contrato por el que una de las partes asume la obligación de entregar una cosa y la otra la de pagar un precio (art. 1445 del Código Civil), la sociedad como el contrato por el que dos o más personas se obligan a poner en común bienes o industria (art. 1665 del Código Civil), el mandato como el contrato por el que una persona se obliga a prestar un servicio o hacer alguna cosa (art. 1709 del Código Civil), etc.

La variedad de fuentes de los ingresos que consisten en entradas de bienes y derechos en un patrimonio puede sistematizarse así:

Por el artículo 353 del Código Civil:

- La accesión discreta.
- La accesión continua.

Según el artículo 609 del Código Civil:

- La ocupación.
- La donación.
- La sucesión *mortis causa*.
- Los contratos traslativos del dominio
- La usucapión.

Y el artículo 1089 del Código Civil añade:

- Contratos no traslativos del dominio.
- Cuasi contratos.
- Actos y omisiones ilícitos.
- Actos y omisiones negligentes.
- La Ley.

En cuanto a la ley, puede ser la causa de un ingreso para una persona, tanto en los casos en los que imponga la correspondiente obligación a otra, como en los que la adquisición tiene lugar sin una previa obligación legal de un tercero. Tal ocurre con las subvenciones o los trabajos que una empresa realiza para sí misma (número 4.º 4 del Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad)¹⁶, las adquisiciones a *non domino* (arts. 464 y 1473 del Código Civil, y 34 LH) y las atribuciones de bienes y derechos a las Administraciones Públicas (art. 15 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas)¹⁷.

2. LA ACCESIÓN POR PRODUCCIÓN

La importancia que, para la redacción del Código Civil, se ha querido dar a la accesión está plasmada en la Base 10 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que ordena mantener el concepto de propiedad y la división de las cosas, el principio de accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio.

La accesión discreta es el modo de adquirir los bienes y derechos que el Código Civil denomina frutos (art. 354 del Código Civil).

De la lectura conjunta del artículo 353 con los artículos 354 y 356 del Código Civil resulta que el propietario de un bien adquiere la propiedad de sus frutos de forma automática. El 354 del Código Civil directamente le atribuye esta pertenencia, sin que tenga que hacer acto alguno de aceptación o de aprehensión material. Esta es la razón por la que el 356 del Código Civil, partiendo de la idea de la adquisición *ipso iure* de los frutos en el momento de su manifestación o nacimiento, recoge el deber de su dueño de indemnizar los gastos hechos por quien haya posibilitado la producción, la haya recolectado o conservado. A lo anterior se puede añadir que, si la accesión no fuera un modo automático de adquirir bienes y derechos, hasta el momento en que se adquiriesen, ¿serían bienes sin dueño, o *nullius*, que habría que adquirir por ocupación?¹⁸.

A pesar de que se ha restado importancia a esta cuestión, aduciendo que es una discusión bizantina, es importante aclararla, pues sí puede tener consecuencias jurídicas concretas. Como la relativa al tipo de acción a ejercitar para reclamar los frutos y su plazo de ejercicio. Si estimamos que pertenecen al propietario desde su nacimiento, este podría ejercitar una acción reivindicatoria, que en otro caso tendría vedada. Testimonio de esta relevancia son las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1975 (*RJ* 1975, 263), que entendió que la acción encaminada al reintegro de los frutos es personal con plazo de prescripción de quince años, y la opuesta de 22 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 2056) relativa a una petición de rendición de cuentas y división de bienes correspondientes a una comunidad de hereditaria, en la cual consideró que los frutos no pueden ser considerados como algo independiente, y que el plazo para su reclamación es imprescriptible en virtud del artículo 1965 del Código Civil.

Un sector doctrinal rechaza que la accesión discreta o por producción sea una auténtica accesión. Partiendo de la etimología de la palabra, defiende que, más que a ser accesorios de la cosa, sus productos están destinados a separarse de ella, por lo que el término accesión solo se debería utilizar en los supuestos de incorporación de una cosa accesoria a otra principal, llamada accesión por incorporación o continua¹⁹.

Otro argumento para defender que la accesión discreta o por producción no es un caso de accesión es que en materia de usufructo, censos, depósito y cobro de lo indebido, los artículos 479, 1632, 1633, 1770 y 1897 del Código Civil, que utilizan la palabra accesión, se refieren solo a la continua²⁰.

Por nuestra parte, estimamos equivocados estos razonamientos, pues si bien dichos artículos ciertamente se refieren a la accesión continua, como por otro lado se hace también en sede de incapacidad de suceder (art. 760 del Código Civil) y de extensión de la hipoteca (art. 1877 del Código Civil), el Código Civil es muy claro al considerar la adquisición de frutos como un caso de accesión. Sin duda alguna lo sostienen la redacción del Capítulo II (Del Derecho de accesión) y del artículo 353 del Código Civil. Una lectura detenida de este precepto permite apreciar que afirma que el derecho a los frutos se denomina accesión.

A pesar de que quizás podría haber otras denominaciones más apropiadas, la accesión es un modo de adquirir la propiedad, y como tal ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 1904 (*Jurispru. Civ.*, tomo 98, p. 512)²¹.

Decididamente favorable a considerar los frutos como una aplicación de la accesión es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4634). Argumenta que el artículo 353 del Código Civil que explicita, «de manera harto simplificada, la doctrina sobre la accesión elaborada por los glosadores y, transmitida al Código Civil francés, sin las matizaciones que mostró siempre la jurisprudencia romana sobre el instituto, no impide que al tratar de las clases o modalidades de accesión, se consideren las diferencias muy importantes entre las accesiones por unión o incorporación, de las referidas a los frutos, vinculadas estrechamente al *ius fruendi*, es decir, al derecho que tiene el titular de la relación jurídica frutiva a aprovecharse de las rentas, productos y beneficios que produzca el objeto».

3. ACCESIÓN Y PROPIEDAD

La declaración de que la propiedad de los bienes da acceso a sus productos ha de ser matizada, pues siendo exacta, es insuficiente, ya que la accesión discreta también corresponde a titulares de derechos distintos de la propiedad. Una interpretación sistemática nos conduce a que este derecho lo tiene el propietario del bien productor, y los titulares de otros derechos sobre el mismo, como el usufructuario, el usuario o el acreedor anticrético. Pues en estos casos, es la propia Ley la que se lo confiere. Adquieren los frutos, todos ellos, por accesión, que es como se denomina el derecho a percibirlos por aquellas personas a quienes el ordenamiento jurídico se los asigna.

Claramente lo afirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4634), «puede, por tanto, ocurrir y así sucede con suma frecuencia, que no sea el propietario quien se aproveche de los frutos porque no tenga la facultad de goce y lo sea el usufructuario, el arrendatario, o el simple poseedor de buena fe no propietario, tal como reconoce el artículo 451 del Código Civil». Esta Sentencia otorgó la titularidad de los frutos de unas máquinas de juego de azar, no a su propietario, sino a quien ostentaba la titularidad administrativa de su explotación. Y la posterior del mismo Tribunal de 12 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 9437) falló un litigio en el que los frutos pertenecieron a un poseedor hasta el momento en que cesó su buena fe en la posesión.

Sin embargo, en la Sentencia de 5 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981, 5048), rechazó que el titular de un derecho de retracto arrendaticio rústico ostentara el derecho a los frutos hasta que este derecho real alcanzase plenitud de efecto mediante su reconocimiento por una sentencia firme.

4. FRUTOS Y PRODUCTOS

Los frutos se clasifican en naturales, industriales y civiles (art. 355 del Código Civil). Cuando se utiliza el vocablo frutos sin calificar, se refiere a los tres tipos, como se observa en los frutos que surgen en:

- los bienes de los hijos (arts. 164.1 y 165 del Código Civil).
- los bienes del tutelado (art. 275 del Código Civil).
- la cosa común (art. 399 del Código Civil).
- el bien poseído de buena o mala fe (art. 455 del Código Civil).
- del usufructo (arts. 469 y 486 del Código Civil).
- de los gravámenes que debe pagar el usufructuario (art. 504 del Código Civil).
- el derecho de uso (arts. 524 y 527 del Código Civil).
- las donaciones inoficiosas (art. 651 y 654 del Código Civil).
- la cosa transmitida hasta que sea entregada (art. 1095 del Código Civil).
- la devolución por rescisión del contrato (art. 1295 del Código Civil).
- la administración de un cónyuge de los bienes del otro (art. 1439 del Código Civil).
- la compraventa hasta que se entrega la cosa vendida (art. 1468).
- el retracto convencional (art. 1519 C).
- la venta de una herencia (art. 1533 del Código Civil).
- los censos (arts. 1611, 1632 y 1657 del Código Civil).
- el contrato de sociedad (arts. 1674, 1678 y 1708 del Código Civil).
- los bienes aportados a una sociedad civil (art. 1687 del Código Civil).
- los dados en comodato (art. 1741 del Código Civil).
- el bien sujeto al derecho de anticresis (art. 1881, 1882 y 1885 del Código Civil).

Fruto y producto pueden considerarse sinónimos, pues se utilizan indistintamente. Tal ocurre respecto a:

- la ausencia (art. 187 y 188 del Código Civil).
- el usufructo (arts. 472, 475, 476, 494, 496, 502 y 520 del Código Civil).
- las servidumbre (art. 590 y 604 del Código Civil),
- el usufructo vidual (art. 839 del Código Civil),
- el régimen de gananciales (art. 1381 del Código Civil).
- la compraventa (art. 1532 del Código Civil).
- los censos (arts. 1632 y 1634 del Código Civil).
- el depósito (art. 1770 del Código Civil).

Esta sinonimia está sancionada por el Tribunal Supremo. En Sentencia de 18 de marzo de 1904 (*Jurispru. Civ.*, tomo 97, p. 663) sostuvo que la consideración

de inmuebles que otorga a los frutos pendientes el Código Civil no los priva del carácter de productos pertenecientes como tales a quien en ellos tenga derechos. Y en la Sentencia de 30 de abril de 1904 (*Jurispru. Civ.*, tomo 98, p. 244), aludió a «todos aquellos frutos o productos cuya recolección no pueda hacerse dentro del año agrícola corriente». No en vano, como dice la Sección 1.^a del Capítulo II, los frutos son una consecuencia del derecho de accesión respecto al producto de los bienes²².

Distintos de los productos que estamos estudiando son aquellos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta Ley concibe los productos como todo aquel que para el Código Civil es un bien mueble (art. 6)²³. Es evidente que se trata de un concepto limitado, ajeno a campo de los ingresos, con un alcance restringido y circunscrito a los efectos protectores del consumo de la expresada Ley.

5. FRUTOS Y RENDIMIENTOS

En armonía con los criterios contables, el Código Civil se refiere a los ingresos, y por ende, a los frutos, al margen de los gastos que eventualmente se hayan tenido que afrontar para su logro. Sigue la noción de ingreso bruto, o beneficio bruto, o rendimiento bruto percibido; siendo objeto de tratamiento diferenciado los gastos necesarios para conseguirlo²⁴.

La justificación de esta opción legal es simple. Entender que la existencia de frutos depende de si han generado gastos, y en qué cuantía, los dejaría reducidos a un cálculo numérico ajeno al espíritu del legislador. La realidad de un ingreso así concebida exigiría, primero, valorar el bien o derecho que ingresa en el patrimonio. Lo cual implicaría dilucidar cuál sería el método a seguir para su valoración: si el coste de producción, el valor del mercado, u otros. Y segundo, habría que cuantificar las pérdidas eventuales que haya ocasionado su generación²⁵.

Condicionar la realidad de un fruto a la cuantía de los gastos a él asociados, además de exigir un cálculo matemático *ad hoc*, subordinaría el derecho a la propiedad sobre los mismos a si su adquisición ha reportado finalmente una ganancia o una pérdida al eventual adquirente. Incluso puede surgir un ingreso que tenga nulo valor económico en el mercado y que ninguna utilidad brinda a quien tenga derecho a percibirlo, pero que incrementa su patrimonio.

Cuando el Código Civil quiere contemplar los ingresos netos, lo hace expresamente. Este es el caso de los frutos pendientes al tiempo de cesar la buena fe en la posesión, situación respecto a la cual sí hay que tener en cuenta las cargas habidas en el proceso de producción (art. 452 del Código Civil); y cuando por mal uso de la cosa usufructuada se entrega esta en administración al nudo propietario, quien debe abonar al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por

su administración (art. 520 del Código Civil). En ambos supuestos, más que regular el régimen de los frutos, se persigue evitar el resultado poco equitativo de eximir a un poseedor de mala fe de los desembolsos que hubiera tenido que realizar si hubiera procedido de buena fe.

Fuera de estos casos, los frutos deben entenderse como ingresos brutos, luego existen con independencia de las pérdidas conexas a su obtención.

V. FRUTOS NATURALES E INDUSTRIALES

1. FRUTOS NATURALES

Los frutos naturales son:

- Las producciones espontáneas de la tierra.
- Las crías y demás productos de los animales.

Los frutos naturales son los ingresos que se producen naturalmente y con independencia de cualquier actividad humana encaminada a su creación. Derivan de los bienes, sí, pero sin un trabajo previo destinado a su generación. Surgen de forma independiente a la actividad humana, son creados por la naturaleza de forma autónoma.

Siendo la espontaneidad esencial en los frutos naturales, pueden ser orgánicos (seres vivos) o inorgánicos. Con lo que notoriamente se supera la concepción exclusivamente vegetal de los frutos que parece seguir el Código de Comercio (arts. 175.7.º, 193.1.ª, 212.1.º y 326.2.º CCom)²⁶.

El que los productos naturales surjan con independencia de la voluntad de una persona es compatible con que quien los percibe haya hecho gastos para lograr o aumentar la producción. Así, un animal produce carne o leche de forma espontánea, sin bien su producción se incrementará si es alimentado en el modo y cuantía conveniente. Los productos seguirán siendo naturales siempre que estos gastos no alteren su peculiaridad esencial de tener un origen independiente de los deseos humanos.

Entre los productos de los animales destacan los alimenticios, pieles, lana, seda, etc. Los animales que son objeto de caza y pesca y sus crías están al margen del concepto de frutos, y se adquieren por ocupación (art. 610 del Código Civil). De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (*RJ* 1979, 3323) afirmase que las piezas cinegéticas, en lugar de ser frutos naturales de las fincas, son frutos del derecho al ejercicio de la caza.

Como producciones espontáneas de la tierra, la madera está ampliamente regulada en el Código Civil. Los artículos 483 y 485 del Código Civil prestan especial atención a la conservación de los árboles y bosques, obligando a reponer

los muertos, tronchados o arrancados, y prohibiendo al usufructuario la corta de los árboles por el pie, o a matarrasa; el artículo 485 del Código Civil prevé diferentes clases de maderas (de construcción o de otro tipo).

Respecto a los árboles, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1965 (*RJ* 1965, 1436) declaró que, una vez alcanzada cierta madurez requerida para su adecuado aprovechamiento y siendo utilizables, deben considerarse como verdaderos frutos pendientes a todos los efectos legales procedentes, incluso antes de su tala o corte.

Con relación a los productos inorgánicos, son frutos naturales las aguas, entre las que están las diversas clases de aguas mineromedicinales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1930 (*Jurispru. Civ.*, tomo 194, p. 662) considera frutos a las aguas subterráneas.

Por sus posibilidades generadoras de empleo y carácter estratégico, los minerales, aunque en la doctrina científica encontramos detractores y partidarios de considerarlos como productos naturales²⁷. Es importante resaltar que los minerales son algo distinto a las minas. Las minas consisten en las excavaciones realizadas para extraer del subsuelo los minerales. Por eso se contempla el derecho de hacer calicatas o excavaciones para descubrir minerales (arts. 426 y 427 del Código Civil), y se distingue el producto del laboreo de la mina (arts. 476 y 477 del Código Civil).

Aunque el Tribunal Supremo negó que los minerales fuesen un fruto en Sentencia de 30 de junio de 1950 (*RJ* 1950, 1235), parece sostenerlo al resolver sobre los arrendamientos de minas en Sentencias de 19 de mayo de 1910 (*Jurispru. Civ.*, tomo 118, p. 181) y 3 de noviembre de 1911 (*Jurispru. Civ.*, tomo 122, p. 609), afirmando en esta última que «las minas son susceptibles de arrendamiento, porque la forma de explotarlas no es más que un aprovechamiento de sus naturales productos». Arrendamientos que son de industria, al incluir las galerías, entibaciones y demás elementos propios de un establecimiento minero. Y en la de 21 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 825), supone que «los minerales son frutos naturales».

2. FRUTOS INDUSTRIALES

Son frutos industriales:

- Las producciones de los predios a beneficio del cultivo:
- Las producciones de los predios a beneficio de su trabajo.

Frente a los frutos naturales, los industriales tienen peculiaridades con claras consecuencias jurídicas. Solamente pueden surgir de bienes inmuebles. Es importante señalar que están definidos como los que producen los inmuebles, y

no «en» los inmuebles. Ya que la vida se desarrolla sobre inmuebles, entender que fruto industrial es el que se produce en un inmueble equivaldría a considerar que todos los frutos son industriales.

¿Qué tipo de predios los generan? El artículo 355 del Código Civil podía haber especificado entre fincas urbanas o rústicas (como hacen los artículos 1571, 1575 y 1577 del Código Civil), divisibles o indivisibles, etc. Sin embargo, utilizó la expresión predios de cualquier especie. Entendemos que las diferentes especies de predios a que alude el artículo 355 son las previstas en el artículo 344 del Código Civil. Entre ellas, tienen capacidad productiva:

- 1.º Las tierras, edificios y construcciones de todo género adheridas al suelo.
- 2.º Todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.
- 3.º 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.
- 4.º Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos.

Pues bien, tienen la consideración de fruto industrial todo lo que se produce en cualquiera de estos predios como consecuencia de su cultivo o del trabajo realizado en los mismos. El Tribunal Supremo siguió esta interpretación en Sentencia de 5 de enero de 1925 (*Jurispru. Civ.*, tomo 165, p. 42) que afirmó que «no cabe duda de que, gramaticalmente, predio es también una fábrica o industria fabril».

Otra diferencia entre frutos naturales e industriales es que estos nacen solo y en la medida en que ha existido una previa labor, tarea o industria sobre los inmuebles productores, de modo que sin este trabajo hubieran permanecido estériles. Concretamente, los frutos industriales se deben a un acto dirigido a su producción, de forma intencional y reflexiva. Hecho que motiva que incluso las producciones de la tierra y de los animales pueden ser industriales si su causa necesaria es una actividad humana imprescindible para que tengan lugar. Es el supuesto que se tiene presente en:

- la rebaja de la renta por pérdida de los frutos (art. 1576 del Código Civil).
- el uso de medios para preparar la cosecha (art. 1578 del Código Civil).
- en los censos (arts. 1614, 1624, 1630 y 1634 del Código Civil).
- en la prelación de créditos (arts. 1922.6.º y 1926.3.º del Código Civil).

Por esta razón, el artículo 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954 vincula frutos pendientes, cosechas, animales, crías y sus productos, con las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias. Es decir, frutos con trabajo. Con esto, los artículos 334 y 355 del Código Civil y 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión nos están brindando, indirectamente,

una definición de la actividad industrial, que será, por tanto, la consistente en el trabajo de producción de nuevos objetos²⁸. De ahí que el artículo 1347.1.º del Código Civil distinga la industria, como conjunto de actos creadores de objetos, del trabajo, que no tiene por qué producir necesariamente objeto nuevo alguno²⁹.

Desde este punto de vista, es indiferente que los frutos industriales se hayan producido individual o aisladamente (podría ser artesanía) o en masa mediante su integración en una cadena productiva.

3. CARACTERÍSTICAS

1.^a La primera nota distintiva de los frutos naturales e industriales es que se conciben como ingresos que provienen de cosas. De hecho, el primer artículo del Libro II, el 333, comienza hablando de las cosas. Al regular los productos, en la mente del legislador está presente un bien material del que han derivado. Nada más se entiende su existencia relacionados con un algo tangible que permite y propicia su surgimiento. Que actúa como causa necesaria para que el efecto consistente en el producto pueda existir. Se parte de un bien preexistente para llegar a un producto posterior.

A pesar de la solemne declaración del artículo 333, según el cual todas las cosas pueden considerarse inmuebles o muebles (o semovientes)³⁰, el Código Civil se desvincula de esta tradicional dicotomía sobre si estos productos son de una u otra naturaleza. Lo cierto es que puede haberlos de ambas clases, como lo prueba que tienen naturaleza inmueble los consistentes en árboles y plantas mientras estén unidos a la tierra (art. 334.2.º del Código Civil), lo mismo que las minas, canteras y escoriales (art. 334.8.º del Código Civil). Y estos mismos frutos pasarían a ser muebles desde el momento en que en deje de existir tal unión.

2.^a Los productos naturales e industriales son un ingreso que se obtiene sin que la cosa productora haya variado de titularidad. Lo esencial de estos frutos es que su entrada en un patrimonio tiene lugar con mantenimiento de la titularidad respectiva del derecho sobre el bien productor, que permanece intransmitida e inalterada, ya sea de un derecho de propiedad, de posesión, o cualquier otro que atribuya los frutos.

3.^a Consisten en nuevos objetos de derechos, inexistentes antes de su creación o producción. Se trata de nuevas cosas en sentido jurídico y económico, inexistentes antes de su nacimiento o manifestación.

Los frutos naturales e industriales no pueden consistir en dinero, pues no es un objeto nuevo³¹.

Por este motivo, se encuentran incorrectamente fundamentadas las Sentencias del Tribunal Supremo que admiten que el dinero sea un fruto industrial. Es el caso de la Sentencia de 5 de enero de 1925 (*Jurispru. Civ.*, tomo 165, p. 42) que, refiriéndose al dinero, afirmó que «los frutos que por el esfuerzo y el trabajo del

hombre en una industria se producen, son industriales». Este razonamiento también lo siguió en la Sentencia de 24 de abril de 1984 (*RJ* 1984, 1967), que juzgó frutos industriales los beneficios a obtener de una cafetería. En la de 14 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9633) sostuvo que las subvenciones agrícolas son frutos industriales, «en cuanto con ellos se corresponde el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación, sin excepciones». Y la Sentencia de 19 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6558), aplicó esta doctrina a la subvención efectuada a un aparcerero, que por tanto consideró fruto industrial, alegando que con los frutos industriales «se corresponde el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación, sin excepciones».

En la igual creencia de considerar las subvenciones como fruto industrial se pronunciaron las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia de 27 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 6421) y de la Audiencia Provincial de Zamora de 13 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 126214).

4.^a Los frutos naturales y los industriales se pueden percibir de forma esporádica o periódica, ya que se omite toda referencia a la necesidad de periodicidad en este tipo de productos. Lo serán ya se generen con carácter accidental o de regular. Fácilmente puede comprenderse un animal puede tener una sola cría, y sin embargo es un fruto.

Las referencias a intervalos de tiempo regulares y constantes contenidas, por ejemplo, en los artículos 499 del Código Civil (reposición de las crías que mueran anual y ordinariamente) o 1577 del Código Civil (recolección de los frutos anuales), se deben a la posibilidad de que exista regularidad en la producción, pero sin excluir que esta sea ocasional³².

VI. FRUTOS CIVILES

Son frutos civiles:

- El alquiler de edificios.
- El precio del arrendamiento de tierras.
- El importe de las rentas perpetuas, vitalicias y otras análogas.
- Los intereses de obligaciones o títulos al portador.
- Los beneficios de participaciones en explotaciones industriales o mercantiles.

1. LAS RENTAS

Desde el punto de vista fiscal, renta es la totalidad de los rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones que se establezcan por

la Ley³³. Este es un concepto de renta amplísimo, que incluye tanto a los ingresos como a los gastos o pérdidas, y determinadas situaciones al margen de las ganancias propiamente dichas, como las imputaciones de renta³⁴.

Lógicamente, esta concepción extensa se aleja de la idea de renta que utiliza el Código Civil que, desde luego, siempre la considera un ingreso. Y como hemos razonado, los ingresos se computan al margen de los gastos necesarios para su obtención.

A) Rentas de los arrendamientos

Son ingresos civiles el alquiler de los edificios y el precio del arrendamiento de tierras, es decir, las rentas conseguidas por el alquiler de dichos inmuebles. Expresamente lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2005 (AC 2005, 2185) que trató el caso, considerándolo como un supuesto de frutos civiles, del disfrute de un bien hereditario por uno de los herederos con exclusión de los restantes, pagando un precio sensiblemente inferior al medio del mercado. Y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 26 de enero de 2009 (JUR 2009, 226038) se reconoce que fruto civil es la renta a percibir por la cesión del uso de una parte del pasillo de una comunidad en régimen de propiedad horizontal.

Por analogía, es fruto civil el precio recibido por el alquiler de muebles³⁵. También por analogía cabría estimar como frutos civiles las rentas que genere el arrendamiento de un derecho. Un asunto de esta naturaleza fue el contemplado por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3323), que afirmó que el precio del arrendamiento de la caza es fruto civil.

B) Rentas perpetuas, vitalicias y análogas

El supuesto más claro de rentas perpetuas es el derecho real de censo (arts. 1604, 1606 y 1613 del Código Civil). La esencia de este derecho implica que la cesión del capital necesaria para constituir el censo sea perpetua o por tiempo indefinido (art. 1608 del Código Civil). Sin perjuicio de la posibilidad de redención.

Con relación a si tienen cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico otras rentas perpetuas, es una cuestión que excede de los límites de este trabajo. Entendemos que son posibles, pues además del artículo 1608 del Código Civil, también las admite el artículo 1086 del Código Civil, incluso aunque sean irredimibles. El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la perpetuidad en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4946), considerando que en los contratos pactados a perpetuidad, esta

constituye «una limitación a la libertad que debe presidir la contratación que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico». Sin embargo, admite su validez en casos excepcionales, como el de las participaciones preferentes, constituidas al amparo de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros. La perpetuidad de estos valores, concluye, «constituye una excepción a la mencionada prohibición jurisprudencial».

Son rentas análogas a las perpetuas y a las vitalicias, las derivadas de los seguros, y en general, de cualesquiera otros contratos por los que se crean rentas de vigencia indefinida o por tiempo indeterminado.

En estos contratos de duración ilimitada, en los que falta pacto sobre su duración, se ha admitido, con base a lo dispuesto en los artículos 1594, 1704, 1705 y 1732. 1.º y 2.º del Código Civil, que es posible su revocación unilateral por una de las partes contratantes, siempre que lo haga de buena fe. Esta facultad ha sido reconocida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6600), 3 de julio de 1986 (*RJ* 1986, 4408) y 26 de octubre de 1998 (*RJ* 1998, 8237).

2. INTERESES

Exclusivamente habla el Código Civil de intereses de obligaciones o títulos al portador, si bien, con rechazo a un *numerus clausus* en esta materia, se admite que son frutos civiles todo tipo de intereses. En esta línea se han pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 769), 11 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5743), y 25 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6543), y la Audiencia Provincial de Madrid en la de 9 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 337604) que, en idéntico sentido, corrobora que los frutos de cosa consistente en dinero «son los civiles que contempla el artículo 355 del Código Civil».

También entendió el Tribunal Supremo que lo son los intereses moratorios, en Sentencias de 11 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 4018) y 19 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5324).

Otros supuestos de intereses son los devengados por:

- la devolución de lo percibido por herencia o legado en caso de incumplimiento de un modo (art. 797 del Código Civil).
- el legado de cosa empeñada o hipotecada (art. 867 del Código Civil).
- el legado de género o cantidad desde la muerte del testador (art. 884 del Código Civil).
- los bienes sujetos a colación desde que se abre la sucesión (art. 1049 del Código Civil).
- las obligaciones unilaterales de dar cuando se cumple una condición (art. 1120 del Código Civil).

- el precio que hay que devolver declarada la nulidad de una obligación (arts. 1303 y 1307 del Código Civil).
- los bienes de los cónyuges sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales (art. 1347 del Código Civil).

3. BENEFICIOS DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS

Estos frutos civiles son los que proceden de la participación en los resultados de una explotación industrial o mercantil. La redacción legal cita la palabra participación que, entendida en sentido amplio, abarca los dividendos de sociedades anónimas y participaciones de sociedades limitadas. También engloba el derecho a los beneficios sin ostentar parte alguna en el capital social de una sociedad, como podría ocurrir en el caso de las cuentas en participación. En virtud de este contrato, una empresa puede contribuir a las operaciones de otra aportando capital y hacerse participe en sus resultados sin adquirir la condición de socio.

Las acciones liberadas, que se suscriben de forma gratuita por los socios con cargo a los beneficios sin repartir por la sociedad (art. 1352 del Código Civil), para el Tribunal Supremo, Sentencia de 15 de junio de 1982 (*RJ* 1982, 3428), «no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, como a veces se sostuvo, y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con que se efectuaron, según establece la nueva redacción del citado artículo 1352 del Código Civil, siendo privativos si dicho capital tenía aquel carácter».

Que el beneficio provenga de una explotación industrial es cosa distinta a que esa explotación produzca frutos industriales. En efecto, una explotación industrial produce frutos industriales, si bien los beneficios conseguidos con su venta serán frutos civiles³⁶.

Desde otra perspectiva, se omite toda referencia a la forma jurídica de la explotación industrial o mercantil cuyos beneficios se reparten. Ante esta falta, resulta incoherente hacer depender la categoría de los frutos civiles únicamente de la forma jurídica de la explotación que produce las ganancias, según sea una empresa individual o una empresa social. De cualquier modo, esta disfunción puede ser suplicada por la analogía, y admitir que son frutos civiles los derivados de participaciones explotaciones mercantiles o industriales, tanto sea su titular es una perrona jurídica como una persona física.

4. CARACTERÍSTICAS

Por sus peculiaridades, los frutos civiles se contraponen en muchas ocasiones a los frutos naturales o industriales. Esta contraposición puede observarse en:

- el bien poseído de buena o mala fe (arts. 451 y 452 del Código Civil).
- el usufructo (arts. 471 y 472 del Código Civil).
- la restitución de bienes hereditarios por el incapaz de suceder (art. 760 del Código Civil).
- la propiedad de los bienes legados (art. 882 del Código Civil).
- la partición hereditaria (art. 1063 del Código Civil).
- la venta de derechos, rentas y productos (art. 1632 del Código Civil).
- la extensión de la hipoteca (art. 1877 del Código Civil).
- la devolución de bienes hereditarios por incumplimiento del modo (art. 797 del Código Civil).
- el legado de cosa específica y determinada (art. 884 del Código Civil).
- los bienes sujetos a colación (art. 1049 del Código Civil).
- el cumplimiento de la condición (art. 1120 del Código Civil).
- la nulidad contractual (arts. 1303 y 1307 del Código Civil).
- el régimen económico matrimonial de gananciales (art. 1347.2.º del Código Civil).
- los percibidos durante régimen de gananciales (art. 1349 del Código Civil).
- la liquidación del régimen de gananciales (art. 1408 del Código Civil).
- la devolución de frutos y rendimientos en caso de saneamiento (art. 1478 del Código Civil).
- el pago de lo indebido (art. 1896 del Código Civil).
- la extensión objetiva de la hipoteca (art. 111 de la Ley Hipotecaria).
- el embargo practicado por la Hacienda Pública (art. 89.3 Reglamento General de Recaudación)³⁷.
- su liquidación (art. 718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)³⁸.

Son características de los frutos civiles:

1.^a Proviene de una cosa, cuya titularidad mantiene quien percibe los frutos. Quedan fuera de la categoría de los frutos civiles, ya sea por no proceder de bien alguno, ya sea por implicar la pérdida del mismo, las rentas que tienen su origen en:

- mandas (arts. 785.3.º y 820 del Código Civil).
- la capitalización del usufructo viudal (art. 839 del Código Civil).
- un contrato de renta vitalicia (art. 1802 del Código Civil)³⁹.
- un acto a título gratuito (art. 1807 del Código Civil).

2.^a Constituyen la contraprestación que se obtiene, en dinero o en especie, por su disfrute. Por este motivo, tampoco son frutos civiles las pensiones, ya se reciban en metálico, ya en frutos (sin duda pensó el legislador en frutos distintos del dinero, como una pensión en frutos naturales o

industriales, pues el dinero en sí mismo puede ser un fruto). Como ejemplos de pensiones tenemos:

- las percibidas para satisfacer las cargas del matrimonio y alimentos en caso de nulidad, separación o divorcio (arts. 90 d), 91, 93 y 103.3.º del Código Civil).
- la pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil).
- la alimenticia (art. 158 del Código Civil).
- la pensión perpetua o temporal por empleo de dinero en obras benéficas, dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualesquiera establecimientos de beneficencia o de instrucción pública (art. 788 del Código Civil).
- el legado de alimentos (art. 879 del Código Civil).
- el legado de pensión (art. 880 del Código Civil).

3.^a Lejos de consistir en nuevos objetos de derechos, los frutos civiles son derechos de crédito, con cuyo ejercicio se pueden transformar en la propiedad de otros bienes y derechos ya existentes.

4.^a Los frutos civiles están concebidos como ingresos periódicos, lo que resalta al hablar de renta o pensión periódica (art. 475 del Código Civil), o al decir que las pensiones se pagarán en los plazos convenidos (art. 1614 del Código Civil).

5. REFLEXIONES EN TORNO A LOS FRUTOS CIVILES

Resulta difícil elaborar una construcción unitaria propia de los frutos civiles. Todos (rentas, intereses y beneficios de explotaciones) comparten la existencia de una relación jurídica con un tercero, pero esto es igualmente propio de otras clases de ingresos no calificados como civiles, como los derivados de un contrato de trabajo. En lo tocante a la falta de creación de nuevos bienes, es correcto, aunque sí suponen nuevos derechos. Y en lo concerniente al título de su adquisición, los frutos civiles gozan de títulos jurídicos específicos, como la ley o los contratos, y a la vez y simultáneamente, de la accesión, lo que distorsiona el significado y contorno de esta.

Sobre que los beneficios que da una explotación solo sean frutos civiles si la explotación es industrial o mercantil, se plantea el debate de qué ocurriría si la actividad económica realizada fuera de carácter civil, por tener un objeto de esta naturaleza. Es difícil saber por qué se excluyó de la categoría de los frutos civiles a los beneficios proporcionados por las sociedades o las actividades civiles. Sobre todo porque las sociedades civiles están previstas en el propio Código Civil, cuyo artículo 35.2.º del Código Civil divide las sociedades en civiles, mercantiles e industriales.

Otra cuestión que conviene aclarar es si los frutos civiles pueden proceder de muebles y de derechos. O de bienes intangibles, como derechos de autor, y en general, producciones cinematográficas, fonográficas, videos, series audiovisuales, sistemas y programas informáticos, patentes, marcas, franquicias, etc.

Singularmente criticable es la confusión entre frutos civiles, por un lado, y la obtención de dinero, por otro. Sobre este particular, el Tribunal Supremo ha seguido una línea dubitativa.

Inicialmente, en la Sentencia de 6 de marzo de 1965 (*RJ* 1965, 1436), sostuvo que es erróneo dar la consideración de fruto o renta, «cualquiera que sea la amplitud que se de a estos conceptos» al mayor valor que «por el transcurso del tiempo o, incluso, por la actividad del comprador, adquiera la cosa vendida».

Si bien con posterioridad cambió de criterio e identificó fruto civil con el numerario. Así puede apreciarse en la Sentencia de 29 de noviembre de 1975 (*RJ* 1974, 4244) en la que, en cuanto al usufructo de un finca sin frutos naturales, sostuvo que «al computarlo a metálico por medio de su enajenación, el valor o suma a que equivalen, siempre producirá una renta o rendimiento que son considerados frutos civiles del inmueble».

Demuestra la tendencia hacia esta asimilación su posterior Sentencia de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3200) cuando dice que el justiprecio de una expropiación «está unido directamente a la cosa expropiada y, por tanto, dotado de una naturaleza próxima al fruto civil».

Una acepción llamativamente extensa de lo que es un fruto civil es la de equipararlo a lucro emergente y, en general, con cualquier ganancia. Tal sucede con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2720), que en el caso de un inmueble ocupado por un usufructuario, declaró que «es evidente que produce frutos civiles consistentes en los equivalentes al importe de su valor en renta...; sin que, por tanto, quepa duda alguna que por el solo hecho de utilizar la vivienda el demandado recurrente ha obtenido utilidades cuyo valor ha de determinarse en ejecución de sentencia». Doctrina seguida por la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 4018). Si bien la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 12 de febrero de 2007 (*AC* 2007, 1414) entendió improcedente reclamar como fruto civil una cantidad por ocupación de un terreno por carecer de contrato de arrendamiento.

A pesar de esta jurisprudencia, lo cierto es que, con la actual regulación, recibir dinero no es siempre y en todo caso equivalente a haber conseguido un fruto civil. La asimilación dinero y fruto es equivocada porque un producto civil puede ser algo distinto de un producto líquido, como una renta que se cobra en especie. Además, con la vigente redacción legal, para que el dinero sea fruto civil debe de haber sido obtenido por los cauces que marcan los artículos 355 y 475 del Código Civil.

Fuera de estos márgenes, el dinero es un ingreso, pero no un fruto, como sucede en la recepción de efectivo por la cesión del derecho de asistir a una

junta de socios, como depositario en depósito civil retribuido, por la venta de un bien, etc.

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA PERSONAL

I. Los bienes y derechos denominados frutos implican un ingreso por accesión discreta, ya sean frutos naturales, industriales o civiles, desde el instante de su nacimiento, sin necesidad de llevar a cabo acto alguno de aprehensión ulterior.

II. Los frutos o productos naturales y los industriales han recibido un tratamiento coherente en nuestro Código Civil, con una regulación que, si bien es mejorable, encaja con otras instituciones del mismo. Estos dos proceden de cosas materiales, nacen sin que la cosa productora haya variado su titularidad ni haya habido relaciones con terceros, consisten en nuevos objetos tangibles y pueden surgir de forma regular o circunstancial.

III. Los frutos civiles también proceden de cosas materiales, se obtienen por medio de relaciones jurídicas con terceros, consisten en nuevos derechos, y se conciben de recepción periódica. Ahora bien, a la hora de operar con ellos, presentan innegables dificultades:

- Se suscita la duda de si pueden provenir de derechos, como el arrendamiento del derecho de caza.
- Se plantea si pueden provenir de bienes inmateriales, como la propiedad intelectual.
- Tienen un doble título de adquisición, la accesión y el contrato.
- Se excluyen de esta categoría los frutos que provengan de actividades económicas de naturaleza civil, como las profesionales.
- En la práctica la periodicidad falta en ciertos frutos decididamente refutados civiles, como los intereses pagaderos al vencimiento.
- Es rechazable la ambivalencia entre los términos renta y pensión, pues esta última en ocasiones se adquiere a título gratuito o sin previa contraprestación.

IV. Son posibles varias soluciones a esta situación. Quizás la más sencilla sea cambiar la nomenclatura, y sustituir la expresiones frutos naturales, industriales y civiles por frutos, productos y rendimientos. Esta parece haber sido la intención del legislador en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (art. 1). Sin embargo, tan loable propósito es muy arriesgado, por la honda raigambre que tiene la expresión frutos en nuestro Derecho, y los múltiples contextos en que es utilizada, como se ha expuesto.

Otra opción es pensar que fruto civil es toda contraprestación, como se ha visto que entendió en ocasiones el Tribunal Supremo. Pero esta alternativa

olvida que es inherente la noción de fruto el rendimiento que se produce sin enajenación del bien productor.

Por estos motivos, estimo que la solución a tan confusa regulación radica en excluir a la accesión como título de adquisición de los frutos civiles, y ampliar la noción de fruto civil a todos aquellos ingresos que, sin ser frutos naturales o industriales, son obtenidos sin pérdida de la titularidad del bien o derecho del que proceden.

Esquemáticamente se expresaría:

INGRESOS		
FORMA	TÍTULO DE ADQUISICIÓN	DENOMINACIÓN
Adquisición de bienes y derechos	Accesión discreta	Frutos naturales Frutos industriales
	Contratos no traslativos de dominio	Frutos civiles
	Accesión continua Contratos traslativos de dominio Ocupación Donación Sucesión mortis causa Usucapión Cuasicontratos Actos y omisiones ilícitos Actos y omisiones negligentes Ley	Sin denominación

V. Conforme a este esquema, para solventar los problemas causados por la categoría de los frutos civiles, se propone como más oportuna, *de lege ferenda*, la siguiente redacción de los artículos 353 a 355 del Código Civil. Esta propuesta que, con sus aciertos y sus errores, brindo a los lectores es, en sí misma, irrelevante. Es un granito de arena en el camino, conjunto, de ir día a día dando a luz un mejor Código Civil:

«CAPITULO II

Del derecho de accesión

DISPOSICIÓN GENERAL

Artículo 353. La propiedad de los bienes da derecho por accesión a los bienes que producen, o se les unen o incorporan, natural o artificialmente.

SECCIÓN 1.^a

Del derecho de accesión respecto al producto de los bienes

Artículo 354. Pertenecen al propietario:

- 1.º Los frutos naturales.
- 2.º Los frutos industriales.

Artículo 355. 1. Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.

Son frutos industriales los que producen los objetos de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo.

2. Todos los demás rendimientos que producen los bienes y los derechos son frutos civiles. Estos ingresos se rigen por las disposiciones de este Código que les sean de aplicación.

Artículo 356. El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

Artículo 357. No se reputarán frutos naturales, o industriales, sino los que están manifiestos o nacidos. Respecto a los animales, basta que estén en el vientre de su madre, aunque no hayan nacido».

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (2009). *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción y Parte General. Madrid: Edisofer.
- ALONSO PÉREZ, M. (1990). Comentario al artículo 355. En Albadalejo (coord.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo V, vol. 1.º Madrid: Edersa.
- CASTÁN, J. (1925). *Revista de Derecho Privado*, núm. 147, 389-390.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2008). *Curso de Derecho Civil*, vol. II, Derechos reales. Madrid: Editorial Colex, 2.ª ed.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1975). Adquisición y restitución de frutos por el poseedor. *Anuario de Derecho Civil*, T. XXVIII, Fasc. III, 551-637.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1954). Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de fruto?, *Anuario de Derecho Civil*, T. VII Fasc. II, 355-376.
- (1978). Producción de bienes y rendimiento económico, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 526, 467-476.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). Comentario al artículo 354. En Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 11-73.
- GARCÍA CANTERO, G. (1995). Concepto de frutos en el Código Civil español, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 9, 61-240.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales, Vol. 1.º Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa.
- (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Parte General, Vol. 3.º Madrid. Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. I, Parte General y Derecho de la Persona. Madrid: Marcial Pons.
- MARTÍN RETORTILLO, C. (1932). Notas sobre el concepto de frutos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 222, 86-89.
- (1951). Clases de frutos en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, T. IV Fasc. I, 139-155.
- (1952). Los frutos de las minas. *Anuario de Derecho Civil*, T. V, Fasc. III, 1019-1046.
- TRAVIESAS, M. (1919). Ocupación, accesión y especificación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 73, 289-303.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (1982). Frutos, productos y accesiones en el depósito civil. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 118, 344-401.

IX. INDICE DE SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de marzo de 1904 (Jurispru. Civ., tomo 97, p. 663)
- STS de 30 de abril de 1904 (Jurispru. Civ., tomo 98, p. 244)
- STS de 31 de mayo de 1904 (Jurispru. Civ., tomo 98, p. 512)
- STS de 19 de mayo de 1910 (Jurispru. Civ., tomo 118, p. 181)
- STS de 3 de noviembre de 1911 (Jurispru. Civ., tomo 122, p. 609)
- STS de 5 de enero de 1925 (Jurispru. Civ., tomo 165, p. 42)
- STS de 21 de mayo de 1930 (Jurispru. Civ., tomo 194, p. 662)
- STS de 5 de diciembre de 1940 (*RJ* 1940, 1129)
- STS de 30 de junio de 1950 (*RJ* 1950, 1235)
- STS de 23 de abril de 1956 (*RJ* 1956, 1944)
- STS de 21 de febrero de 1963 (*RJ* 1963, 825)
- STS de 6 de marzo de 1965 (*RJ* 1965, 1436)
- STS de 27 de enero de 1975 (*RJ* 1975, 263)
- STS de 29 de noviembre de 1975 (*RJ* 1974, 4244)
- STS de 3 de octubre de 1979 (*RJ* 1979, 3323)
- STS de 5 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981, 5048)
- STS de 15 de junio de 1982 (*RJ* 1982, 3428)
- STS de 24 de abril de 1984 (*RJ* 1984, 1967)
- STS de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6600)
- STS de 3 de julio de 1986 (*RJ* 1986, 4408)
- STS de 21 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 2720)
- STS de 12 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8374)
- STS de 9 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 769)
- STS de 14 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9633)
- STS de 28 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4634)
- STS de 11 de mayo de 1994 (*RJ* 1994, 4018)

- STS de 12 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 9437)
- STS del 22 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 2056)
- STS de 19 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5324)
- STS de 26 de octubre de 1998 (*RJ* 1998, 8237)
- STS de 14 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9633)
- STS de 5 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1403)
- STS de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3200)
- STS de 19 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6558)
- STS de 11 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5743)
- STS de 25 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6543)
- STS de 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4946)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Badajoz de 9 de enero de 1997(*AC* 1997, 104)
- SAP de Asturias de 26 de abril de 1999 (*AC* 1999, 1051)
- SAP de Palencia de 27 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 6421)
- SAP de Madrid de 24 de junio de 2005 (*AC* 2005, 2185)
- SAP de Toledo de 12 de febrero de 2007 (*AC* 2007, 1414)
- SAP de las Islas Baleares de 26 de enero de 2009 (*JURJ* 2009, 226038)
- SAP de Madrid de 9 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 337604)
- SAP de Madrid de 1 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 292227)
- SAP de Navarra de 31 de octubre de 2012 (*JUR* 2013, 14060)
- SAT de Murcia de 21 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 136828)
- SAP de Zamora de 13 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 126214)

NOTAS

¹ La anticuada redacción ha sido puesta de relieve por DíEZ-PICAZO, L. (1978). Producción de bienes y rendimiento económico, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 526, 465-476.

² Sobre distintos tratamientos doctrinales de los frutos, puede verse GARCÍA CANTE-RO, G. (1995). Concepto de frutos en el Código Civil español, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 9, 137.

³ Se ha hablado de frutos jurídicos en sentido amplio, en sentido estricto, naturalísticos, orgánicos o biológicos.

Menciona frutos pendientes, preparados, percibidos, consumidos, podidos consumir, etc., MARTÍN RETORTILLO, C. (1951). Clases de frutos en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, T. IV, Fasc. I, 153.

Equipara los frutos naturales a los industriales ALONSO PÉREZ, M. (1990). Comentario al artículo 355. En Albadalejo (coord.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 1.º Madrid: Edersa., p. 215. También SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (2000). Comentario al artículo 355. En *Comentario al Código Civil*, Tomo III,

BARCELONA: Editorial Bosch, p. 135. Para este autor, la distinción es inane y sin fundamento alguno, «desde el instante mismo que unos y otros frutos se derivan de la misma cosa fructífera»

⁴ La afectación a una actividad económica es un elemento clave a la hora de determinar el régimen de tributación de los bienes. El artículo 29 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas considera «elementos patrimoniales afectos a una actividad económica:

a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.

b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, del uso particular del titular de la actividad económica.

c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros».

⁵ Estas ganancias o pérdidas patrimoniales están definidas por el artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como «las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos». Se comprenden aquí las que tienen su origen en transmisiones onerosas o lucrativas, y otras ganancias como los premios y las subvenciones.

⁶ En virtud del artículo 22.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, «la cuota tributaria por este impuesto se obtendrá aplicando a la cuota íntegra el coeficiente multiplicador que corresponda de los que se indican a continuación, establecidos en función del patrimonio preexistente del contribuyente...», valorado conforme a los parámetros establecidos por la normativa fiscal.

⁷ El artículo 7.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido declara exenta «la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales 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...».

⁸ El autoconsumo externo consiste en que los bienes que integran la empresa son utilizados por su propietario fuera de esta, gratuitamente para su consumo personal, o cedidos de forma gratuita a un tercero. A este autoconsumo se refiere el artículo 9.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, describiéndolo como cualquiera de las siguientes operaciones:

«a) La transferencia, efectuada por el sujeto pasivo, de bienes corporales de su patrimonio empresarial o profesional a su patrimonio personal o al consumo particular de dicho sujeto pasivo

b) La transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales que integren el patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo».

⁹ El autoconsumo interno conlleva el mantenimiento de los bienes en la empresa, pero cambiando su destino y utilización. Según el artículo 9.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, implica:

a) El cambio de afectación de bienes de un sector diferenciado a otro de su actividad empresarial.

.....
b) La afectación o, en su caso, el cambio de afectación de bienes producidos, contruidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión».

¹⁰ Concretamente, el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley 91/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio dispone: «A los efectos de este impuesto, constituirá el patrimonio neto de la persona física el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de

que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder».

¹¹ Al estar constituido el activo por bienes, derechos y otros recursos controlados por la empresa, y el pasivo por las obligaciones, resulta que el patrimonio es la parte residual de los activos, una vez deducidos los pasivos, incluyendo las aportaciones de los socios y los resultados acumulados (no repartidos entre los socios) de la empresa.

¹² Sobre el patrimonio y sus tipos, puede verse LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. I, Parte General y Derecho de la Persona. Madrid: Marcial Pons, pp. 353 a 364.

¹³ La definición de ingresos está contenida en el Código de Comercio, con el propósito de determinar la forma de calcular los resultados habidos durante un ejercicio económico. Según su artículo 36.2: «Los elementos de la cuenta de pérdidas y ganancias y del estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio son:

a) Ingresos: incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios.

b) Gastos: decrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento del valor de los pasivos, siempre que no tengan su origen en distribuciones a los socios o propietarios».

¹⁴ Con la categoría de las operaciones vinculadas se persigue impedir la elusión fiscal entre personas físicas o jurídicas, bien por estar unidas por parentesco consanguíneo o por afinidad, bien por existir entre ellas relaciones de control y subsiguiente subordinación económica. Según el artículo 18.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, «Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor de mercado. Se entenderá valor de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones que respeten el principio de libre competencia».

¹⁵ Como ingresos no computables se pueden citar determinadas ayudas públicas, como las de la política pesquera comunitaria para la paralización definitiva de la actividad, las destinadas a reparar la destrucción, por incendio, inundación o hundimiento de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas, o las percibidas por sacrificio de la cabaña ganadera. Entre las rentas exentas están las reguladas en el artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en sus disposiciones adicionales primera y decimoquinta (rentas del ejercicio del derecho de rescate de un contrato de seguro colectivo, y renta percibida por la disposición de vivienda habitual cuando el transmitente que tenga más de 65 años esté en situación de dependencia severa).

¹⁶ El número 4.º 4. del Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, considera fuentes de ingresos las siguientes:

- Venta de mercaderías, de producción propia y de servicios.
- Variación de existencias.
- Trabajos realizados para la empresa.
- Subvenciones, donaciones y legados.
- Otros ingresos de gestión (arrendamientos, etc.).
- Ingresos financieros.
- Beneficios procedentes de activos no corrientes e ingresos extraordinarios.
- Excesos en aplicaciones de provisiones.

¹⁷ Es este un ingreso atípico y extraordinario, cuya posibilidad está prevista en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículo 15: «Las Administraciones Públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes:

- a) Por atribución de la ley.
- b) A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.
- c) Por herencia, legado o donación.
- d) Por prescripción».

¹⁸ Se ha ocupado de esta cuestión TRAVIESAS, M. (1919). Ocupación, accesión y especificación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 73, 289-303.

¹⁹ Refleja esta opinión LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Derechos reales, Vol. 1.º Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa, p. 126.

²⁰ Esta es la tesis de GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 86.

²¹ En el sentido de considerar a la accesión un modo de adquisición del dominio, *vid.*, DE PABLO CONTRERAS, P. (2008). *Curso de Derecho Civil*, Vol. II, Derechos Reales. Madrid: Editorial Colex, 2.ª ed., p. 63.

²² A favor de la equivalencia de los frutos con los productos, LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Parte General, Vol. 3.º Madrid: Dykinson, edición puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa, p. 48.

En contra, MARTÍN RETORTILLO, C. (1932). Notas sobre el concepto de frutos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 222, 89. Este autor sostiene que los productos se diferencian de los frutos en que son «ventajas fortuitas provenientes, no de la fecundidad de la cosa, sino de causas externas o a veces de la destrucción de la misma».

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (1982). Frutos, productos y accesiones en el depósito civil. *Revista de Derecho Notarial*, núm. 118, 371, pone de manifiesto «cierta especificación del término frutos en relación con el de productos, con el que se abarca una serie de posibilidades de obtención de la cosa que no coinciden en su plenitud con la idea de fruto; y así se habla del producto de una venta, como posible beneficio rendido por una cosa».

²³ Es claro que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre tiene un enfoque diametralmente opuesto al ámbito del patrimonio y sus ingresos que estamos examinando, centrado en la protección del justo equilibrio en las contraprestaciones derivadas del consumo. Únicamente desde este punto de vista defensivo se entiende la definición de producto de su artículo 6: «Sin perjuicio de lo establecido por el artículo 136, a los efectos de esta Norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil».

²⁴ En pro de la equiparación de los frutos con los beneficios netos, véase FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2013). Comentario al artículo 354. En BERCOVITZ RÓDRIGUEZ CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2971.

²⁵ E incluso los gastos derivados de otras actividades, como por ejemplo:

- planificación de la actividad productiva.
- preparación e inicio de la producción.
- reglaje de herramientas.
- incorporación o modificación de instalaciones, máquinas, equipos y sistemas para la producción.
- solución de problemas técnicos de los procesos productivos interrumpidos.
- control de calidad y normalización de productos y procesos.
- prospección en materia de ciencias sociales y estudios de mercado.
- establecimiento de redes o instalaciones para la comercialización.
- adiestramiento y formación del personal relacionados con estas actividades.
- etc.

²⁶ Esta visión del fruto como planta aparece en el Código de Comercio, en los siguientes artículos:

Artículo 175 del Código de Comercio. «Corresponderán principalmente a la índole de estas compañías (de crédito) las operaciones siguientes:

7.º Prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase».

Artículo 193 del Código de Comercio: «Corresponderán principalmente a la índole de estas compañías (de almacenes generales de depósito) las operaciones siguientes:

1.ª El depósito, conservación y custodia de los frutos y mercaderías que se les encomienden».

Artículo 212 del Código de Comercio: «Corresponderán principalmente a la índole de estas compañías (bancos y sociedades agrícolas):

1.º Prestar en metálico o en especie, a un plazo que no exceda de tres años, sobre frutos, cosechas, ganados y otra prenda o garantía especial».

Artículo 326 del Código de Comercio: «No se reputarán mercantiles:

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos del los frutos o productos de sus cosechas o ganado, o de las especies en que se les paguen las rentas».

²⁷ En contra de tal consideración, MARTÍN RETORTILLO, C. (1952). Los frutos de las minas. *Anuario de Derecho Civil*, T. V, Fasc. III, 1019-1046.

A favor, DÍEZ-PICAZO, L. (1954). Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de fruto? *Anuario de Derecho Civil*, T. VII Fasc. II, 355-376.

²⁸ Respecto a la extensión de la prenda sin desplazamiento a los frutos, puede verse FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). Bienes muebles corporales susceptibles de prenda sin desplazamiento, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 28.

²⁹ El artículo 1347 del Código Civil sigue el sentido del artículo 1401 del Código Civil en su redacción original, que establecía: Son bienes gananciales:

2.º Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos.

3.º Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de ellos.

³⁰ La categoría de los semovientes, como tipo legal de muebles, tiene sanción normativa en el artículo 92.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por R. D. 939/2005, de 29 de julio, que dispone: «El embargo de bienes muebles y semovientes se llevará a efecto mediante personación en el domicilio del obligado al pago o, en su caso, en el lugar donde se encuentren los bienes».

³¹ Incide en este carácter de «bien nuevo» DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1975). Adquisición y restitución de frutos por el poseedor. *Anuario de Derecho Civil*, T. XXVIII, Fasc. III, 580.

³² En contra de la existencia de frutos ocasionales, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 208. Para este autor es esencial en los frutos cierta habitualidad en su percepción.

³³ Según el artículo 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, constituye el objeto del Impuesto sobre la Renta «la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezca por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador».

³⁴ Las imputaciones de renta consisten en atribuir a una persona una ganancia de la que carece en realidad, con la sola finalidad de gravar la capacidad económica de los contribuyentes.

³⁵ Admite como fruto civil la renta de un arrendamiento de bien mueble ALBADALEJO GARCÍA, M. (2009). *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción y Parte General. Madrid: Edisofer, p. 536.

³⁶ Véase el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1925, de CASTÁN, J. (1925). *Revista de Derecho Privado*, núm. 147, 390, en el que afirma que «los productos fabricados podrán ser frutos industriales, pero las utilidades líquidas obtenidas con la explotación son frutos civiles».

³⁷ Sobre embargo de frutos trabado por Hacienda, el artículo 89.3 Reglamento General de Recaudación, aprobado por R. D. 939/2005, de 29 de julio preceptúa: «Si lo embargado fuesen frutos o rentas obtenidos por empresas o actividades comerciales, industriales y agrícolas, se podrá nombrar un administrador o interventor de acuerdo con el artículo 170.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

³⁸ Es esta una liquidación entendida como fijación del valor económico de los frutos, sin necesidad de que estos se hayan enajenado. A esta liquidación que busca cuantificar en términos monetarios una pretensión relacionada con frutos se dirige el artículo 718 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «Liquidación de frutos y rentas. Solicitud y requerimiento del deudor.

Si se solicitase la determinación de la cantidad que se deba en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, el Secretario judicial responsable de la ejecución requerirá al deudor para que, dentro de un plazo que se determinará según las circunstancias del caso, presente la liquidación, ateniéndose, en su caso, a las bases que estableciese el título».

³⁹ Es interesante al respecto la Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de noviembre de 2010, sobre una donación onerosa o modal, a favor del donante y dos de sus hermanos, de las participaciones de una sociedad holding de un grupo empresarial. La donación se formalizó con la carga de la obligación solidaria de los tres donatarios de satisfacer al donante una renta anual de 96.000 euros, pagadera de forma fraccionada mensualmente.

*(Trabajo recibido el 29-7-2016 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La Directiva 2014/17/UE, un nuevo intento del legislador europeo para evitar los desahucios

Directive 2014/17/EU, a new attempt by the european legislator designed to prevent evictions

por

DRA. ABIGAIL QUESADA PÁEZ

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

RESUMEN: Se estudia en este artículo la Directiva de la Unión Europea sobre hipotecas que recaigan en inmuebles urbanos. Tal Directiva tiene por finalidad disminuir todo lo posible los desahucios y las ejecuciones hipotecarias y para ello impone a los prestamistas unas amplias obligaciones de información que deben suministrar a los consumidores, y les otorgan facultades para investigar a fondo la situación patrimonial de los deudores. Se analizan también los puntos novedosos que introduce la Directiva en nuestra legislación para la concesión de créditos sobre bienes inmuebles urbanos, y se critica las indeterminaciones y lagunas que crea en su pretendidamente amplia regulación.

ABSTRACT: *We study in this article the EU Directive on mortgages that are charged in urban property. Such a Directive is to reduce as much as possible evictions and foreclosures and it imposes on lenders a extensive reporting requirements to be given to consumers and give them powers to fully investigate*

the financial position of debtors. The novel points that Directive introduces in our legislation for granting loans on urban real estate are also analyzed, and on the other hand the uncertainties and gaps at this extensive regulation are criticized.

PALABRAS CLAVE: Prestamista. Consumidor. Bien inmueble. Información. Tasación y ejecución.

KEY WORDS: *Lender. Consumer. Real estate. Information. Pricing and execution.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OBJETIVOS.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—IV. DEFINICIONES.—V. EDUCACIÓN FINANCIERA DE LOS CONSUMIDORES.—VI. OBLIGACIONES DE LOS PRESTAMISTAS.—VII. INFORMACIÓN Y PRÁCTICAS PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: 1. FORMA DE SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN. 2. VENTAS VINCULADAS Y COMBINADAS. 3. INFORMACIÓN GENERAL.—VIII. TASA ANUAL EQUIVALENTE.—IX. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA. 1. TASACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES. 2. VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA AL CONSUMIDOR. 3. ACCESO A BASES DE DATOS.—X. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO.—XI. PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.—XII. CRÉDITOS DE TIPO VARIABLE.—XIII. CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO Y DERECHOS CONEXOS: 1. REEMBOLSO ANTICIPADO. 2. INFORMACIÓN SOBRE CAMBIOS DEL TIPO DEUDOR. 3. DEMORAS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS.—XIV.- REQUISITOS EN MATERIA DE ESTABLECIMIENTO Y DE SUPERVISIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO Y REPRESENTANTES DESIGNADOS: 1. RECONOCIMIENTO DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO. 2. INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO VINCULADOS A UN SOLO PRESTAMISTA. 3. REPRESENTANTES DESIGNADOS. 4. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO. 5. REVOCACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN INTERMEDIARIO DE CRÉDITO. 6. SUPERVISIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO.—XV. COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES COMPETENTES DE DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS.—XVI. DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIA.—XVII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La aguda y prolongada crisis que aun sufrimos ha producido una desaceleración brutal en el mercado inmobiliario, vulgarmente conocida como

«el pinchazo de la burbuja». En los tiempos de auge de tal mercado, en que los precios aumentaban ilimitadamente, las entidades financieras alentaban todo tipo de crédito respaldado por alguna garantía inmueble, confiando en la revalorización de este, fuera vivienda, local de negocio, almacén, trastero o cochera, pues todo subía de valor de forma vertiginosa. Las entidades estaban seguras de su negocio, pues en el caso de que el prestatario dejase de pagar los plazos convenidos, siempre se encontraría un comprador interesado en la adquisición del inmueble por una cantidad que cubriera ampliamente capital, intereses y costas.

La grave crisis que se hizo evidente el año 2007, provocó que nadie quisiera ya invertir en inmuebles urbanos, con el consiguiente desplome de los precios. Además la crisis causó la ruina de muchas pequeñas empresas dedicadas al comercio o la industria, ocasionando un fuerte incremento del desempleo.

De este modo resultó que gran número de deudores, tanto particulares como empresas dedicadas a la construcción, no pudieron hacer frente a los pagos de la hipoteca. Las entidades financieras procedían entonces a la ejecución judicial de las hipotecas: las fincas salían a subasta pública, pero como nadie pujaba por ellas, les eran adjudicadas a las entidades acreedoras. De aquí el enorme «stock» de fincas urbanas que pertenecen a bancos y cajas de ahorro y que estas tratan de enajenar para recobrar la liquidez necesaria.

Producía inquietud y escándalo el hecho de que al adjudicarse estos bienes los acreedores, lo hacían por una parte muy baja de su valor, que no cubría capital e intereses, por lo que continuaba el ejecutado siendo deudor del banco o caja, todavía por una cantidad considerable; así pues el comprador no solo perdía la vivienda que había adquirido, sino que continuaba adeudando al banco buena parte de su deuda. Tal situación inaceptable comenzó a corregirse mediante la dación en pago: el deudor transmitía su propiedad al banco, que a cambio le liberaba de la deuda.

Las adjudicaciones de las viviendas a las entidades financieras determinaban que estas eran ahora las propietarias, y si el deudor ejecutado continuaba detentando la finca en cuestión, eran desahuciadas o lanzadas por la autoridad judicial. Estos desahucios causaban inquietud social, eran aireados por los medios de comunicación y aprovechados por partidos con fines políticos o demagógicos.

Tal estado de cosas se extiende por el mundo occidental. Europa y Estados Unidos han sufrido la crisis y sus efectos. En Europa, la Comunidad Europea trata de evitar que en el futuro se repitan estas indeseadas situaciones y para ello ya publicó la Directiva 2008/48/CE, y la 2013/36/UE y el Reglamento UE núm. 1093/2010 y ahora, dando otra vuelta de tuerca, publica la Directiva 2014/17 de 4 de febrero sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en la que además modifica las Directivas y el Reglamento mencionados.

II. OBJETIVOS

La Directiva explica que el nivel de endeudamiento de los consumidores de la Unión es elevado y que la mayor parte de la deuda se concentra en créditos relacionados con bienes inmuebles de uso residencial, por lo que se hace necesaria garantizar un marco regulador de la Unión que sea sólido y coherente con los principios internacionales.

Carga a continuación contra las entidades financieras, a las que hace causantes de la crisis por su comportamiento que tacha de «irresponsable» y que ha socavado los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de los consumidores y origina graves consecuencias sociales y económicas. Y ciertamente el comportamiento de tales entidades merece ese calificativo, pues su alegría al conceder los créditos y su falta de visión de futuro han sido los principales causantes de la situación actual, que no solo ha provocado la ruina de innumerables personas, sino también la de no pocas entidades crediticias.

La finalidad es la de establecer unos mercados responsables y fiables y restablecer la confianza de los consumidores. Este mercado debe ofrecer un elevado grado de protección a los consumidores y garantizar que las entidades se comporten de un modo profesional y responsable. Este mercado de créditos para bienes inmuebles debe ser transparente y eficiente, promoviendo unos contratos equitativos en la citada materia de los bienes inmuebles.

Para ello se precisa establecer un marco jurídico debidamente armonizado para todos los Estados de la Unión. La máxima armonización radica en el suministro de información precontractual (materia en la que insiste reiteradamente una y otra vez la Directiva), en el formato de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el cálculo de la TAE.

En lo no previsto por la Directiva, se otorga a los Estados miembros libertad de dictar disposiciones nacionales, citando como ejemplo la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el Registro de la Propiedad y las cuestiones postcontractuales. Sin embargo, la Directiva anima a los Estados miembros a adoptar normas aun más estrictas que las de la propia Directiva. Y además autoriza a los Estados a que hagan extensivas las disposiciones que publiquen a otros bienes inmuebles, aunque la regulación que hace la Directiva es exclusivamente para bienes inmuebles de uso residencial.

Explica nuevamente que el objetivo de la Directiva es que los consumidores que celebren contratos de crédito sobre bienes inmuebles gocen de un elevado grado de protección y así enumera, sin ánimo exhaustivo, contratos de tal tipo, como los créditos garantizados con bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, los créditos para la adquisición de bienes inmuebles, los contratos de refinanciación y los créditos destinados a la renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

En cambio, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a la llamada hipoteca inversa, en la que el prestamista efectúa pagos periódicos al prestatario.

Por otra parte, para que los contratos para renovación de bienes inmuebles de uso residencial, entren en el ámbito de aplicación de la Directiva, deben reflejar un crédito que exceda de 75.000 euros.

Además se insiste en la información que debe darse al consumidor, y así y siguiendo las pautas de la Directiva 2008/48/CE, debe facilitarse al comprador un ejemplo representativo, para calcular la tasa anual equivalente (TAE), excluidos los gastos notariales, y que se proporcionará con la información precontractual pormenorizada.

Como contrapartida, los prestamistas deben evaluar la solvencia del deudor y se les debe garantizar a los prestamistas un acceso a las bases de datos.

Establece también una especie de «periodo de reflexión», para que los consumidores consideren todas las posibles implicaciones del contrato. Tal periodo será al menos de siete días.

Autoriza a los Estados a que establezcan dicho periodo de reflexión antes de que se celebre el contrato, o bien un plazo de desistimiento, tras la firma del mismo, para que los consumidores que quieran firmar el contrato durante el periodo de reflexión, puedan hacerlo.

En cuanto al supuesto de las ventas vinculadas al crédito, en las que la entidad financiera obliga al consumidor a adquirir determinados productos, como pueden ser tarjetas de crédito o débito, seguros de vida y de hogar, planes de pensiones, etc., la Directiva impone como norma general que no deben permitirse las prácticas de venta vinculada, a no ser que el producto ofrecido no pueda adquirirse por separado, al ser una parte del propio crédito, y pone por ejemplo el caso de los descubiertos garantizados.

Estima justo que los prestamistas puedan exigir a los consumidores que tengan un seguro que garantice el reembolso del crédito, pero el consumidor debe tener la oportunidad de elegir a su proveedor de seguro.

Pasa a continuación a tratar de la tasación del bien inmueble, e impone a los Estados que establezcan normas fiables de tasación, que sean reconocidas internacionalmente.

La Directiva de la UE siente gran repulsa por las ejecuciones judiciales en caso de impago, con su evidente consecuencia del lanzamiento o desahucio de los deudores de la vivienda dada en garantía. Lógicamente no puede prohibirlas, pues en ese caso quien pagara escrupulosamente su deuda sería tratado igual que el deudor que no ha cumplido su obligación. Ya que no puede prohibir tales ejecuciones, recomienda «alentar a los prestamistas a que aborden con anticipación en una fase temprana el riesgo de crédito emergente», y a su vez alienta a los Estados para que establezcan las medidas necesarias para garantizar que los prestamistas se muestren «razonablemente tolerantes» para resolver la situación antes de emprender un proceso de ejecución. Parece que una buena solución

sería la dación en pago, con transmisión de la propiedad del bien al acreedor y consiguiente liberación de la deuda al deudor. El resultado es el mismo, pero en la dación en pago la transmisión se realiza de manera voluntaria, mientras que en la ejecución judicial es forzosa, lo que por su mala prensa desazona agudamente a los políticos europeos.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Viene recogido en el artículo 3 en su apartado 1 de la Directiva que determina que la presente Directiva se aplicará a:

- a) Los contratos de crédito garantizados por una hipoteca, u otra garantía semejante, sobre bienes inmuebles de uso residencial.
- b) Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

Por el contrario esta Directiva no será aplicable a:

- a) Los contratos de crédito de pensión hipotecaria, es decir, lo que conocemos como hipoteca inversa.
- b) Los contratos de crédito ofrecidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses y que no se ofrezcan al público en general.
- c) Los contratos de crédito concedidos libres de intereses.
- d) Los contratos de crédito concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes.
- e) Los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional o ante cualquier otra autoridad pública.
- f) Los contratos de crédito relativos al pago aplazado de una deuda existente.

IV. DEFINICIONES

El artículo 4 de la Directiva se ocupa de definir los conceptos que inciden en esta materia, al objeto de que no se produzcan confusiones ni distintas interpretaciones en los distintos Estados miembros.

Tales definiciones, probablemente con la sana intención de aclarar, incumplen elementales reglas gramaticales, como son que lo definido no debe entrar en la definición, e incurrir en perogrulladas: así cuando definen al «consumidor» como todo consumidor según se define en el artículo 3,a, de la Directiva 2008/48/CE. O bien «soporte duradero» como un soporte duradero, según el artículo 3,m de la misma Directiva. Y también «tipo deudor» como el tipo deudor definido en el artículo 3,j de la citada Directiva 2008/48. E

incluso «importe total adeudado por el consumidor» como el importe total adeudado por el consumidor, definido en el artículo 3,h de la consabida Directiva.

V. EDUCACIÓN FINANCIERA DE LOS CONSUMIDORES

El capítulo 2 de la Directiva está dedicado a la obligación de los Estados miembros de fomentar medidas que apoyen la educación financiera de los consumidores. Insiste en que estos deben tener una información clara y comprender los derechos y obligaciones que surgen del contrato de crédito, particularmente los consumidores que obtengan un crédito hipotecario por primera vez.

VI. OBLIGACIONES DE LOS PRESTAMISTAS

Vienen especificadas en el capítulo 3 de la Directiva, estableciendo las siguientes:

- a) En primer lugar, y como norma de conducta principal, se les exige que actúen de manera honesta e imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. Los Estados miembros velarán por el modo en que los prestamistas cumplan sus obligaciones, y vigilarán la forma en que los prestamistas remuneren a su personal o a los intermediarios del crédito.
- b) La obligación principal es la de ofrecer información al consumidor, y que tal información sea gratuita, es decir sin coste alguno para el cliente. Lógicamente, para facilitar una información veraz, competente y completa, es preciso que el personal al servicio de los prestamistas o de los intermediarios del crédito debe tener el suficiente grado de conocimientos y competencia. Los Estados miembros determinarán los requisitos mínimos de conocimientos y competencia aplicable al personal de los prestamistas.

VII. INFORMACIÓN Y PRÁCTICAS PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Entramos ya en el estudio del proceso de la contratación del crédito hipotecario y para ello la Directiva comienza por regular la publicidad que emiten las entidades financieras de sus productos crediticios y así ordena que tal publicidad sea leal y clara y no resulte engañosa.

La información que deben facilitar las entidades de crédito a los consumidores, deberá reunir las siguientes circunstancias:

- a) La identidad del prestamista
- b) Que el crédito estará garantizado por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial.
- c) El tipo deudor, indicando si es fijo o variable.
- d) Todos los gastos que conlleve el crédito y de tal modo poder conocer el importe total del crédito.
- e) El TAE se incluirá en la publicidad de forma tan destacada como el tipo de interés.
- f) Cuando proceda, se indicará la duración del contrato.
- g) Igualmente cuando proceda, se indicará el importe de los pagos a plazos, así como el número de estos.

1. FORMA DE SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN

La información suministrada sobre todas estas materias se precisará mediante un ejemplo representativo. La intención de la Directiva comunitaria es que el consumidor no pueda llamarse a engaño y esté perfectamente enterado de las obligaciones que asume y cuánto le van a costar. Y así, se establece a continuación que si fuera necesaria para la contratación del crédito convenir un contrato accesorio, particularmente un seguro, y el coste del mismo no pudiera determinarse de antemano, dicha obligación deberá mencionarse de forma clara y destacada, junto con la TAE.

2. VENTAS VINCULADAS Y COMBINADAS

El artículo 12 de la Directiva dispone con carácter general que las ventas combinadas serán autorizadas, pero las vinculadas deben estar prohibidas.

Aunque a continuación establece algunas excepciones a la tal prohibición y así queda permitido:

- 1º Que la entidad prestamista exija al consumidor o a un pariente cercano que abran una cuenta de pago o ahorro en la entidad.
- 2º También pueden exigir el abrir un producto de inversión o un plan de pensiones, que sirvan para ofrecer una seguridad adicional al prestamista.
- 3º Pueden además pedir que el consumidor contrate un seguro con relación al contrato de crédito.

3. INFORMACIÓN GENERAL

El deber de información en el que tanto insiste la Directiva viene recogido con carácter general en el artículo 13 de la misma que establece la obligación de los prestamistas de facilitar bien en soporte papel o en formato electrónico una información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito.

Esta información general deberá especificar como mínimo:

- a) La identidad y dirección geográfica de quien emite la información.
- b) Los fines para los que puede emplearse el crédito.
- c) Las formas de garantía.
- d) La duración posible de los contratos de crédito.
- e) Indicación de si el tipo será fijo o variable, especificando las implicaciones para el consumidor.
- f) Cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera una indicación de la misma y como antes explicando las implicaciones que tal crédito en moneda extranjera tiene para el consumidor.
- g) Un ejemplo representativo del importe total del crédito incluyendo el coste total del mismo para el consumidor junto con la TAE.
- h) Indicación de los costes no incluidos en el crédito que deban pagarse en relación con tal contrato.
- i) Las diversas opciones existentes para rembolsar el crédito al prestamista, indicando por ejemplo periodicidad e importe de las cuotas de reembolso.
- j) Cuando proceda, una declaración clara de que el cumplimiento de los términos de los contratos de créditos no garantiza el reembolso del importe total del crédito.
- k) Explicar las condiciones relacionadas con el reembolso anticipado.
- l) Indicación de si es necesario evaluar el bien inmueble y si se originan costes para el consumidor.
- m) Indicación de los servicios accesorios que el consumidor está obligado a contratar para obtener el crédito.
- n) Advertencia general sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito.

Continúa la Directiva estableciendo la exigencia de información detallada que debe ofrecer el prestamista al consumidor. Y así una vez establecida en el artículo anterior lo que debe ser la información general del crédito en el artículo 14 pasa a estudiar los requisitos que debe reunir la información precontractual. De este modo en su número 1 establece la obligación de ofrecer al consumidor la información personalizada para comparar los créditos disponibles en el mercado y para tomar una decisión sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito. Esta información debe suministrarse con la suficiente

antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por el contrato de crédito.

La información personalizada que debe suministrarse se facilitará mediante la «Ficha Europea de Información Normalizada» (FEIN), ficha que constituye una novedad ya que resulta creada por la presente Directiva.

Siempre que el consumidor reciba una oferta que sea vinculante para el prestamista esta debe de ser facilitada en soporte de papel o en cualquier otro soporte duradero y debe de ir acompañada de una FEIN.

Además en el número 4 de este artículo autoriza a los Estados a que dispongan que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante por el prestamista y asimismo tales estados deberán especificar un periodo de 7 días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.

Tal periodo de reflexión determinará que mientras dure el mismo la oferta será vinculante para el prestamista y además el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el periodo de reflexión; si bien podrá establecerse que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo, que no supere los primeros diez días del periodo de reflexión.

El artículo 15 establece unos requisitos de información semejantes en relación con los intermediarios de crédito; y así establecen la obligación de suministrar como mínimo la información siguiente:

- a) Identidad y dirección geográfica del intermediario del crédito.
- b) El registro en el que esté escrito y el número del registro.
- c) Si el intermediario del crédito está vinculado a uno o más prestamistas, indicando los nombres de ellos.
- d) Si el intermediario del crédito ofrece servicios de asesoramiento.
- e) La remuneración que el consumidor deba abonar al intermediario del crédito por sus servicios.
- f) Los procedimientos que pueden usar los consumidores contra los intermediarios de crédito.
- g) Los diferentes niveles de comisión que abonan los distintos prestamistas que proporcionan los contratos de crédito que se ofrecen al consumidor.
- h) La obligación que tienen los intermediarios de comunicar al consumidor al ponerse en contacto con él, la calidad en la que actúan y el intermediario del crédito al que representan.

Continúa remachando la Directiva con la obligación de ofrecer una información completa al consumidor y así en el artículo 16 establece la obligación de los prestamistas de facilitar al consumidor explicaciones adecuadas sobre los contratos de crédito que se ofrecen y sobre los posibles servicios accesorios, a

fin de que el consumidor pueda calibrar si tales contratos y servicios se ajustan a sus necesidades.

La explicación incluirá lo siguiente:

- a) La información precontractual que ha de facilitarse conforme a las disposiciones precedentes.
- b) Las características principales de los productos propuestos.
- c) Los efectos que tales productos pueden tener al consumidor, incluidas las consecuencias que tendrían si este incurriera en impago.
- d) Cuando los servicios accesorios estén combinados con un contrato de crédito debe explicarse si cada componente del paquete puede rescindirse por separado y las implicaciones que ello tendría para el consumidor.

VIII. TASA ANUAL EQUIVALENTE

A continuación la Directiva en su artículo 17 pasa a tratar sobre la tasa anual equivalente o TAE, y así comienza estableciendo en su número 1 que la TAE se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el anexo 1.

El cálculo de la TAE se realizará partiendo del supuesto de que el contrato de crédito estará vigente durante el periodo de tiempo acordado.

Y en los contratos de crédito con tipo variable, la TAE se calculará partiendo del supuesto de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán sin cambios con respeto al nivel fijado en el momento de la celebración del contrato,

O para los contratos de crédito en los que se haya acordado un tipo deudor fijo en relación con el periodo inicial mínimo de 5 años, al final del cual se llevará a cabo una negociación sobre el tipo deudor para acordar un nuevo tipo fijo, el cálculo de la TAE indicada en la FEIN afectará únicamente al periodo inicial de tipo fijo.

Cuando el tipo deudor sea variable el consumidor deberá estar informado de las posibles repercusiones de las variaciones en los importes adeudados y en el TAE, mediante la FEIN. Ello se hará facilitando al consumidor una TAE adicional que ilustre los posibles riesgos vinculados a un aumento significativo del tipo deudor.

IX. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA

La Directiva europea cuyo fin es evitar en lo posible los impagos, establece a continuación en el artículo 18 la obligación del prestamista de evaluar en profundidad la solvencia del consumidor.

La evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble de uso residencial o en la hipótesis de que el valor de dicho

bien inmueble aumentará, a no ser que la finalidad del contrato de crédito sea la construcción o renovación de dicho bien inmueble.

En el número 5 de este artículo se dispone que los Estados miembros velarán porque:

- a) El prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor, si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan.
- b) El prestamista debe informar al consumidor de su intención de consultar una base de datos.
- c) Cuando se deniegue la solicitud del crédito el prestamista informará sin demora de dicha denegación y si se basa en el resultado de la consulta a una base de datos, el prestamista informará también al consumidor del resultado de dicha consulta.

También se debe volver a evaluar la solvencia del consumidor si se produce un aumento significativo del importe total del crédito, a menos que estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial.

1. TASACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

Viene recogida en el artículo 19 la necesidad de que los Estados establezcan normas fiables de tasación de bienes inmuebles de uso residencial. Los prestamistas deben utilizar tales normas cuando lleven a cabo una tasación de bienes inmuebles.

Los tasadores que lleven a cabo las tasaciones serán profesionales competentes e independientes de modo que puedan establecer una tasación imparcial y objetiva.

2. VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN RELATIVA AL CONSUMIDOR

Para que el prestamista pueda evaluar convenientemente la solvencia del consumidor debe recoger la necesaria información relativa a los ingresos y las circunstancias económicas del consumidor; el prestamista obtendrá esta información a partir de las fuentes internas o externas pertinentes incluido el consumidor. Tal información será comprobada adecuadamente.

La comprobación de la solvencia del consumidor viene recogida en el artículo 20 de la Directiva y en el artículo 3 de la misma dispone que los prestamistas deben especificar de manera clara en la fase precontractual la información que el consumidor debe facilitar.

El prestamista estará facultado para rescindir el contrato de crédito cuando se demuestre que el consumidor ha falsificado u ocultado conscientemente la información pertinente.

Los consumidores deben de estar al corriente de la obligación que tienen de facilitar la información correcta para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia. El prestamista advertirá al consumidor que cuando no se pueda evaluar la solvencia debido a que el consumidor ha optado por no facilitar la información, el crédito no podrá concederse.

3. ACCESO A BASES DE DATOS.

Todos los prestamistas, de acuerdo con el artículo 21 de la propia Directiva, podrán acceder a las bases de datos utilizadas en cada Estado a efectos de evaluar la solvencia del consumidor y con el fin exclusivo de verificar que este cumple con las obligaciones crediticias durante toda la vigencia del crédito.

X. SERVICIOS DE ASESORAMIENTO

Otra de las obligaciones de información que dispone la Directiva recae sobre los servicios de asesoramiento regulados en el artículo 22 y que comienza estableciendo la obligación de los prestamistas e intermediarios de informar al consumidor de si están prestando o pueden prestar servicios de asesoramiento.

Y así, los prestamistas deben facilitar al consumidor la información siguiente:

- a) El conjunto de productos que tomarán en consideración, de modo que el consumidor pueda comprender si la recomendación que se le hace se basa solo en la gama de productos del prestamista o en un conjunto más amplio de productos disponibles en el mercado.
- b) Los gastos que se facturan al consumidor por los servicios de asesoramiento o si su importe no puede determinarse, el método empleado para calcularlo.

Todo lo anterior se refiere al precontrato de asesoramiento. Una vez puesto de acuerdo prestamista y consumidor en prestar los servicios de asesoramiento, los prestamistas recabarán la información sobre la situación personal y financiera del consumidor, así como de sus preferencias y objetivos, de modo que puedan recomendar los contratos de crédito adecuados.

Los prestamistas deben tomar en consideración un número suficientemente grande de contratos de crédito de su gama de productos y recomendar uno o

varios contratos de crédito de dicha gama que sean adecuados a las necesidades y situación financiera del consumidor.

Los prestamistas deben actuar en el mejor interés del consumidor, informándose de las necesidades y circunstancias del mismo y recomendándole los contratos de crédito adecuados.

Deben facilitar al consumidor una copia en papel o en otro soporte duradero de la recomendación que se le ha formulado.

Los prestamistas también están obligados a advertir al consumidor que debido a su situación financiera un contrato de crédito puede entrañar un riesgo específico para él.

Por último establece el número 6 del artículo 22 que únicamente pueden prestar servicios de asesoramiento los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados.

XI. PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

Los contratos de crédito y préstamos en moneda extranjera vienen recogidos en el artículo 23 de la Directiva, que dispone en su número 1 que los Estados miembros deben asegurar que exista un marco reglamentario que garantice como mínimo:

- a) Que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o
- b) Que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito.

La moneda alternativa indicada en el apartado a) será:

- a) La moneda en que el consumidor perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos, o
- b) La moneda del Estado miembro en el que el consumidor fuera residente en la fecha de celebración del contrato de crédito o sea residente en la actualidad.

En caso de que el consumidor tenga derecho a convertir el contrato de crédito en una moneda alternativa, el Estado miembro se asegurará que el tipo de cambio utilizado para la conversión sea el tipo de cambio del mercado vigente en la fecha en que se solicite la conversión.

Se determina a continuación la obligación del prestamista de dirigir advertencias regulares al consumidor de un préstamo en moneda extranjera cuando el valor del importe adeudado por el consumidor o las cuotas periódicas difieran

en más del 20% del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato del crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato. En tal advertencia se deberá informar al consumidor del incremento del importe adeudado por este, y se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y se explicará cualquier otro mecanismo para limitar el riesgo de tipo de cambio al que esté expuesto el consumidor.

Todas estas disposiciones se pondrán en conocimiento del consumidor en la FEIN y en el contrato de crédito, y así la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%.

Por último permite la Directiva a los Estados miembros que regulen otros aspectos de los préstamos en moneda extranjera, siempre que dichas disposiciones no se apliquen con efecto retroactivo.

XII. CRÉDITOS DE TIPO VARIABLE

Vienen recogidos en el artículo 24 de la Directiva en la que se establece que en el supuesto de que el contrato de crédito fije un tipo variable, los Estados miembros se asegurarán de que:

- a) Todo índice o tipo de referencia utilizado para calcular el tipo deudor sea claro, objetivo y verificable por las partes del contrato y por las autoridades competentes y
- b) Los proveedores de índices para el cálculo de los tipos deudores o bien los prestamistas deben conservar registros históricos de dichos índices.

XIII. CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO Y DERECHOS CONEXOS

Pasa a continuación la Directiva una vez estudiados todos los prolegómenos del contrato de crédito a la ejecución o realización del propio contrato de crédito en sí, y la primera materia que trata es lo referente al reembolso anticipado.

1. REEMBOLSO ANTICIPADO

Viene regulado en el artículo 25 y así se dispone que el consumidor tiene el derecho de liquidar total o parcialmente las obligaciones derivadas del contrato de crédito antes de la fecha de expiración de este. Y en tales casos el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito para el

consumidor que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir.

Sin embargo, los Estados miembros podrán supeditar este derecho del consumidor al reembolso anticipado a ciertas condiciones o restricciones en las circunstancias en que puede ejercitarse tal derecho.

Así los Estados miembros podrán establecer el derecho del prestamista a una compensación justa y objetiva cuando esté justificada por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado, pero no impondrá penalización al consumidor, y la compensación no excederá de la pérdida financiera sufrida por el prestamista.

Cuando un consumidor desee liquidar las obligaciones derivadas de un contrato de crédito antes de la fecha de expiración de este, el prestamista le facilitará la información necesaria para la evaluación de esta opción, en dicha información se cuantificarán las consecuencias que tienen para el consumidor la liquidación de sus obligaciones antes de la expiración del contrato de crédito.

2. INFORMACIÓN SOBRE CAMBIOS DEL TIPO DEUDOR

Continuando con lo relativo a la ejecución del contrato de crédito la Directiva estudia en el artículo 27 la información que el prestamista debe ofrecer al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que esta se aplique. La información detallará como mínimo el importe de los pagos que deban efectuarse tras la aplicación del nuevo tipo deudor.

Los Estados miembros podrán permitir que las partes acuerden en el contrato de crédito que la información se de al consumidor de forma periódica en los casos en que la modificación del tipo deudor esté relacionada con una modificación de un tipo de referencia y el nuevo tipo de referencia se haga público por los medios adecuados y se comunique en persona al consumidor junto con el importe de las nuevas cuotas periódicas.

Cuando los cambios del tipo deudor se determinen mediante subasta en los mercados de capital, y por consiguiente el prestamista no pueda informar al consumidor del cambio antes de que le sea aplicable, el prestamista informará por escrito al consumidor sobre tal procedimiento y le indicará la fórmula en que ello podría afectar al tipo deudor.

3. DEMORAS Y EJECUCIONES HIPOTECARIAS

Llegamos aquí a uno de los puntos clave de la Directiva por ser el más delicado y sensible todo lo que afecta a la ejecución hipotecaria, pues la mala

prensa que la rodea provoca pánico y recelo entre la clase política nacional e internacional.

Así el artículo 28 en su número 1 publica una norma que podríamos calificar de ética o moral pero no jurídica al decir que los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución. La indefinición de esta norma es evidente puesto que no se sabe ni hasta que punto se puede «alentar» a los prestamistas, ni que quiere decir razonablemente tolerantes puesto que cada Estado con su ordenamiento jurídico puede tener una idea muy distinta sobre el alcance de tal supuesta tolerancia.

La esencia de la hipoteca y su verdadera fuerza consiste en su poder ejecutivo y si se le ponen cortapisas, la hipoteca queda menguada y los bancos, como ya está sucediendo, se harán reacios a concederlas.

En el número 2 se establece que los Estados miembros podrán exigir que si se permite al prestamista imponer recargos al consumidor en caso de impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.

Estarán pues los prestamistas autorizados a imponer tales recargos adicionales al consumidor en caso de impago, si bien deberá determinarse el valor máximo de tales recargos.

Se refiere en el apartado 4 del citado artículo a la dación en pago, estableciendo que las partes podrán acordar expresamente que la transferencia del inmueble dada en garantía al prestamista bastará para rembolsar el crédito.

Los Estados miembros deberán disponer de procedimientos que permitan lograr que se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.

Y por último dice que los Estados miembros velarán porque se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor.

XIV. REQUISITOS EN MATERIA DE ESTABLECIMIENTO Y DE SUPERVISIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO Y REPRESENTANTES DESIGNADOS.

El Capítulo 11 de la Directiva trata de la materia enunciada y así comienza su enumeración en el artículo 29 estudiando lo referente a:

1. RECONOCIMIENTO DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO

De este modo dispone que los intermediarios de crédito serán debidamente reconocidos para desarrollar la actividad de intermediación crediticia o para

prestar servicios de asesoramiento, por una autoridad competente de su Estado miembro de origen.

A continuación expone los requisitos a que está supeditado el reconocimiento de los intermediarios de crédito:

- a) Los intermediarios de crédito deberán disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional que cubra los territorios en los que ofrecen servicios. Sin embargo el Estado miembro podrá disponer que ese seguro pueda ser aportado por el prestamista en cuyo nombre el intermediario de crédito está facultado para actuar.
Deberán elaborarse proyectos de normas de regulación que estipulen el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional.
- b) Las personas físicas establecidas como intermediarios de crédito y los miembros del Consejo de administración de un intermediario de crédito deberán ser personas de reconocido prestigio y no deben de haber sido declarados en quiebra salvo que hayan sido rehabilitados.
- c) Igualmente tales personas físicas y miembros del Consejo de administración deberán tener el nivel de conocimientos y competencia adecuados en materia de contratos de crédito. Cada Estado miembro establecerá el nivel adecuado de conocimientos y competencias a exigir en su territorio.

Deberán hacerse públicos los criterios que se establezcan para determinar si el personal de los intermediarios de crédito o de los prestamistas cumplen los requisitos profesionales.

Además los Estados miembros velarán para que todos los intermediarios de crédito sean consignados en un registro ante una autoridad competente de su Estado. Este registro deberá mantenerse actualizado y estar disponible *on-line*.

El registro de intermediarios de crédito contendrá como mínimo la siguiente información:

- a) Los nombre de los directivos responsables de la actividad; los Estados miembros podrán exigir que se registren todas las personas físicas que ejerzan una función de relación directa con el cliente.
- b) El Estado en el que el intermediario realice actividades.
- c) La indicación de que si el intermediario de crédito está vinculado o no; y en el caso de que los representantes estén vinculados, el prestamista en cuyo nombre actúen.

Además establece la obligación de que los Estados miembros velen porque:

- a) Todo intermediario de crédito que sea persona jurídica, tenga su administración central en el mismo Estado miembro de su domicilio social.

- b) Todo intermediario de crédito que no sea una persona jurídica, tenga su administración central en el Estado miembro en que ejerza de hecho sus actividades principales.

Otra obligación que se impone a los Estados miembros es la de crear un punto único de información que permita un acceso público, fácil y rápido a la información del registro nacional, que se compilará por vía electrónica y se actualizará permanentemente.

La Autoridad Bancaria Europea, (ABE), publicará en su sitio web referencias o hiperenlaces a este punto de información.

También tienen los Estados miembros el deber de vigilancia sobre los intermediarios de crédito para que estos cumplan permanentemente los requisitos a los que están obligados¹.

2. INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO VINCULADOS A UN SOLO PRESTAMISTA

Regula esta materia el artículo 30 de la Directiva, y en él permite que los intermediarios de crédito sean reconocidos por las autoridades competentes a través del prestamista en cuyo nombre operen de manera exclusiva.

En tales casos, el prestamista será totalmente responsable de toda acción u omisión del intermediario de crédito, que actúe en nombre del prestamista. Además el prestamista debe garantizar que los intermediarios de crédito vinculados cumplan los requisitos establecidos en el artículo 29.

Igualmente los prestamistas deberán supervisar las actividades de los intermediarios de crédito vinculados, a fin de asegurarse que sigan cumpliendo las disposiciones de la presente Directiva. En particular, el prestamista será responsable de supervisar el cumplimiento de los requisitos de conocimientos y competencia del intermediario de crédito y su personal.

3. REPRESENTANTES DESIGNADOS

El artículo 31 autoriza a los Estados miembros a que puedan decidir permitir que un intermediario de crédito designe representantes.

Si el representante ha sido designado por un intermediario de crédito vinculado, el prestamista mantendrá la responsabilidad total de toda acción u omisión de representante. En los demás casos el intermediario de crédito será totalmente responsable de toda acción u omisión del representante.

Los intermediarios de crédito garantizarán que sus representantes designados cumplan como mínimo los requisitos que se exigen en el artículo 29.

Los intermediarios de crédito supervisarán las actividades de sus representantes, a fin de garantizar el pleno cumplimiento de la Directiva. Sobre todo serán

responsables de supervisar el cumplimiento de los requisitos de conocimiento y competencias de los representantes y su personal.

Los Estados miembros establecerán un registro público de representantes que contenga como mínimo la información indicada en el artículo 29.4. Los representantes se inscribirán en el registro público del Estado en que estén establecidos. Tal registro se actualizará regularmente y será de acceso público para su consulta *on-line*.

4. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO

El artículo 32 dispone que una vez producido el reconocimiento de un intermediario de crédito por la autoridad competente de un Estado miembro, será válido en todo el territorio de la Unión para la realización de las actividades contempladas en el reconocimiento, sin necesidad de ulterior reconocimiento por las autoridades competentes del Estado de acogida.

Todo intermediario de crédito reconocido que se proponga ejercer su actividad por vez primera en un uno o más Estados miembros en régimen de libre prestación de servicios, o que se proponga establecer una sucursal informará de ello a las autoridades competentes del Estado miembro de origen.

En el plazo de un mes tales autoridades notificarán a las autoridades competentes del Estado de acogida la intención del intermediario de crédito, e informarán al mismo tiempo al intermediario interesado de dicha notificación. El Estado miembro de acogida utilizará la información proporcionada por el Estado miembro de origen para añadir en su registro la información necesaria.

El intermediario del crédito podrá iniciar su actividad un mes después de la fecha en que las autoridades competentes del Estado miembro de origen le hayan informado de la notificación.

En un plazo de dos meses las autoridades del Estado de acogida organizarán la supervisión del intermediario de crédito, y si es necesario indicarán al intermediario en que condiciones debe ejercerse dichas actividades.

5. REVOCACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN INTERMEDIARIO DE CRÉDITO

Viene regulada en el artículo 33 que permite a la autoridad competente del Estado miembro de origen revocar el reconocimiento concedido a un intermediario de crédito si este:

- a) Renuncia expresamente al reconocimiento o no ha llevado a cabo actividades durante los seis meses anteriores a la revocación.

- b) Ha obtenido el reconocimiento por medio de declaraciones falsas o por cualquier otro medio irregular.
- c) Deja de cumplir los requisitos a los que estaba supeditada la concesión del reconocimiento.
- d) Se encuentra en alguno de los supuestos en los que el derecho nacional prevé la revocación por aspectos no incluidos en el ámbito aplicación de la presente Directiva.
- e) Ha infringido de manera grave o sistemática las disposiciones relativas a las condiciones de funcionamiento de los intermediarios de crédito.

Cuando la autoridad competente del Estado miembro de origen revoque el reconocimiento al intermediario de crédito, dicho Estado lo notificará a las autoridades de los Estados de acogida a la mayor brevedad posible, y a más tardar en el plazo de 14 días.

Los intermediarios de crédito a los que se haya retirado el reconocimiento serán eliminados del registro sin demoras indebidas.

6. SUPERVISIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO

Viene exigida tal supervisión por artículo 34 de la Directiva que establece la obligación de los Estados de supervisar las actividades de los intermediarios de crédito.

Tal supervisión se llevará a cabo bien directamente o bien en el marco de la supervisión del prestamista por cuya cuenta actúan².

Iguals obligaciones de supervisión impone la Directiva a los Estados miembros respecto de los representantes designados; y esta supervisión se realizará bien directamente o bien en el marco de la supervisión del intermediario de crédito por cuya cuenta actúan.

Igualmente las autoridades del Estado en que el intermediario de crédito tenga una sucursal deberán vigilar que el intermediario de crédito se atenga a todas las obligaciones establecidas en la presente Directiva.

Si las autoridades competentes de un Estado miembro de acogida comprueban que un intermediario de crédito que posee una sucursal en su territorio no cumple las medidas, exigirán a dicho intermediario que ponga fin a su situación irregular. Las autoridades del Estado de origen deberán ser informadas de las medidas que adopte el Estado de acogida.

Si a pesar de las medidas adoptadas por el Estado de acogida el intermediario de crédito continúa infringiendo las disposiciones vigentes en el Estado de acogida, este podrá prohibir al intermediario de crédito prohibir efectuar nuevas operaciones de crédito en su territorio.

Si la autoridad competente del Estado de origen están en desacuerdo con tales medidas podrá remitir el asunto a la ABE y solicitar su asistencia.

Cuando la autoridad competente del Estado de acogida tenga motivos claros para determinar que un intermediario de crédito que opera en su territorio infringe las obligaciones establecidas en la presente directiva, comunicará los hechos a la autoridad competente del Estado miembro de origen, que tomará las medidas oportunas.

Si la autoridad competente del Estado miembro de origen no adopta ninguna medida en el plazo de un mes a partir de la comunicación de tales hechos o si el intermediario de crédito persiste en una actuación perjudicial para los intereses de los consumidores del Estado de acogida, la autoridad competente del Estado de acogida:

- a) Tras informar a la autoridad del Estado de origen, adoptará cuantas medidas sean necesarias para proteger a los consumidores y preservar el buen funcionamiento de los mercados.
- b) Podrá remitir el asunto a la ABE y solicitar su asistencia.

Cuando un intermediario de crédito haya establecido la sucursal en el territorio de otro Estado, la autoridad competente del Estado de origen podrá realizar inspecciones *in situ* de esa sucursal, tras haber informado a las autoridades del Estado de acogida.

El capítulo 12 de la Directiva permite el reconocimiento y supervisión de las entidades no crediticias, su inscripción en el registro y los procedimientos de supervisión aplicados por una autoridad competente.

XV. COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES COMPETENTES DE DISTINTOS ESTADOS MIEMBROS

El artículo 36 establece la obligación de cooperar entre sí todos los Estados miembros para llevar a cabo las funciones establecidas en la presente Directiva.

Las autoridades prestarán ayuda a las autoridades de los demás Estados miembros, y en particular intercambiarán información y colaborarán en toda investigación o en las actividades de supervisión.

Los Estados designarán como punto de contacto a una sola autoridad competente. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión y a los demás Estados los nombres de las autoridades designadas.

Las autoridades designadas como punto de contacto se facilitarán mutuamente y sin demora la información necesaria³.

La autoridad designada como punto de contacto podrá transmitir la información recibida a las demás autoridades competentes; sin embargo solo podrá transmitir esa información a otras personas cuando las autoridades competentes que hayan transmitido la información den su consentimiento expreso y únicamente para los fines aprobados por dichas autoridades.

Las autoridades competentes solo podrán negarse a dar curso a una solicitud de cooperación o a intercambiar información en caso de que:

- a) La investigación, supervisión o información pueda atentar contra la soberanía, la seguridad o el orden público del Estado destinatario de la solicitud.
- b) Se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos y contra las mismas personas ante las autoridades del Estado destinatario de la solicitud.
- c) Haya recaído sentencia firme en el Estado destinatario de la solicitud con respecto a las mismas personas y hechos.

Las autoridades competentes podrán remitir a la ABE los casos en que una solicitud de cooperación o de intercambio de información haya sido denegada y solicitar la asistencia de la ABE. La decisión que tome la ABE será vinculante para todas las autoridades competentes, con independencia de que dichas autoridades sean miembros de la ABE o no.

XVI. DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Termina la Directiva con unas Disposiciones Finales de las que destaca el artículo 38 que permite a los Estados establecer un régimen de sanciones para el caso de incumplirse las Disposiciones nacionales que se hayan dictado en base a la Directiva europea. Y el artículo 39 que regula los mecanismos de resolución de litigios de los consumidores con los prestamistas.

El artículo 41 que vela porque se preserve el carácter obligatorio de esta Directiva y que establece la irrenunciabilidad de los derechos que asisten al consumidor.

El artículo 43.1 establece una amplia *vacatio legis* de la Directiva, pues esta no se aplicará a los contratos de crédito ya existentes el 21 de marzo de 2016, aunque la entrada en vigor según el artículo 49 se producirá a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

XVII. CONCLUSIONES

I. La Directiva europea intenta por todos los medios a su alcance evitar las ejecuciones hipotecarias, que causan alarma social y son blandidas por los políticos demagógicos.

II. Para ello procura disminuir en todo lo posible los supuestos de impago. A esta finalidad responde en primer lugar la información que debe suministrar el prestamista al consumidor, obligación de información en la que insiste

reiteradamente la Directiva de modo que el prestatario no pueda alegar nunca desconocimiento de sus obligaciones o de las responsabilidades a que le obliga el contrato.

En segundo lugar, se faculta al prestamista para que investigue a fondo la situación patrimonial del consumidor, con el fin de que aquel se asegure que el prestatario cuenta con medios y recursos para hacer frente al pago de la deuda.

III. Se toman también disposiciones respecto a la tasación del inmueble para que la cantidad prestada pueda ser cubierta con el valor de la finca que va a ser hipotecada.

IV. Si finalmente, a pesar de todas las medidas que se han tomado se produce el temido impago, se hace un llamamiento a los prestamistas para que se muestren «razonablemente tolerantes» antes de iniciar un procedimiento de ejecución. Como se ha expresado anteriormente, esta disposición no puede considerarse una norma jurídica, sino una recomendación moral, lógicamente carente de fuerza de ley, y que responde al ferviente deseo de la Unión Europea de evitar los problemas de los desahucios.

V. La buena intención de la Directiva es evidente, así como la bondad de muchas de las disposiciones tomadas, como la exhaustiva información que hay que facilitar al consumidor, pero todavía no sabemos el alcance real que puede producir, pues contra más limitaciones se impongan a la hipoteca y más obligaciones a los prestamistas, más renuentes serán estos a conceder los créditos, con lo cual en último término también puede verse perjudicado el consumidor.

NOTAS

¹ El presente artículo no se aplicará a las entidades de crédito amparadas por una autorización de conformidad con la Directiva 2013/36/UE ni a otras entidades financieras que estén sujetas, con arreglo al derecho nacional, a un régimen equivalente de autorización y supervisión.

² No obstante, los intermediarios de crédito vinculados que presten servicios en un Estado distinto de su Estado de origen deberán ser objeto de supervisión directamente.

³ Sin embargo las autoridades competentes podrán indicar en el momento de la comunicación que dicha información solo puede divulgarse si cuenta con su consentimiento expreso en cuyo caso, la información únicamente podrá intercambiarse para los fines que dichas autoridades hayan autorizado.

*(Trabajo recibido el 27-4-2016 y aceptado
para su publicación el 22-7-2016)*

DICTÁMENES Y NOTAS

La imposición a plazo fijo

Fixed-term deposit

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES

Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la imposición a plazo fijo o depósitos bancarios a plazo que en nuestro ordenamiento jurídico carecen de regulación expresa, quedando su contenido y eficacia a la autonomía de la voluntad de partes.

ABSTRACT: *This work focuses on the fixed-term deposit or bank deposits in our legal system that lack of express regulation, leaving its content and effectiveness to the autonomy of partícipulos.*

PALABRAS CLAVES: Imposición a plazo. Eficacia y autonomía.

KEY WORDS: *Term deposits. Efficiency and autonomy.*

SUMARIO: I. LA IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO: 1. EL DEPÓSITO BANCARIO A PLAZO FIJO: INTRODUCCIÓN: A) *Teoría de la prenda de crédito.* B) *Teoría de la prenda irregular.* C) *Teoría sui generis.*—II. LA COMPENSACIÓN: 1. LA COMPENSACIÓN COMO GARANTÍA. 2. LA COMPENSACIÓN CONCURSAL.—III. LA OPORTUNIDAD EN LA IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO.

I. LA IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO

1. EL DEPÓSITO BANCARIO A PLAZO FIJO: INTRODUCCIÓN

La imposición a plazo fijo (en adelante IPF) o depósitos bancarios a plazo carecen de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, quedando su contenido y eficacia a la autonomía de la voluntad de partes¹.

A través de los depósitos bancarios (operaciones de crédito pasivas) los clientes entregan a las entidades de crédito una suma de dinero, de las que estas pasan a ser titulares, comprometiéndose a devolver dicha cantidad al vencimiento del plazo expresamente pactado² o, como reconoció la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2014³, «la imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda».

Hablamos de «depósitos de vencimiento fijo» cuando el depositante (cliente) puede retirar los fondos dados en garantía a la fecha de su vencimiento, en contraposición a los denominados «vencimientos a la vista», que se diferencian del anterior en que el depositante puede retirar los fondos a través de los llamados servicios bancarios de caja, cheque o tarjeta de débito⁴.

En este sentido se ha manifestado la STS de 19 de abril de 1997⁵, cuando dice: «La pignoración en sentido estricto no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que los individualicen y distinguan, sino como una suma que se confunde en el patrimonio de aquella, quedando obligado a restituir el *tantundem* por haber adquirido, en virtud de aquella forma de entrega, la propiedad de la misma. La pignoración lo es del crédito a la restitución, lo cual desemboca necesariamente en una compensación cuando su titular, que lo pignora, resulta deudor del que debe restituir, o sea, del acreedor en cuyo favor se ha hecho la pignoración. [...] La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda». Es la primera resolución que reconoció la IPF como prenda de crédito. Esta doctrina, por otro lado, ha sido corroborada por las SSTs de 7 de octubre de 1997⁶, de 13 de noviembre de 1999⁷ y de 25 de junio de 2001⁸.

Hasta la que hemos denominado «primera resolución» la doctrina del Alto Tribunal ha sido ambivalente. Así, tenemos la STS de 19 de septiembre de 1987⁹, cuyo *ratio decidendi* se basa en la naturaleza jurídica de la IPF (prenda de irregular) y en la realización de la compensación¹⁰; la STS de 18 de julio de 1989¹¹, ha establecido que: «el depósito de dinero o IPF no puede ser conceptualizado como título-valor y, consecuentemente, no cabe hablar de contrato típico de prenda; ya que, los derechos que entrañan no reúnen los requisitos para calificarlos como tal y poder subsumirlos en la específica normativa del Código

Civil, el depósito de dinero o IPF legítima a su titular para exigir en su día la correspondiente suma de dinero y nada más»; y la STS de 28 de noviembre de 1989¹², que dispuso que «Conforme tiene declarado la Sala, el pacto vinculando una IPF, como garantía de la apertura de una cuenta de crédito, no constituye un derecho de prenda propiamente dicho, sino un contrato atípico al amparo del artículo 1255 del Código Civil».

Conforme a lo expuesto la naturaleza jurídica de la imposición a plazo se mueve entre tres direcciones contrapuestas: la prenda de créditos, la prenda irregular y la prenda *sui generis*.

A) Teoría de la prenda de crédito

Los partidarios de la teoría de la prenda de créditos¹³ parten de la dicción del artículo 1857 del Código Civil, precepto que establece los requisitos esenciales de los contratos de prenda como derecho real de garantía: a) Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; b) Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que empeña o hipoteca, c) Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. En atención a lo dispuesto en el artículo 1861, la prenda puede asegurar cualquier obligación, siendo, además necesario que conste en documento público (art. 1865 del Código Civil). Todo esto nos lleva a lo dispuesto en el artículo 1922, párrafo 2.º del Código Civil, que establece la preferencia sobre «los bienes garantizados con prenda que se hallen en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor».

No obstante, su falta de regulación expresa no impide, según dice PÉREZ DE MADRID¹⁴, que la realidad social conduzca a su admisión basada en dos elementos constitutivos: la notificación de la constitución de la prenda al deudor (art. 1863 del Código Civil) y su elevación a documento público (art. 1865 del Código Civil). Por otra parte TAPIA HERMIDA¹⁵ afirma que el depositante mediante un contrato de depósito entrega el dinero en el banco, disponiendo de un derecho de crédito a la restitución. Para DE CUEVILLAS MATOZZI¹⁶ citando a JORDANO FRAGA¹⁷, la diferencia entre la prenda de crédito y la prenda irregular está en la dependencia o independencia del derecho a la restitución del depósito garantizado, concretamente, en la prenda de crédito el crédito garantizado y cedido en garantía conserva su autonomía en cuanto al vencimiento (exigibilidad). FUGARDO ESTEVIL¹⁸ señala que en los depósitos bancarios no individualizados, como es el caso de una imposición a plazo fijo, el impositor de la suma de dinero solo tiene un derecho de crédito: solicitar la restitución de lo entregado más los intereses. Por último, GIL RODRÍGUEZ¹⁹, partiendo del esquema de una cesión de créditos, señala que el efecto traslativo

lo genera el propio contrato y, por tanto, las actuaciones derivan de él: elevación a público y notificación. Concluida esta fase, se procede a poner a disposición del depositario de los documentos acreditativos de la garantía.

Por otro lado, el problema que presenta la teoría de la prenda, en opinión de PÉREZ DE MADRID²⁰, está en si son de aplicación analógica a la prenda los artículos 1526 y 1527 del Código Civil; ya que, basta su formulación en documento privado con fecha cierta para su oponibilidad frente a terceros (art. 1527). En cuanto a la notificación, no es requisito constitutivo para su eficacia (art. 1526). En este sentido, según PANTALEÓN PRIETO²¹, cabe perfectamente en la prenda de crédito lo previsto en los artículos 1526 y sigs. del Código Civil, en lugar del riguroso artículo 1865 del mismo cuerpo legal. Es posible, añade, frente a terceros, una prenda de crédito desde que su fecha deba tenerse por cierta (art. 1227 del Código Civil). La notificación del crédito pignorado no es requisito constitutivo en la prenda, pero sí de su eficacia frente a terceros desde el momento en que se consienta contractualmente. Por último, siguiendo el artículo 1922, párrafo 2.º del Código Civil, relativo a los privilegios, caben en los créditos prendarios, como así reconocieron las SSTs de 27 de diciembre de 1985²², de 18 de julio de 1989²³ y la de 28 de noviembre de 1989²⁴. En consecuencia, PANTALEÓN PRIETO²⁵, expone las siguientes conclusiones: la prenda de créditos no regulada en el Código Civil, solo tiene los efectos propios de los contratos de cesión de créditos en garantía; es de aplicación a los contratos de cesión de créditos lo dispuesto en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil; y la entrega de dinero por el depositante supone una cotitularidad con respecto al depositario. Podemos citar como ejemplo de resoluciones que han asumido la imposición a plazo fijo cuya naturaleza jurídica es una prenda de crédito: las SSTs de 19 de septiembre de 1987²⁶ y la de 13 de noviembre 1999²⁷.

Así, podemos señalar que para la teoría de la prenda de créditos la garantía no es la suma de dinero depositada en el banco, sino el crédito que ostenta el depositante, de tal manera que el depositario puede reclamar en el momento del vencimiento²⁸.

B) Teoría de la prenda irregular

Para los partidarios de la teoría de la prenda irregular²⁹, el artículo 1768 del Código Civil establece una declaración terminante por la cual se excluye la posibilidad legal del depósito irregular en nuestro ordenamiento³⁰. Por otro lado, el artículo 309 del C. Com., sin proporcionar un concepto de prenda irregular en sentido estricto, se acerca bastante, pues dispone «Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquel

le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado». En relación con este precepto, el profesor GARRIGUES³¹ señala que el objeto del depósito es que el depositario disponga del depósito con asentimiento del depositante para la conservación del depósito en otro contrato. En el supuesto de cosa fungible (dinero), no es que el depósito se transforme en préstamo, sino que el depositario con anuencia del depositante, soporta el riesgo a título de propietario, es decir, se aplican las mismas reglas que en un préstamo.

Por tanto, en aplicación del artículo 309 del C.Com, tenemos el depósito irregular, pero si comparamos los artículos 309 del C.Com. y el 1768 del Código Civil, existe una conversión del depósito irregular en un préstamo (mutuo). En otra interpretación de la mano de O'CALLAGHAN MUÑOZ³², al relacionar los artículos 1767 y 1768 del Código Civil comenta que el depositario precisa del asentimiento del depositante para servirse de la cosa objeto de depósito. Cumplido este requisito, el depósito queda desnaturalizado y no es tal, sino un préstamo, salvo que su uso sea necesario o útil, en cuyo caso, no desnaturaliza el depósito. Basta con atenerse a lo pactado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil

En el Derecho comparado tenemos, en primer lugar, el parágrafo 700 del Código Civil alemán, que dice: «Si se depositan cosas fungibles de tal modo que se transmite la propiedad al depositario, y este debiera estar obligado a restituir cosas del mismo género, calidad y cantidad, son aplicables, en caso de dinero, las disposiciones sobre el contrato de préstamo y, para otras cosas, las disposiciones sobre el préstamo de cosas [...]». Según este precepto, como ha señalado GARCÍA-PITA³³, si el depositante autoriza al depositario el consumo del objeto del depósito (dinero), le será de aplicación lo establecido para el mutuo desde el momento en que el depositario haga uso de las cosas fungibles. La restitución deberá ser pactada; en caso de duda, se aplicará supletoriamente lo relativo al contrato de depósito. El Código Civil francés regula en los artículos 1915 y sigs. el contrato de depósito, que no lo entiende como «contrato», sino como «acto», por el que se recibe en depósito una cosa ajena, adquiriendo la obligación de guardar y de restituir [...]. El artículo 1927 establece la guarda y el artículo 1930 prohíbe el uso de la cosa depositada sin consentimiento del depositante. En principio, de acuerdo con lo expuesto, habría que pensar que estamos ante un depósito regular. Pero la doctrina francesa, afirma GARCÍA-PITA³⁴, se muestra oscilante a la hora de calificar los depósitos bancarios: en algunos casos como «préstamo de consumo», porque no existe el deber de custodia; en otros, se acude a la voluntad de partes en donde se determina si estamos ante un depósito irregular o un préstamo. El Código Civil italiano regula en su artículo 1782, el depósito irregular: «Si el depósito tiene por objeto una suma de dinero u otras cosas fungibles, con facultad para el depositario de

servirse de ellas, este adquiere la propiedad y queda obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

En tal caso se observan, en cuanto aplicables, las normas relativas al mutuo». Este precepto como ha señalado GARCÍA-PITA³⁵, no dice que el depósito se transforme en mutuo, sino que se aplicará supletoriamente las normas relativas al mutuo. Por otro lado, siguiendo el artículo 1813, que se centra en el supuesto de que se reciba dinero u otra cosa fungible, se adquiere la propiedad, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

La teoría que establece la prenda irregular como naturaleza jurídica de una imposición a plazo parte del depósito bancario de dinero, que determina la propiedad del depositario de las sumas depositadas por parte del depositante, quedando el depositario obligado a devolver dicho depósito al tiempo de su vencimiento³⁶. Así, se produce un efecto traslativo (el depósito queda en propiedad del depositario) y un efecto restitutivo de una suma igual a la cantidad depositada en el plazo convenido. Si la voluntad de las partes es esa, estamos ante un depósito irregular³⁷.

Este es el supuesto de la STS de 28 de noviembre de 1989³⁸, que estableció: «Conforme tiene declarado la Sala, el pacto vinculando una imposición a plazo fijo, como garantía de la apertura de una cuenta de crédito, no constituye un derecho de prenda propiamente dicho, sino un contrato atípico al amparo del artículo 1255 del Código Civil, sin que sea de aplicación la regulación establecida por este Código y el de Comercio para la prenda propiamente dicha o típica». La STS de 19 de abril de 1997³⁹ estableció que «La pignoración en sentido estricto no es posible jurídicamente cuando el dinero no se ha entregado a la entidad bancaria depositaria por signos que los individualicen y distingan, sino como una suma que se confunde en el patrimonio de aquella, quedando obligada a restituir el *tantundem* por haber adquirido, en virtud de aquella forma de entrega, la propiedad de la misma».

C) *Teoría sui generis*

Existe una tercera categoría que se ha denominado *sui generis*, que no cumple en sentido estricto los requisitos de un depósito bancario a plazo (art. 1766), como fue el caso de la STS de 27 de diciembre de 1985⁴⁰: «El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona, pues se le aproximó al mutuo y hasta se le calificó de contrato *sui generis*, aunque no es un negocio formal, suele documentarse utilizando una «libreta nominativa» con menciones expresivas, y tiene el significado de un título impropio o «de legitimación», que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero que en modo alguno puede ser conceptuada de titular valor, pues a este conviene la definición descriptiva de documento de un dere-

cho literal destinado a la circulación, capaz de atribuir de modo autónomo la titularidad del derecho a su propietario, y que confiere suficiente legitimación al poseedor para recabar el cumplimiento del derecho que incorpora»⁴¹. Este tipo de depósitos acentúan el interés en obtener el *tantundem* de lo depositado, además de una mejor rentabilidad⁴². Así, SÁNCHEZ GUILARTE⁴³, partiendo del artículo 1864 del Código Civil, entiende que cabe la pignoración de un saldo de libreta de ahorro, siendo característica de dicho saldo el que no lleve aparejado la transmisión posesoria, sino una inmovilización del depósito, que puede ser instrumentalizada a través de una «póliza de prenda de libreta de ahorro en garantía de operaciones» y posteriormente elevada a documento público⁴⁴; lo que, por otro lado, define MONGE GIL⁴⁵, como el «soporte documental de carácter nominativo e intransferible que soporta las diversas hojas representativas de imposición a plazo individualizadas», cuya naturaleza jurídica es el «título impropio o de legitimación».

II. LA COMPENSACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1195 y 1202 del Código Civil, puede definirse la compensación como el «modo de extinguir en la cantidad concurrente las obligaciones de aquellas personas que, por derecho propio, sean recíprocamente acreedores y deudores»⁴⁶. También puede decirse que si el deudor tiene a su vez un crédito contra el acreedor, es posible la extinción recíproca de ambos créditos por compensación. La compensación es reciprocidad de créditos, no en el sentido de contrato bilateral, sino de personas recíprocamente acreedoras y deudoras unas de otras.

La compensación en el Derecho romano era de carácter procesal⁴⁷. En la época justiniana, al desaparecer las dos fases del proceso, la compensación, si era alegada como crédito contrario desde el mismo, se estimaba como pago con efecto *ipso iure* y retroactivo⁴⁸. En el Derecho intermedio, desde el mismo momento en que coexisten dos créditos contrarios para que fuesen compensables (compensación espontánea)⁴⁹ o fuese invocada por las partes para tenerla por cumplida (compensación automática)⁵⁰.

La interpretación francesa sobre el *ipso iure compensatur* del Derecho romano dio la *ope legis compensatur*, recogida en el artículo 1290 del Código de Napoleón⁵¹, que inspiró el artículo 1123 del Proyecto de Código Civil de 1851, modelo que, por otro lado, se basó el vigente artículo 1202 del Código Civil⁵². Así que, básicamente, en dicho precepto, GONZÁLEZ PALOMINO⁵³ estima que la compensación es *ipso iure* automática y sin efecto retroactivo. Esta es la tesis mayoritaria en nuestra doctrina⁵⁴, basada en que «los efectos extintivos de la compensación (*sine facto hominis*), se producen por la fuerza de la Ley en el momento en que tiene lugar la situación objetiva de la compensación»⁵⁵.

Esta tesis, por otro lado, ha sido mediatizada, pues no puede ser reconocida de oficio por el juez, sino que el efecto extintivo debe ser invocado por las partes en el proceso. Además el carácter dispositivo del artículo 1202 del Código Civil se puede pensar que las partes pueden renunciar a la compensación. Todo ello ha llevado a la doctrina⁵⁶ a plantear que «el efecto extintivo de la compensación se produce retroactivamente previa alegación de la parte interesada».

La situación objetiva de la compensación se deduce de los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, cuando dos personas son recíprocamente deudoras y acreedoras, de que la deuda sea homogénea (de la misma especie y calidad), líquida, exigible, vencida de retención o contienda promovida por terceros y notificada oportunamente al deudor. Cuyo fundamento, escribe el profesor GARCÍA CANTERO⁵⁷, consiste en una forma de pago abreviada de doble ventaja: «facilidad para el pago de una deuda y garantía para la efectividad del crédito», criterios que han sido asumidos por la SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2008⁵⁸. Como dice DÍEZ-PICAZO⁵⁹, la compensación es un medio de liberación que produce una mutua neutralización de dos obligaciones: «el que tiene que cumplir es, al mismo tiempo, acreedor de quien tiene que recibir satisfacción».

Sin embargo, el aspecto negativo de la compensación está en el artículo 1200, párrafo 1.º del Código Civil, que establece que no son compensables las obligaciones derivadas del depósito y del comodato. Este precepto, por otro lado, ha suscitado dificultades⁶⁰. Así, para GARCÍA CANTERO⁶¹, la prohibición solo afecta a las obligaciones derivadas de los contratos de depósito o comodato, no a las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dichos contratos; para ALBALADEJO⁶², la exclusión de compensar alcanza a cualquier deuda que surja del depósito; o del comodato, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁶³, la prohibición del artículo 1200-1.º del Código Civil solo afecta a las obligaciones de restituir proveniente del depósito o del comodato; LÓPEZ VILAS⁶⁴ afirma que la excepción a la compensación no comprende la misma deuda del depositante, cuyas facultades permanecen intactas y sin limitación, de igual manera que el comodante, que, en su caso, podrá ejercer la acción de compensación. Este criterio fue asumido en parte por RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁵; sostiene DÍEZ PICAZO⁶⁶, la compensación no afecta a la restitución de la cosa dada en depósito o en comodato.

No obstante, en la práctica, aparece una serie de fórmulas más o menos tipificadas por las entidades bancarias y que suponen los denominados usos bancarios⁶⁷, que vienen siendo utilizados en contratos de prenda. En este sentido, AVILÉS GARCÍA⁶⁸ propone una serie de ellas, «*verbi gratia*»: «facultad o autorización expresa al Banco», que conlleva, como su nombre indica compensar, cancelar, reducir saldos deudores de presente o futuro; «autorización irrevocable» para aquellos supuestos de transferir o cancelar; «garantía recíproca», entre cuentas deudoras y acreedoras. Una cláusula incorporada a un contrato bancario y que recogió la STS de 21 de abril de 1988⁶⁹ que dice:

«El Banco queda facultado, si así le conviniera, para efectuar traspasos de las cuentas acreedoras a las deudoras; ya que, se consideraran como una sola las diversas posiciones del cliente, entiéndase que las acreedoras garantizan a las deudoras».

A) La compensación como garantía

Para comprender si la compensación puede ser objeto de garantía, debemos, en primer lugar, determinar si el cliente y el banco son recíprocamente deudores y acreedores; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, cuándo opera el mecanismo de la compensación. Nos valemos del siguiente ejemplo. (A) deposita una cantidad de dinero en una entidad bancaria (B). Dicho depósito queda en propiedad del banco, comprometiéndose este último a devolver dicha cantidad más los intereses al vencimiento del plazo pactado. Por tanto, estamos ante una imposición a plazo fijo (IPF). (A) precisa de dicha entidad (B) un préstamo para hacer frente a una serie de cuestiones, a lo que el banco (B) accede, pero solicita una garantía. El cliente (A) presenta a tal efecto la imposición a plazo en concepto de garantía. Cabe la posibilidad de que el banco requiera de su cliente una garantía ante un elevado deudor, por lo que se puede presentar la mencionada imposición a plazo como tal garantía, apostando por la posibilidad de que la garantía pueda ser prestada por un tercero ajeno al préstamo. Por tanto, la deuda de (A) puede ser garantizada por medio de una imposición a plazo del mismo banco o de otra entidad. En consecuencia, tenemos que (A) es deudor de un préstamo y acreedor de un depósito a plazo fijo; por otro lado, (B) es deudor de la IPF (deberá devolver el depósito más los intereses), a la vez que es acreedor del préstamo solicitado por (A). Por tanto, tenemos que el cliente (A) y el banco (B) son deudor y acreedor recíprocamente⁷⁰.

En segundo lugar, una vez que las partes, por derecho propio, son recíprocamente deudoras y acreedoras, la compensación opera ante un eventual incumplimiento por parte del deudor; pero, debemos tener en cuenta que la garantía está sometida a plazo y solo se puede recuperar (derecho a la restitución del crédito) cuando haya vencido. En este sentido, ROJO AJURIA⁷¹ ha señalado que en las obligaciones a plazo la compensación se produce *ipso iure* cuando el plazo se cumple.

De acuerdo con lo expuesto, hemos visto el supuesto normal, es decir, cuando en una misma entidad bancaria intervienen el cliente (depositante) y el banco (depositario), en donde la garantía (imposición a plazo) se ha realizado en la misma entidad y por el cliente, para garantizar una obligación celebrada con dicha entidad bancaria (relación dual)⁷². Producido el incumplimiento de la obligación principal, el banco puede hacer uso de la compensación como mecanismo de extinción de las obligaciones recíprocas⁷³.

Junto a este supuesto LÓPEZ ORTEGA⁷⁴ se plantea un segundo supuesto que denomina «relación triangular», que tiene como característica la intervención de tres sujetos, en donde el titular de la obligación garantizada es el tercero (por lo general un banco, diferente al depositario⁷⁵). En la relación triangular, como decimos, intervienen tres sujetos: el depositario, la entidad depositaria y el tercero —generalmente un banco—, en la que el depositante mantiene una relación de crédito, pero pignora un crédito en garantía de una deuda contraída con otra entidad⁷⁶. Aquí se plantea dos supuestos a los efectos de un eventual incumplimiento: cabe planear la oponibilidad como excepción a la compensación, de la que hablaremos más adelante; y la compensación como medio de ejecución para reintegrar las sumas adeudadas en el supuesto de un incumplimiento del cliente. En este supuesto, LÓPEZ ORTEGA⁷⁷ señala que la cuestión presenta dudas, porque «la partida que va compensada [...] ha sido pignorada en favor del tercero, por lo que el efecto extintivo podría dejar vacía de contenido la garantía».

Un supuesto que puede acercarse al planteado, no totalmente, pero que se parece, es el previsto por la STS de 19 de septiembre de 1987⁷⁸. En síntesis, se trata de un cliente que mantiene simultáneamente con una entidad bancaria una imposición a plazo y un préstamo, al mismo tiempo, obtiene de otra entidad crediticia un préstamo en la que entrega como garantía la imposición a plazo. La resolución del recurso de casación se basaba en dos supuestos: la naturaleza jurídica de la IPF⁷⁹ y la realización de la compensación. Sobre este último, ROJO AJURIA⁸⁰, destaca, según lo dispuesto en el artículo 1196, párrafos 3.º y 4.º del Código Civil, —requisito previo a la compensación— que las deudas deben ser vencidas, líquidas y exigibles. Dichos requisitos son aplicables a las obligaciones a plazo, es decir, llegado el término o fecha de cumplimiento, la obligación es exigible o compensable *ipso iure*.

El problema que presenta la compensación, tanto en su relación dual, como tripolar, es el cierre del artículo 1200-1.º del Código Civil, precepto que, como hemos señalado más arriba, supone la exclusión de la compensación de ciertas obligaciones derivadas de los contratos de depósitos y de comodato. Como ha recogido la STS de 19 de septiembre de 1987⁸¹, «el artículo 1200-1.º dispone que la compensación no procede cuando alguna de las deudas provenientes del depósito o de las obligaciones del depositario o del comodatario, argumento inaceptable porque, como se ha dicho, en el supuesto del depósito irregular de dinero o cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo de derecho que en las imposiciones a plazo fijo solo nacen cuando llega el día señalado».

En cuanto a la compensación de los depósitos bancarios, debemos partir de si la prohibición del artículo 1200-1.º impide a las entidades de crédito oponerse

a la obligación de restituir las IPF de sus clientes cuando estos deban por otro concepto. En opinión de JIMÉNEZ MANCHA⁸², la cuestión no es pacífica. Así, si el depósito bancario no es un auténtico depósito, no le es de aplicación lo previsto en el mentado artículo 1200-1.º del Código Civil; si, por el contrario, el depositario adquiere la propiedad de la cosa fungible y, en consecuencia, la obligación de devolverla, estamos ante un depósito (arts. 1768 del Código Civil y 309 del C. Com.). Sin embargo, para un sector de la doctrina, por el hecho de que la devolución de lo depositado se transforme en un préstamo o comodato, supuesto este de la STS de 19 de abril de 1997, que estimó «la ejecución de la prenda de crédito desemboca necesariamente en una compensación cuando el acreedor pignoraticio es a su vez el deudor del crédito pignorado». En cambio, estando en el mismo supuesto anterior, pero entendiéndolo como un depósito irregular, estamos ante un mutuo⁸³, en este caso el banco puede invocar la compensación.

B) La compensación concursal

El artículo 58 de la Ley Concursal (en adelante LC) establece la prohibición de compensar una vez declarado el concurso de los créditos y de las deudas del concursado, salvo que la compensación hubiera existido con anterioridad a la declaración. Conforme a lo expuesto, el fundamento del mencionado artículo 58 de la LC está en los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, pues la regla general de prohibir la compensación queda excluida cuando se haya compensado con anterioridad a la declaración concursal, cuya compensación de créditos debe ser homogénea, recíproca, vencida, líquida y exigible⁸⁴. Por tanto, nuestro sistema civil responde al criterio de compensar el pago ante una deuda recíproca, pero sin garantía (arts. 1195, 1196 y 1202 del Código Civil). Sin embargo, el artículo 58 de la LC está más en la línea de una compensación de créditos y deudas antes de la declaración concursal como garantía ante la coexistencia de dos créditos sin ulterior requisito⁸⁵.

Así, la SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2014⁸⁶ afirmó que «el artículo 58 de la LC implica que declarado el concurso, aquellos créditos en los que no concurren los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad no pueden ser compensados y han de figurar, según se trate, en la lista de acreedores o en el inventario de bienes». Por otro lado la SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2008⁸⁷, declaró «el artículo 58 de la LC admite como compensación eficaz [...] en el momento de ser declarado el concurso, esto es, cuando los requisitos para proceder a la compensación (ha de tratarse de créditos homogéneos, recíprocos, vencidos, líquidos y exigible) se deban con anterioridad a su apertura, refrendando así la configuración de la compensación más que como garantía, como una simple fórmula o instrumento de pago».

Aunque estamos en sede concursal, no se trata de un efecto del concurso, sino una consecuencia de la concursabilidad⁸⁸, como así reconoció la STS de 19 de abril de 1997⁸⁹: «la compensación no puede ser tratada jurídicamente como un supuesto de compensación dentro de una situación de quiebra como hace la sentencia recurrida, sino como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición». Ciertamente, si antes de la declaración de concurso los créditos o deudas han sido extinguidos por compensación, en la masa pasiva solo están los créditos que no han sido compensados; de tal manera que, si los acreedores no han instado la compensación antes del concurso, una vez el deudor haya sido declarado, no se podrá instar la repetida compensación porque el crédito quedará retenido en la masa pasiva. No obstante, BERMEJO⁹⁰ comenta que en la prohibición legal de compensar, una vez declarado el concurso, existen excepciones: se podrá invocar la compensación ante las obligaciones conexas o ante los créditos *ex aedem causa* y en los créditos procedentes de un contrato de cuenta corriente.

III. LA OPONIBILIDAD EN LA IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO

El crédito a la restitución de sumas depositadas, a la vez que ofrecidas, como garantía a la misma entidad bancaria u otra distinta, pero con la misma finalidad garantista, quedando el depositario (el banco) obligado a la devolución de la cantidad depositada ante el depositante (el cliente), una vez llegado el tiempo de vencimiento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la IPF es una prenda de dinero⁹¹, concretamente la IPF que se deposita por el cliente en el banco y este es obligado a devolver la suma de dinero que queda inmovilizada en la entidad bancaria por un periodo de tiempo; en dicho plazo, el depositante recibe del depositario (el banco) los intereses devengados. La operación es, en principio, controvertida, puesto que la doctrina no se pone de acuerdo sobre su naturaleza. No obstante, desde mi punto de vista, cuando se depositan unos ahorros en una entidad de crédito y esta se obliga a devolver dicha cantidad, estamos ante un depósito irregular; pero, cuando el banco accede a la propiedad de los ahorros, además de pactar la devolución del *tantundem* en término determinado, se produce una desnaturalización (pérdida de la disponibilidad del disponente)⁹², que en opinión de GARRIGUES⁹³, no es un préstamo ni un depósito, pero se llama «depósito»; ya que la restitución del crédito es lo mismo en el depósito que en una imposición a plazo.

En otro orden de cosas, es la Ley la que se encarga de otorgar el privilegio especial a las prendas de crédito. En otro tiempo se requería la publicidad registral, requisito este que no contempla el vigente artículo 90.1.6.º de la LC⁹⁴, para la eficacia de la prenda, ya que es suficiente con que conste en documento

con fecha fehaciente⁹⁵. Este requisito, escribe AVILÉS GARCÍA⁹⁶, además de la suspensión de elevar a documento público como la notificación al deudor, ha sido un paso determinante para la eficacia frente a terceros de la prenda de créditos.

Con todo, una vez calificada la prenda de crédito y una vez haya vencido la obligación principal, o ante el incumplimiento, se procede a la restitución de las sumas depositadas⁹⁷; salvo, como escribe GARCÍA VICENTE⁹⁸, se pacte una cláusula de vencimiento anticipado o bien una prórroga de la garantía. Además, añade la apertura de una cuenta (cuando el vencimiento es anterior al crédito pignorado), en donde se depositan sumas de dinero que quedan inmovilizadas hasta el vencimiento.

Así, la STS de 10 de marzo de 2004⁹⁹ señaló que «la jurisprudencia de esta Sala [...] permitiendo que el crédito a la restitución sea objeto de un derecho real de prenda (Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001 y 26 de septiembre de 2002). Legislativamente ha de señalarse que la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, ha reconocido también la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial de acreedores pignoratícios sobre dichos créditos (art. 90.1.6.º de la LC)». Ciertamente, a la modalidad que se analiza, «prenda de crédito a la restitución de las sumas depositadas y nacidas de una imposición a plazo», una vez declarado el concurso del depositante le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 90.1.6.º de la LC¹⁰⁰, es decir, «si se tratase de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados». Este precepto, como ha comentado GARRIDO¹⁰¹, establece dos aspectos diferentes: la clasificación y la calificación. En cuanto al primero, comprende las condiciones que debe cumplir para que un privilegio sea especial en el concurso; en cuanto al segundo, está relacionado con la oponibilidad del privilegio. En relación con este último, añade que los privilegios especiales son garantías reales.

INDICE DE SENTENCIAS

- STS de 2 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3635)
- STS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6654)
- STS de 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6069)
- STS de 14 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8603)
- STS de 19 de abril de 1997 (ROJ: STS 1997, 2734)
- STS de 7 de octubre de 1997 (TOL: 216.044)
- STS de 23 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3995)
- STS de 13 de noviembre de 1999 (TOL: 24.204)
- STS de 2 de febrero de 2001 (ROJ: STS 2001, 649)

- STS de 25 de junio de 2001 (TOL: 32.394)
- STS de 11 de febrero de 2003 (ROJ: STS 2003, 844)
- STS de 10 de marzo de 2004 (TOL: 360.034)
- STS de 28 de mayo de 2004 (ROJ: STS 2004, 3700)
- STS de 6 de octubre de 2004 (ROJ: STS 2004, 6249)
- STS de 31 de mayo de 2007 (ROJ: STS 2007, 3408)
- STS de 6 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 2013, 5875)
- STS de 31 de marzo de 2014 (ROJ: STS 2014, 1358)
- SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2008 (EDJ 2008, 305635)
- SAP de Barcelona de 3 de abril de 2014 (TOL: 4.354.529)
- SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2014 (TOL: 4.206.502)

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1947). La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato (Estudio sobre el párrafo 1.º del art. 1200 del Código Civil), *RDP*, 31: 254-272.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1969). El efecto automático de la compensación, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013). La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, dirigidos por José María Miquel González, Madrid: Ediciones La Ley.
- ARMADA DE TOMÁS, A. (2014). Pignoración y prenda de créditos, *El Derecho*, www.elderecho.com, pp. 1-7.
- AVILÉS GARCÍA, J. (2004). Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *RDBB*, 96: 215-247.
- BARBA DE VEGA, J. (1986). Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985, *del CCJC*, 10: 3363-3376.
- BASOSABAL ARRUE, X. (2008). Claves para entender la compensación en Europa, *InDret*, www.indret.com, Barcelona, pp. 1-27.
- BERMEJO, N. (2008). *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, tomo 1.º, reimpresión, Madrid: Thomson Civitas.
- CANO RICO, J. R. (1998). La prenda de dinero bancario. La pignoración de saldos y depósitos bancarios, *CDC*, 25: 175-231.
- CARRASCO PERERA, Á. (2008). Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito. A propósito de la reforma operada por la disp.final 3.ª de la Ley 41/2007, *Diario La Ley*, núm. 6867/2008, pp. 1-12.
- (2014). Prendas sin desplazamiento y prendas financieras sobre créditos, www.notariosyregistradores.com, pp. 1-3, (Consulta: 16 de julio de 2013).
- CARRASCO PERERA, Á. y TORRALBA MENDIOLA, E. (2011). Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley* núm. 7727/2011, pp. 1-12.

- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo 2.º, Navarra: Editorial Aranzadi.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008). *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo 3.º Derecho de obligaciones, 16.ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid: Editorial Reus.
- CRUZ MORENO, M.ª (1995). *La prenda irregular*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DE ARRILLAGA, J. I. (1952). Voz: *Compensación*, *N.E.J.*, tomo 4.º, Barcelona, pp. 480-489.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (1994). La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del Derecho real de prenda), *RGD*, 597: 6475-6498.
- DE EIZAGUIRRE, J. M.ª (1987). Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores, *RDBB*, 25: 179-207.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A. (1996). Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios. (Sobre tres sentencia del Tribunal Supremo), *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación, Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. por Juan Luis Iglesias Prada, tomo 3.º, Madrid: Editorial Civitas.
- DE SIMONE, M. (1956). *Los negocios irregulares*, traducción de F.J. Osset, con Apéndice de Derecho español por José María Castán Vázquez, Madrid: Editorial RDP.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª edición, Pamplona: Thomson Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1996). Los presupuestos subjetivos de la compensación de créditos, *RJN*, 20: 123-189.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2011). La eficacia de la prenda —de— o —sobre— créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal, *Wolters Kluwer, Diario La Ley*, núm. 7742/2011, pp. 1-28.
- (2012). La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros, *ADCo.*, 25: 9-94.
- FELIU REY, M. I. (2012). La prenda en garantía de créditos de futuros: un piélagos pignoraticio, *Derecho de los negocios*, 259: 7-16.
- FÍNEZ RATÓN, J. M. (1994). *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- (1997). Comentario a la STS de 19 de abril de 1997, *CCJC* 45: 933-949.
- FLORES MICHEO, R. (1963). El depósito irregular, *RDP*; 47: 753-774.
- FONT GALÁN, J. I. (2003). Los contratos mercantiles de garantía, *Derecho Mercantil*, coord. por Guillermo Jiménez Sánchez, vol. 2.º, Barcelona: Editorial Ariel.
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.ª (1998). La prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, *CDC*, 25: 265-295.
- GARCÍA-PITA y LASTRE, J. L. (1991). Los depósitos bancarios a plazo y su representación contable, *CDC*, 9: 39-78.
- (1993). Los depósitos bancarios de dinero y su documentación, *RDBB*, 52: 919-1008.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2003). Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2003, *CCJC*, 62: 573-583.

- (2005). Comentario a la STS de 6 de octubre de 2004, *CCJC*, 69: 1093-1106.
- (2006). *La prenda de créditos*, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Cívitas.
- (2006). La prenda de créditos futuros en el concurso, *ADCo.*, 9: 51-100.
- (2009). La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario a la SJM núm. 2 de Barcelona, de 30 de septiembre de 2008), *ADCo.*, 18: 399-419.
- (2012). Voz: *Garantías reales*, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Navarra: Editorial Aranzadi, pp. 1627-1650.
- GARRIDO, J. M.ª (2008). *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, tomo 1.º, reimpresión, Madrid: Thomson Cívitas.
- GARRIGUES y DÍAZ-CAÑABATE, J. (1932). El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil, *RCDI*, 92: 561-570.
- (1958). *Contratos bancarios*, Madrid.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.ª C. (1995). Voz: *Compensación*, *EJB*, tomo 1.º, 1.ª edición, Madrid, Editorial Cívitas.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1990). Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989, *CCJC*, 22: 55-70.
- (1996). La prenda de derechos de créditos, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. por Ubaldo Nieto Carol y Miguel Nieto Muñoz, tomo 1.º, volumen 2.º, Madrid, Editorial Cívitas.
- JIMÉNEZ MANCHA, J. C. (1999). *Tres sentencia sobre compensación de créditos*. *RDP*, 83 (fascículo 1.º): 138-172.
- (1999). *La compensación de créditos*, Madrid: Edersa.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1964). La compensación y su efecto, *Estudios jurídicos de arte menor*, vol. 2.º, Universidad de Navarra: Pamplona.
- JORDANO FRAGA, F. (1990). Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignoración de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, 18 de julio de 1989), *ADC*, 43 (fascículo 1.º): 305-327.
- LÓPEZ ORTEGA, R. (2002). *La prenda de imposiciones a plazo*, Madrid: Marcial Pons.
- (2006). Oponibilidad de la prenda de imposiciones a plazo en el concurso, *Estudios de Derecho Concursal*, coord. por Juan Ignacio Peinado Gracia y Francisco Javier Valenzuela Garach, Madrid, Marcial Pons.
- LÓPEZ VILA, R. (1991). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo-Díaz Alabart, tomo 16.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid: Editorial RDP.
- MARTÍN OSANTE, L. C. (2000). Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1999, *CCJC*, 53: 523-542.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2003). Imposición a plazo fijo. Naturaleza jurídica, documentación y prueba, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Estudios jurídicos*, Universidad de Cantabria.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 3.ª edición, Madrid: Colex.
- MANTANARES SECADES, A. (1986). Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985, *ADC*, 34 (fascículo 4.º): 1293-1309.

- (1989). Prenda de dinero y prenda de créditos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987), *ADC*, 41 (fascículo 4.º): 1387-1402.
- MONGE GIL, Á. L. (1996). Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro, *RDBB*, 15: 315-354.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 6.ª edición, Madrid: La Ley.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Cesión de créditos, *ADC*, 41 (fascículo 4.º): 1033-1131.
- (1990). Cesión de créditos, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, coord. por Alberto Alonso Ureba, Rafael Bonardell Lenzano y Rafael García Villaverde, Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio.
- (1997). Prenda de créditos: Nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal, *RJE. La Ley*, 6: 1460-1464.
- PANTALEÓN PRIETO, F. y GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2013). El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *RDCP*, 20: 1-49.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1976). Facultad de compensar y encargo de custodia, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo 2.º, Madrid, Editorial Tecnos.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2004). Notas críticas sobre la prenda de imposición a plazo fijo, *R.J.Not.*, 50: 165-192.
- (2008). Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008), *Wolters Kluwer, Diario La Ley*, núm. 6939/2008, pp. 1-12.
- RIESCO, J. (2014). La cesión «pro solvendo» de créditos futuros: Inmunidad a la insolvencia del cedente (Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013), *A.D.Co.*, 32: 463-480.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1985): *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, 2.ª edición, Parte general, delito y cuasidelito, por José Luis Lacruz Berdejo et al, Barcelona: José María Bosch, Editor.
- ROJO AJURIA, L. (1987). Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1987, *CCJC*, 13: 5023-5033.
- (1988). Comentario a la STS de 21 de abril de 1988, *CCJC*, 17: 449-461.
- (1992). *La compensación como garantía*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- SÁNCHEZ GUILARTE, J. (1988). Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987, *RDBB*, 30: 441-450.
- (1990). Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, coord. por Alberto Alonso Ureba et al, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores.
- SIEKE, R. (1990). *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán*, traducción de Ángel Carrasco Perera, Madrid: Editorial Tecnos.
- SIMONETTO, E. (1958). *Los contratos de créditos*, traducción de Juan Martínez Valencia y notas de Derecho español por Juan V. Fuentes Lojo, Barcelona: J. M.ª Bosch, Editor.
- TAPIA HERMIDA, A. J. (1996). Pignoración de saldos de depósitos bancarios, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. por Ubaldo Nieto Carol y Miguel

- Muñoz Cervera, tomo 1.º *Garantías reales*, vol. 2.º *Garantías mobiliarias*, Madrid. Editorial Civitas.
- (1998). La pignoración de saldos de depósitos bancarios, dirigido por Ubaldo Nieto Carol, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (1991). *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid: Ministerio de Justicia.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.ª (1992). Depósito bancarios de dinero. Libretas de ahorro, *Contratos bancarios*, dirigido por Rafael García Villaverde, coord. por Rafael Bonardell Lenzano, Madrid, Editorial Civitas.
- VEGA PÉREZ, F. (1992). La compensación bancaria, *Contratos bancarios*, dirigido por Rafael García Villaverde, coord. por Rafael Bonardell Lenzano, Madrid, Editorial Civitas.
- VEIGA COPO, A. B. (2001). Prenda *ómnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante, *RDBB*, 82: 33-72.
- (2003). Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía—, *RDBB*, 22: 57-123.
- (2011). *Tratado de la prenda*, 1.ª edición, Navarra: Thomson Reuters.
- VIÑAS MEY, J. (1925). La prenda irregular, *RDP*, pp. 342-350.

NOTAS

¹ GIL RODRÍGUEZ, J. (1996): La prenda de derechos de créditos, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. por Ubaldo Nieto Carol y Miguel Nieto Muñoz, tomo 1.º, vol. 2.º, Madrid, p. 345.

² Vid. LÓPEZ ORTEGA, R. (2002): *La prenda de imposición a plazo*, Madrid, p. 23.

³ *JUR* 2014, 155884.

⁴ GARRIGUES, J. (1958): *Contratos bancarios*, Madrid, p. 358; LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, pp. 24-26; GARCÍA-PITA y LASTRE, J. L. (1993): Los depósitos bancarios de dinero y su documentación, *RDBB*, p. 940.

⁵ *RJ* 1997, 3429; *vid.* FÍNEZ RATÓN, J. M. (1997): Comentario a la STS de 19 de abril de 1997, *CCJC*, p. 939. Señala que «el crédito a la restitución es un valor del patrimonio del imponente que le debe servir para garantizar las deudas que entrega».

⁶ *RJ* 1997, 7101.

⁷ *RJ* 1999, 9046.

⁸ *RJ* 2001, 5080.

⁹ *RJ* 1985, 6069.

¹⁰ Vid. ROJO AJURIA, L. (1987): Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1987, *CCJC*, p. 5027; MANZANARES SECADES, A. (1989): Prenda de dinero y prenda de créditos. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987), *ADC*, p. 1392.

¹¹ *RJ* 1989, 5713, es una sentencia que asume en parte el contenido de la STS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6654).

¹² *RJ* 1989, 7915; *vid.* GIL RODRÍGUEZ (1990): Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989, *CCJC*, pp. 58 y sigs.

¹³ PANTALEÓN PRIETO, F. (1976): Prenda de créditos: Nueva jurisprudencia y terea para el legislador concursal, *EJE. La Ley*, 6, p. 1460; DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A. (1996): Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y

depósitos bancarios (Sobre tres sentencias del Tribunal Supremo), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo 3.º, Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la navegación, Madrid, p. 3222; TAPIA HERMIDA, A. J. (1996): Pignoración de saldos de depósitos bancarios, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. por Ubaldo Nieto Coral y Miguel Muñoz Cervera, tomo 1.º Garantías reales, vol. 2.º Garantías mobiliarias, Madrid, p. 876; del mismo autor, La pignoración de saldos de depósitos bancarios, *Garantías reales mobiliarias*, dirigido por Ubaldo Nieto Carol, Madrid, 1998, p. 273; DE EIZAGUIRRE, J. M. (1987): Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores, *RDBB*, pp. 200-202; VEIGA COPO, A. B. (2003): Prenda de créditos y negocio fiduciario —venta en garantía—, *RDBB*, pp. 68-69.

¹⁴ (2004): Notas críticas sobre la prenda de imposición a plazo fijo, *R.J.Not.*, pp. 173-174.

¹⁵ La pignoración de saldos de depósitos bancarios, *op. cit.*, pp. 268-269.

¹⁶ (1994): La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad del Derecho real de prenda), *RGD*, pp. 6486-6487.

¹⁷ (1990): Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 18 de julio de 1989), *ADC*, pp. 308 y 317. La prenda irregular se caracteriza porque las cosas fungibles, objeto de la prenda, se entregan como tales, sin especificación o individualización que impida su confusión en el patrimonio del acreedor garantizado.

¹⁸ (1998): La prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, *CDC*, pp. 279-280.

¹⁹ La prenda de derechos de créditos, *op. cit.*, pp. 364 y sigs.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 177-180.

²¹ *Op. cit.*, pp. 1460-1461.

²² *RJ* 1985, 6654.

²³ *RJ* 1989, 5713.

²⁴ *RJ* 1989, 7915.

²⁵ *Op. cit.*, p. 1461.

²⁶ *Vid.* MANZANARES SECADE, *op. cit.*, pp. 139 y sigs.

²⁷ MARTÍN OSANTE, L. C. (2000): Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1999, *CCJC*, pp. 531 y sigs.

²⁸ *Vid.* LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 41.

²⁹ GARRIGUES, *op. cit.*, p. 377; FLORES MICHEO, R. (1963): El depósito irregular, *RDP*, p. 771; VIÑAS MEY, J. (1925): La prenda irregular, *RDP*, p. 343; CRUZ MORENO, M. (1995): *La prenda irregular*, Madrid, pp. 104 y sigs.; DE SIMONE, M. (1966): *Los negocios irregulares*, Madrid, p. 82 (Apéndice de Derecho español por José M.ª Castán Vázquez, pp. 156-159); SIMONETTO, E. (1958): *Los contratos de crédito*, Barcelona, pp. 425-440; STS de 2 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3635): «El contrato de depósito de dinero a plazo fijo, categoría esta de negocios jurídicos mercantiles que como ya indicó esta Sala en su sentencia de 29 de octubre de 1966 (*RJ* 1966, 5123), se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales» y respecto del cual tampoco la doctrina mercantilista se caracteriza por la riqueza de sus construcciones, que oscilan entre las que atribuyen la naturaleza del depósito irregular y aquella otras que estiman se trata de una figura negocial dotada de caracteres especiales».

³⁰ GARRIGUES, *Contratos bancarios*, *op. cit.*, p. 376, del mismo autor, El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil, *RCDI*, 1932, p. 569, señala que el alcance del artículo 1768 es excesivo cuando dice que el contrato pierde el concepto de depósito para convertirse en préstamo o comodato. «Y es que el Código considera la esencia en el contrato de depósito el hecho de que el depositario solo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma, como ocurre en el comodato, o el uso y con él la propiedad, como para en el préstamo mutuo»; *vid.* MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2003): Imposición a plazo fijo. Naturaleza jurídica, documentación y prueba, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Estudios Jurídicos*, Universidad de Cantabria, p. 391.

³¹ «El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil», *op. cit.*, pp. 573-576. Señala «siempre que con asentimiento del depositante dispusiera el depositario de las cosas que fueron objeto del depósito [...] cesaran los derechos y deberes propios del depositante y depositario».

³² (2008): *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, p. 1835.

³³ (1991): «Los depósitos bancarios a plazo y su representación contable (A propósito de la STS de 28 de mayo de 1989, en *La Ley*, núm. 2568, 6 de septiembre de 1990, pp. 1 y sigs.)», *CDC*, pp. 46-47. El BGB conoce y regula el depósito irregular (*unregelmässiger verwahrungsvertrag*), «como aquel que, por recaer sobre cosas genéricas y fungibles, hace posible que la relación de depósito se constituya de modo que la propiedad de las cosas depositadas sea transmitida al depositario, que queda obligado a restituir, no el *idem receptum*, sino otro de la misma especie y calidad».

³⁴ *Op. cit.*, pp. 50-51.

³⁵ *Op. cit.*, p. 53.

³⁶ CRUZ MORENO, *op. cit.*, p. 268. Este es el supuesto de depósito irregular, pero queda fuera del ámbito bancario en donde que confunde con el mutuo.

³⁷ FÍNEZ RATÓN, J. M. (1994): *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona, pp. 23 y 25-27.

³⁸ Vid. GIL RODRÍGUEZ, J. (1990): Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1989, *CCJC*, pp. 55-70.

³⁹ Vid. FÍNEZ RATÓN, (1997): Comentario a la STS de 19 de abril de 1997, *CCJC*, pp. 933-949.

⁴⁰ *RJ* 1985, 6654. Vid. la STS de 23 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3995).

⁴¹ Vid. DE EIZAGUIRRE, J. M. (1987): Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores, *RDBB*, p. 191; MANZANARES SECADES, A. (1986): «Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985», *ADC*, pp. 1296, 1300 y sigs.; BARBA DE VEGA, J. (1986): Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985, *CCJC*, p. 3371.

⁴² Vid. VEIGA COPO, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁴³ (1990): Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, coord. por Alberto Alonso Ureba, Rafael Bonardell Lenzano y Rafael García Villaverde, Madrid, pp. 653, 654-657.

⁴⁴ Vid. CANO RICO, J. R. (1998): La prenda de dinero bancario. La pignoración de saldos y depósitos bancarios, *CDC*, p. 216; TAPIA HERMIDA, Pignoración de saldos de depósitos bancarios, *op. cit.*, pp. 883-884.

⁴⁵ (1996): «Algunos aspectos de las libretas que documentan imposiciones a plazo y de las libretas de ahorro», *RDBB*, pp. 321-323; GARRIGUES, *op. cit.* pp. 384-387, quien considera que en la práctica bancaria española se trata de una «libreta de ahorro» o «libreta normativa» que canaliza los depósitos a plazo no como título circulante, sino como título de legitimación; vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (1992): Depósitos bancarios de dinero. Libretas de ahorro, *Contratos Bancarios*, dirigido por Rafael García Villaverde, coord. por Rafael Bonardell Lenzano, Madrid, pp. 146-147; CRUZ MORENO, *op. cit.*, pp. 266-267.

⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. (2008): *Derecho Civil español, Común y Foral, Derecho de obligaciones*, tomo 3.º, 16.ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, p. 488.

⁴⁷ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1985): *Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º Parte general, delito y cuasidelito, 2.ª edición, por José Luis Lacruz Berdejo *et al*, Barcelona, p. 424; GONZÁLEZ PALOMINO, J. (1964): «La compensación y su efecto», *Estudios jurídicos de arte menor*, vol. 2.º, Pamplona, p. 22; JIMÉNEZ MANCHA, J. C. (1999): *La compensación de créditos*, Madrid, p. 54; DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1996): Los presupuestos subjetivos de la compensación de créditos, *RJN*, p. 131.

⁴⁸ *Compensatio est crediti et debiti inter se contributio* (D. 16,2,3).

⁴⁹ *Compensacion es otra manera de pegamiento, porque se desata la obligación dela debda, que un ome debe a otro, compensatio [...] como descontar un debdo por otro* (P. 5.^a, tít. 14.º, Ley 20.º). Glosa que, los juristas del siglo XVI, interpretaron que «la compensación no se produce *ipso iure*, sino que debe ser alegada por el demandado [...] y declarada por el juez». El Proyecto de 1851 se apartó de dicho criterio y optó por el modelo francés de la *ope legis compensatur*. Vid. JIMÉNEZ MACHA, *op. cit.*, pp. 132 y sigs.

⁵⁰ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 425; GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, pp. 49 y sigs.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 139; BASOZABAL ARRUE, X. (2009): Claves para entender la compensación en Europa, *Indret*, pp. 7-10.

⁵¹ Principio de extinción automática de las obligaciones por el solo efecto de la Ley. Vid. JIMÉNEZ MANCHA, *op. cit.*, p. 112; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 152.

⁵² Vid. La STS de 15 de febrero de 2005 (AC 2005-2, pp. 1580-1584), concretamente, la p. 1582.

⁵³ *Op. cit.*, pp. 56 y sigs.

⁵⁴ ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1969): El efecto automático de la compensación, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, p. 54; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (1991): *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, tomo 2.º, Madrid, p. 293; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1976): Facultad de compensar y encargo de custodia, *Estudio jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo 2.º Madrid, p. 453; DE ARRILLAGA, José Ignacio (1952): voz: *Compensación*. *NEJ*, tomo 4.º, Barcelona, p. 486; GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 488; SSTS de 14 de junio de 1971 (*RJ* 1971, 3200); 23 de marzo de 1974 (*RJ* 1974, 1123); 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6069); 14 de enero de 1997 (*RJ* 1997, 13).

⁵⁵ Vid. JIMÉNEZ MANCHA, *op. cit.* p. 137-143; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 426; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 157-160; JIMÉNEZ MANCHA, *op. cit.*, pp. 142 y sigs.; ROJO AJURIA (1988): Comentario a la STS de 21 de abril de 1988, *CCJC*, p. 456; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a C. (1995): voz: *Compensación*, *EJB*, tomo 1.º, Madrid, p. 1165; LÓPEZ VILAS, Ramón (1991): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo-Díaz Alabart, tomo 16.º, vol. 1.º, 2.ª edición, Madrid, p. 590. Parágrafo 388 del BGB, artículo 1242 del Código Civil italiano.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 488-489; BERMEJO, N. (2008): *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, tomo 1.º, Madrid, p. 1086.

⁵⁸ EDJ 2008/305635.

⁵⁹ (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, Pamplona, p. 613.

⁶⁰ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 625.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 494.

⁶² (1947): La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato, *RDP*, pp. 264-265. Sugiere que la prohibición de compensar se extiende a la rigurosa y estricta devolución de la cosa, no a la que deriva de ella (*ex post facto*).

⁶³ *Op. cit.*, pp. 458 y 480. Señala que no pueden extinguirse por compensación: por una parte, las deudas provenientes del depósito (restitución); por otra. las que provengan de las obligaciones del depositario (resarcimiento por daños y perjuicios). Tiene igual consideración que el comodato en cuanto a las deudas, pero en las obligaciones son las relativas a los gastos ordinarios y las responsabilidades por pérdida o deterioro.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 566.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 423.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 626.

⁶⁷ AVILÉS GARCÍA, J. (2004): Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *RDBB*, p. 236.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 237.

⁶⁹ *Vid.* ROJO AJURIA, Comentario a la STS de 21 de abril de 1988, *op. cit.*, p. 449.

⁷⁰ *Vid.* FÍNEZ RATÓN, *op. cit.*, pp. 56-58; LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 95. La compensación es de mucha importancia en el tráfico bancario. Así, como garantía precisa de dos requisitos: primero, el banco y el cliente deben ser recíprocamente deudor y acreedor; segundo, establecido una IPF como garantía esta puede ser ejecutada al vencimiento o por incumplimiento a través de la compensación.

⁷¹ Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1987, *op. cit.*, p. 5029.

⁷² LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, pp. 88-91.

⁷³ LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 89: «la compensación constituye el medio de ejecución de la garantía [...] una función de pago en cuanto que con ella se concede a la entidad depositaria, con cierta dosis de seguridad, una vía fácil y rápida para reintegrar las sumas adeudadas en el caso de incumplimiento por parte del cliente depositante».

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 88-90 y 107-109; *vid.* MARTÍN OSANTE, *op. cit.*, pp. 529-531.

⁷⁵ LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, pp. 89 y 107.

⁷⁶ LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *RJ* 1987, 6069.

⁷⁹ ROJO AJURIA, Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1987, *op. cit.*, pp. 5029-5031, entiende que estamos ante «la transmisión de la propiedad de los fondos a la depositaria y el nacimiento para el depositante de un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada». La sentencia parece decir, pero no lo dice, pero si dijo: «el importe de la IPF constituido por don Domingo en la Caja Rural, pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de Bankinter, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía»; *vid.* SÁNCHEZ GUILARTE, J. (1988): Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda, *RDBB*, pp. 444-447.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 5029.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Op. cit.*, p. 159.

⁸³ CRUZ MORENO, *op. cit.*, p. 267. Aquí la diferencia está en que si en la prenda irregular se establece un término para la restitución, estamos ante un mutuo; en cambio, cuando el depósito provoca la transformación de la propiedad, haciendo así la obligación de devolver, estamos ante un contrato de depósito o *sui generis*.

⁸⁴ *Vid.* BERMEJO, Comentario de la Ley Concursal, *op. cit.*, pp. 1088-1089.

⁸⁵ *Vid.* BASOXABAL ARRUE, Claves para entender la compensación en Europa, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ (TOL: 4.206.502).

⁸⁷ EDJ 2008/305635

⁸⁸ *Vid.* BERMEJO, *op. cit.*, p. 1087.

⁸⁹ *RJ* 1997, 3429.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 1088.

⁹¹ *Vid.* FUGARDO ESTEVIL, *op. cit.*, p. 279.

⁹² *Vid.* GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 390-391.

⁹³ *Op. cit.*, pp. 376-377.

⁹⁴ Artículo 90.1.6.º de la LC, modificado por la Disposición Final 5.4. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (BOE núm. 236/2015, de 2 de octubre).

⁹⁵ GARRIDO, J. M.^a (2008): *Comentario de la Ley Concursal*, dirigidos por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, tomo 1.º, Pamplona, pp. 1632-1633.

⁹⁶ (2004): Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *RDBB*, p. 230; GARCÍA VICENTE (2006): *La prenda de créditos*, 1.ª edición, Pamplona, pp. 66 y sigs.

⁹⁷ LÓPEZ ORTEGA (2006): Oponibilidad de la prenda de imposición a plazo en el concurso, *Estudio de Derecho Concursal*, coord. por Juan Ignacio Peinado Gracia y Francisco Javier Valenzuela Garach, Madrid, p. 67.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 108.

⁹⁹ (TOL: 360.034).

¹⁰⁰ Vid. GARCÍA VICENTE *op. cit.*, pp. 49 y 61; PÉREZ DE MADRID, *op. cit.*, pp. 190 y sigs.

¹⁰¹ *Comentario de la Ley Concursal, op. cit.*, p. 1632.

*(Trabajo recibido el 13-7-2016 y aceptado
para su publicación el 22-7-2016)*

Tercer Sector y fundaciones en el actual contexto concursal*

Third Sector and foundations in bankruptcy

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: El mundo del denominado Tercer Sector Social también sucumbe ante la crisis económica de los últimos tiempos. En este contexto son varias las fundaciones que hallándose en una situación de severa insolvencia han sido declaradas en concurso de acreedores. La insolvencia de las entidades integrantes de la llamada «economía social» presenta unas vicisitudes y peculiaridades que serán examinadas a lo largo de este trabajo. De estas particularidades, seguramente destacan las consecuencias que una declaración de concurso culpable puede desplegar en el ámbito personal y patrimonial de los que forman parte del órgano de gobierno de uno de estos entes.

ABSTRACT: *The so-called «third sector» also succumbs to the economic crisis. In this context there are several foundations that being in a situation of severe insolvency have been declared insolvent. The insolvency of the entities*

* Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i DER 2013-48825-R, titulado «Perspectivas y retos europeos en la regulación jurídica de las fundaciones y del mecenazgo: gobierno, control público, responsabilidad y fiscalidad», cuyo Investigador Principal es Juan-Cruz ALLI TURRILLAS.

of the «social economy» presents vicissitudes and peculiarities that will be examined throughout this work. This article focus on the consequences of an insolvency in the personal and patrimonial field of the board of trustees in a foundation.

PALABRAS CLAVE: Tercer Sector. Fundaciones. Fundaciones empresariales. Acreedores. Insolvencia. Concurso.

KEY WORDS: *Third Sector. Foundations. Commercial foundations. Creditors. Insolvency. Bankruptcy.*

SUMARIO: I. LA ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL TRÁFICO JURÍDICO Y LA REPERCUSIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA INSOLVENCIA DE LAS FUNDACIONES: UN MAPA DE ALGUNAS FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES.—II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES.—III. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE LOS ENTES DEL TERCER SECTOR.—IV. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO.—V. LA POSIBLE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—VI. LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES DIFERIDAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA FUNDACIÓN.—VII. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA: LA RESCINDIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES REALIZADAS A LOS BENEFICIARIOS.—VIII. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS CRÉDITOS CONTRA UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—IX. FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATACIONES Y SUBVENCIONES.—X. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO.—XI. LAS FUNDACIONES ASISTENCIALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.—XII. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y *FRESH START* DE FUNDACIONES.—XIII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN EL TRÁFICO JURÍDICO Y LA REPERCUSIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA INSOLVENCIA DE LAS FUNDACIONES: UN MAPA DE ALGUNAS FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES

Si bien el concurso de fundaciones no es un fenómeno altamente frecuente en la realidad socioeconómica contemporánea, sí resulta preocupante encontrar-

nos con noticias, en los diversos medios de comunicación, en las que alguna fundación ha sido declarada en concurso. Las noticias de las que se hacen eco los medios de comunicación tienen reflejo en las estadísticas de los concursos de acreedores elaboradas por nuestro Instituto Nacional de Estadística, en las que, por ejemplo, de los 5500 concursos declarados a lo largo del año 2015, 131 fueron de personas jurídicas con actividad empresarial denominadas «Otras», por no ser ni sociedades anónimas ni sociedades de responsabilidad limitadas. Es cierto que 131 no es un número ciertamente elevado, pero si tenemos en cuenta que el número de concursos descendió, en el año 2015, en 1534, respecto a 2014, no es nada desdeñable el dato de que en este ámbito de «Otras» el descenso fue mucho menos cuantioso, pasando de 169 entes concursados en 2014 a 131 en 2015¹.

Y es aquí, en esta suerte de «cajón de sastre» donde hemos de ubicar a los entes que configuran el Tercer Sector y que despliegan su actuación en el ámbito de la denominada «economía social». El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social establece, en su apartado primero, que forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares que se rijan por los principios del artículo precedente de esta ley. Tales principios son la independencia respecto a los poderes públicos; la primacía de las personas y del fin social sobre el capital; la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca la inclusión de los colectivos más vulnerables, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; y, por último —aunque no sea este el orden de enumeración de ley—, la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y actividad realizados por los socios o por sus miembros y, en su caso —como sucedería en el supuesto de una fundación—, al fin social objeto de la entidad.

Pues bien, este Tercer Sector Social, en su conjunto, también sucumbe a la crisis económica en la que nos encontramos y las consecuencias de los problemas de supervivencia de muchos de estos entes afectan a la sociedad en su conjunto porque a nadie se le escapa que este tipo de entidades prestan importantes servicios sociales donde el Estado u otras administraciones no alcanzan. Se ha dicho que este tipo de entidades no lucrativas que persiguen fines sociales ha visto reducidos notablemente sus ingresos del sector público y se enfrentan, además, a tensiones de tesorería por el impago de deudas vencidas derivadas de créditos que ostentan frente a las Administraciones Públicas². Y lo peor es que la perspectiva, para los próximos años, no es buena. Según un estudio realizado por el Instituto de Innovación Social de Esade, la Fundación La Caixa y la Fundación PwC, la disminución de los ingresos económicos de

ONGs y otros entes del Tercer Sector, puede alcanzar hasta un 33 por ciento en 2016 respecto al ejercicio de 2011³. Es obvio que, ante este panorama, se impone la búsqueda de nuevas vías de financiación, además de las correspondientes operaciones de fusión entre algunas entidades.

Los medios de comunicación se hacen eco, en los últimos tiempos, de los concursos de algunas fundaciones u otros entes del Tercer Sector. A continuación, recogemos los datos que nos brindan diversos medios de comunicación digitales:

La Fundación de la Real Fábrica de Tapices de Madrid ha solicitado en julio de 2015 un concurso de acreedores tras agotar todos los plazos legales para reducir la deuda que arrastra y por la que, al parecer, lleva meses sin pagar a sus trabajadores. Ante esta situación, las tres administraciones públicas que conforman el patronato de la fábrica —el Ayuntamiento de Madrid, la Comunidad y el Ministerio de Cultura— se han comprometido a realizar aportaciones económicas adicionales para revertir la situación. La institución, que acumula pérdidas muy importantes, debe algunas nóminas a sus trabajadores, las correspondientes cuotas de la Seguridad Social, el pago a proveedores y hasta algún recibo de luz⁴.

El patronato de la Fundación del Centro Niemeyer presentó, en 2012, un concurso de acreedores para tratar de solventar la delicada situación económica a la que se ha visto abocada la entidad tras el conflicto del último año por la gestión del equipamiento cultural. Además, se decidió despedir a los empleados que permanecían afectados por un Expediente de Regulación de Empleo. El concurso de acreedores responde a la delicada situación económica a la que se enfrenta la Fundación, que debe algo más de 1 millón de euros a sus proveedores. La difícil situación económica de la Fundación ha llevado, de hecho, a que no se pudieran aprobar las cuentas correspondientes al pasado ejercicio, y que en teoría deberían estar vistas y refrendadas por el patronato, pero resultó imposible hacerlo en el plazo previsto porque no se había concluido la auditoría externa e independiente que debe validarlas. El concurso de acreedores se plantea como una «garantía para los proveedores de la Fundación, con los que la entidad va a cumplir con las obligaciones adquiridas»⁵.

La Fundación de la Lengua Española ha solicitado concurso voluntario de acreedores en el año 2013. La resolución procede del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valladolid, donde la entidad tiene su sede, que informa de la designación de un administrador concursal y el llamamiento a los acreedores para que comuniquen sus créditos. El concurso de acreedores llega siete años después de la creación, en 2006, de esta fundación, de carácter privado, cuyo objetivo es la promoción de la lengua y cultura españolas en países cuya lengua no sea el español, así como la difusión de la imagen de España y de Castilla y León por todo el mundo. En la relación de patronos fundadores y vitalicios de la entidad figuran instituciones como las fundaciones Ortega y

Gasset, Universia y Cristóbal Gabarrón, y las empresas Google, Iberdrola y General Electric⁶.

La Fundación para el Instituto del Bienestar Ciudadano (FIBIC), encargada de la construcción del edificio llamado a ser la gran infraestructura del Parque Tecnológico de Andalucía (PTA), ha presentado concurso de acreedores en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga en el año 2012. Parece que el hecho definitivo para que la Fundación entrara en una situación desesperada ha sido que el correspondiente ente público autonómico no liberase la cuantía comprometida. Fuentes judiciales afirmaron que ya hay un administrador concursal nombrado por el Juzgado, que será quien tenga que bregar con las deudas de una fundación que una vez se encargó de gestionar un instituto donde hubo personal muy cualificado, y con objetivos tan ambiciosos y loables como mejorar «el bienestar mundial»⁷.

La Fundación Alcalá Innova ha quedado sometida a un concurso de acreedores en el año 2006. Se trata de un concurso forzoso, instado, pues, por los acreedores, siendo este un matiz de gran trascendencia en la medida en que puede acarrear a sus responsables serios problemas en el caso de ser declarados culpables por el Juez de lo concursal.

La Fundación Forja XXI fue objeto de concurso en 2015. El informe del administrador concursal nombrado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla arroja el dato de una deuda de algunos millones de euros que llevó a un concurso de acreedores y esta falta de solvencia conduce a la liquidación y a la venta de los bienes que quedan. En ese informe se subrayan irregularidades graves, errores e inexactitudes contables que han llegado a impedir, incluso, que los acreedores pudieran conocer la situación real de la Fundación. Esta circunstancia, legalmente, podría conducir a los responsables de la entidad no solo a ser inhabilitados, sino a responder con su propio patrimonio para cubrir la deuda que quede tras liquidar la entidad y vender los activos que hayan quedado. La Fundación Forja XXI cuenta con más de 2.000 acreedores. El informe del administrador concursal acusa a los directivos de no haber colaborado con la justicia, no facilitando, por ejemplo, las claves de acceso a los servidores informáticos donde se guardaba la contabilidad. Es más, parece que el Juzgado comprobó que muchos documentos han desaparecido y ello ha obligado a reconstruir la contabilidad de la entidad⁸.

El concurso de la Fundación CEOE-CEPYME, de Ciudad Real, se concluyó en el año 2014 por «insuficiencia de masa activa». El Juzgado de lo Mercantil de Ciudad Real ha declarado la conclusión del concurso de acreedores de la Fundación CEOE-CEPYME de Ciudad Real por «insuficiencia de masa activa para la satisfacción de los previsible créditos contra la misma». Según publica el Boletín Oficial del Estado, se declara el concurso voluntario de acreedores al mismo tiempo —el mismo día— que se da por concluido. En la resolución judicial se indica que, en todo caso, «queda el deudor responsable de sus cré-

ditos, pudiendo los acreedores iniciar sus ejecuciones singulares, en cuanto no se acuerde la reapertura del concurso». Según se añade, como consecuencia del cierre del concurso por falta de masa activa, «se ha acordado igualmente el cierre de la hoja de inscripción de la persona jurídica en el registro de Fundaciones»⁹.

La Fundación para el Empleo y la Formación del sindicato CCOO ha sido objeto de concurso voluntario de acreedores en julio de 2015. El patronato de esta Fundación ha aprobado iniciar, como medida urgente, un procedimiento de ajuste de la plantilla. La organización deberá poner el acuerdo adoptado en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil y del administrador concursal, tras lo cual se abrirá un plazo de 15 días para convocar a los representantes de los trabajadores a un proceso de negociación, cuyo punto de partida será un Expediente de Regulación de Empleo de extinción colectivo. Los profesores que durante años han estado impartiendo cursos de formación para FOREM solicitaron a la fundación que les reconociera como personal laboral discontinuo, ya que su vinculación con la empresa es continua y prolongada en el tiempo.

Al encontrarse esta fundación en concurso de acreedores, la ley de subvenciones les inhabilita para participar en el concurso público convocado por el Gobierno de Cantabria para impartir los nuevos cursos de empleo de 2016. Se ha reconocido que la situación de la fundación es «muy comprometida», ya que hay un descubierto de medio millón de euros que no se puede pagar. El primer acreedor por volumen que tiene FOREM es el Gobierno de Cantabria y el segundo, el propio sindicato. El administrador concursal tendrá que presentar en los próximos días su informe, que servirá para dirimir si la fundación entra finalmente en liquidación o no¹⁰.

El Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), organismo que ostenta el 55,15% de las acciones del Elche C.F., ha instado al juez, en este año 2016, a declarar el concurso necesario de acreedores de su Fundación, ante la situación que atraviesa este equipo deportivo¹¹.

La Fundación O'Belen fue declarada en concurso de acreedores (diciembre de 2013). Esta Fundación se encarga de la tutela de los niños que se encuentran en familias de acogida (en la Comunidad Valenciana hay más de 2500 niños viviendo en familias de acogida) así como de la gestión de centros de acogimiento de menores. Los directivos de O'Belen aseguran que el concurso se debe a un problema de tesorería derivado de los impagos de distintas administraciones, y que esta situación no afecta a la calidad de los servicios que presta¹².

Emaús, Organización no gubernamental, solicita, en 2015, el concurso de acreedores mientras negocia con otra entidad el traspaso de la atención a menores. Los trabajadores de la Asociación Emaús, que gestiona la atención de 86 menores tutelados por la Consellería de Bienestar Social y a ocho mujeres y sus hijos en protección por violencia doméstica, ha entrado en una espiral que complica su viabilidad. Ha presentado concurso voluntario de acreedores ya que el problema, según fuentes sindicales, es que a pesar de los diferentes servicios por separado

que presta la Asociación Emaús, la deuda de todo el conglomerado de fundaciones y entidades con la Seguridad Social puede alcanzar algunos millones de euros, lo que convierte en inasumible la subrogación del servicio para cualquier otra entidad que quiera prestar esta labor social que, desde hace más de 30 años, realiza Emaús. Un «trago difícil» aunque «necesario». Así definen en Emaús —la ONG que atiende a unos 80 menores tutelados y a mujeres protegidas en varios centros de Altea— la decisión de acogerse a un «concurso de acreedores de continuidad», una medida que, aseguran desde la asociación, les permitirá «seguir prestando servicio a los usuarios en las condiciones y tiempos marcados en los contratos», así como «pagar sin retrasos las nóminas» a su centenar de trabajadores. La entidad recibió el auto este miércoles de manos del administrador concursal, quien se encargará ahora de monitorizar el gasto diario, entregar las nóminas y asegurar el cumplimiento de las deudas, para las que se diseñará un plan de pago asequible.

Emaús ha llevado a cabo, durante tres décadas y de forma ininterrumpida, una importante labor social. Sin embargo, en los últimos cuatro años, las deudas se dispararon hasta tal punto que su continuidad se veía en serio peligro. De hecho, desde hace meses, los centros de acogida funcionan literalmente gracias a donaciones de particulares que residen en la zona. El motivo de esta situación —apuntan desde la ONG—, son los retrasos en el pago de subvenciones por parte de las administraciones y la negativa de los bancos a concederles crédito. La plantilla también culpa a la Generalitat pero subraya que la junta directiva contribuyó al caos, con una «gestión deficiente»¹³.

Una buena parte de las entidades en concurso de acreedores reflejadas en esta panorámica son de naturaleza cultural o asistencial y ello desencadena una especial preocupación social ya que desempeñan funciones sociales en ámbitos donde los poderes públicos no siempre pueden llegar. El mundo de las fundaciones culturales y asistenciales experimenta una importante evolución en tanto que el grifo institucional les está cortando el suministro alimentario y han de buscar, necesariamente, otras fuentes de financiación para sobrevivir y para hacer frente a las deudas contraídas con una pluralidad y diversidad de acreedores, como hemos podido constatar anteriormente.

Todo ello nos lleva a plantear la necesidad de estudiar las principales vertientes que presenta el fenómeno de la insolvencia del Tercer Sector, en la medida en que muchas de sus entidades —y no solo aquellas que desempeñan actividades empresariales— son potenciales sujetos concursables.

II. LA OBLIGACIÓN LEGAL DE SOLICITAR EL CONCURSO DE ACREEDORES

La situación económica que experimenta el denominado «Tercer Sector» no es fácil, por su alta dependencia del sector público. Ante una situación eco-

nómica delicada, cercana o incurso ya en la insolvencia, la Fundación no solo puede presentar solicitud de concurso sino que estará obligada a ello cuando concurran las circunstancias del artículo 5 y 5 bis de la Ley Concursal. El deudor *deberá* —establece el artículo 5 de la Ley Concursal— *solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*.

Y, *salvo prueba en contrario* —como continúa estableciendo el apartado segundo de ese mismo precepto concursal—, *se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente*.

Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, puntualiza el artículo 2.2 de la Ley Concursal.

Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, tal como prescribe el apartado tercero del precitado artículo 2. *Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*.

*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos establecidos en el apartado cuarto de ese mismo artículo segundo de la Ley Concursal*¹⁴.

Así pues, parece desprenderse la existencia de una obligación de solicitar el concurso cuando concurran una serie de hechos, y no de una simple o mera facultad. En el ámbito de las asociaciones, ya de modo expreso y sin ninguna ambigüedad al respecto, el artículo 18.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece tal deber: «(...) *En caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o, si es el caso, los liquidadores han de promover inmediatamente el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente*». Este número 4 del artículo 18 resulta de directa aplicación en todo el Estado, de modo que no es susceptible de aplicación divergente en una Comunidad Autónoma que tenga Derecho Civil propio, porque se considera que esta materia integra el contenido de una competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.1.º de nuestra Constitución, al tratarse de una cuestión relativa a un derecho constitucional, como es el derecho de asociación.

Aparte de la obligación de la fundación insolvente de solicitar su propia declaración de concurso cuando se halle en un estado actual o inminente de insolvencia —lo cual dará origen al denominado concurso voluntario—, son varios

los concursos de fundaciones que no se inician de este modo, sino a instancia de algún acreedor cuando se dé alguno de los hechos arriba enunciados. Y uno de estos hechos que, de modo reiterado, hemos visto reflejado en la panorámica anterior de algunas fundaciones españolas en concurso de acreedores, es el del incumplimiento de pago de salarios y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las últimas tres mensualidades. Los acreedores (trabajadores) que se encuentren en esta situación podrán presentar una solicitud de declaración de concurso que desencadenará en el denominado concurso necesario, cuyas consecuencias pueden ser más invasivas y agresivas para el deudor fundación y para los órganos de gobierno de esta o de cualquier otro ente del Tercer Sector.

En efecto, cuando el concurso se haya calificado como necesario, el ejercicio de las facultades del deudor para administrar y disponer sobre su patrimonio quedará suspendido y tales facultades serán llevadas a cabo por el administrador concursal, según dispone el artículo 40.2 de la Ley Concursal. De otro lado, el hecho de que el propio deudor haya omitido su obligación legal de solicitar el concurso de acreedores ante su situación de insolvencia implica una presunción de culpabilidad, de modo tal que siendo persona jurídica el deudor, si sus bienes no son suficientes para satisfacer las deudas —situación que se da en la gran mayoría de los casos—, pueden ser condenados a pagar las deudas de la sociedad sus administradores, liquidadores, apoderados, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 172 bis, primer apartado, de la Ley Concursal). En esta situación se han encontrado varios de los patronos de algunas de las fundaciones concursadas, como veremos más adelante. Y, de ello se colige que las fundaciones —y sus órganos de gobierno— habrán de tomarse muy en serio su obligación de solicitar concurso, no solamente en los casos de insolvencia actual sino también cuando esta sea inminente, es decir, previsiblemente próxima.

Con carácter previo al concurso, una fundación insolvente podría intentar otras vías, al amparo del artículo 5 bis, apartado primero, de la Ley Concursal, como la de poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o para conseguir un acuerdo extrajudicial de pagos, en los términos previstos por la legislación concursal.

Y, cuando ya hayan transcurrido tres meses desde la comunicación al juzgado de alguna de las intenciones señaladas, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara

en estado de insolvencia. Así lo dispone el apartado quinto del artículo 5 de la Ley Concursal, que desemboca en un inexorable concurso cuando el estado de insolvencia persiste.

III. LA CAPACIDAD CONCURSAL DE LOS ENTES DEL TERCER SECTOR

La capacidad concursal de los entes del Tercer Sector —y singularmente la de las fundaciones— no suscita ningún género de dudas a la luz del artículo 1.1 de la Ley Concursal, por tratarse de una persona jurídica, al igual que tampoco lo debería generar la de las fundaciones en formación en la medida en que constituyen centros de imputación de relaciones jurídicas¹⁵. Sin embargo, y si aplicamos literalmente la norma concursal, una fundación no inscrita en el Registro de Fundaciones no ha adquirido personalidad jurídica y, por tanto, hasta el momento en que adquiriera personalidad jurídica no debería ser susceptible de concurso de acreedores¹⁶.

La capacidad concursal de las fundaciones está fuera de toda duda en la normativa catalana que, en coherencia con la legislación concursal, regula la posibilidad de declarar en concurso a las fundaciones catalanas, de que estas se disuelvan por la apertura de la fase de liquidación en el concurso (art. 335.4 d) de la Ley 4/2008, de 24 de abril del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas); y se reconoce la legitimación de los administradores concursales para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos (art. 332.11 2 e) del precitado texto legal), tal como veremos más adelante. El órgano legitimado para instar el concurso voluntario de una fundación catalana es el patronato, como órgano encargado de la administración y liquidación (art. 332.1 del Código Civil de Cataluña), al igual que sucede para el resto de fundaciones constituidas en cualquier lugar del territorio español, como tendremos ocasión de ver en el siguiente epígrafe.

Es importante destacar que la declaración de concurso, en Cataluña y también en el resto de España, no supondrá la disolución automática de la Fundación, sin perjuicio de que la apertura de la liquidación concursal desencadene *ex lege* la disolución de la persona jurídica (art. 145.3 de la Ley Concursal)¹⁷. Sin embargo, no es esto último lo que establece la referida legislación catalana, ya que en el artículo 335-5 2. se establece que *«la disolución por la causa a que se refiere el artículo 335-4 b o por las demás causas establecidas por los estatutos requiere el acuerdo motivado del patronato de la fundación, que debe ser aprobado por el protectorado»*, es decir, la disolución de una fundación catalana en concurso a causa de la apertura de la fase de liquidación concursal no es automática, sino que depende del acuerdo del patronato aprobado por el protectorado, si bien *«el protectorado, a instancias de quien tenga un interés legítimo o de oficio, puede requerir al patronato que adopte el acuerdo co-*

rrespondiente. Si el requerimiento no es atendido, el protectorado puede instar a la disolución ante la autoridad judicial». Observemos, pues, la divergencia de tratamiento de los efectos de la apertura de liquidación concursal en una fundación catalana en concurso y en una fundación concursada en otro lugar diferente de la geografía nacional.

Especial problemática plantean las fundaciones que tienen carácter público, ya que quedarán excluidas, *ab initio*, del concurso al amparo del tercer apartado del primer artículo de la Ley Concursal, según el cual «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público». Los problemas de insolvencia de las Fundaciones Públicas tendrían que ser resueltos por otras vías que no constituyen el objeto de este estudio.

Sin embargo, no es pacífica esta afirmación y algunos especialistas en Derecho Concursal han considerado que, al igual que ocurre con las sociedades mercantiles estatales, aun siendo integrantes del sector público, su actuación en el mercado en régimen de igualdad respecto al resto de operadores privados desencadena que también las fundaciones públicas queden excluidas del ámbito de aplicación del «privilegio» de la falta de capacidad concursal, de modo tal que, en caso de insolvencia, puedan ser declaradas en concurso¹⁸. De hecho, esta doctrina puede verse reflejada en alguna jurisprudencia menor, en la que se consideran susceptibles de concurso determinadas sociedades mercantiles con capital 100% público que actúan en el mercado, ya que pese a ser públicas son operadores económicos que actúan en igualdad de condiciones que los privados y, en consecuencia, objeto de concurso. Así, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, se considera que sustraer del derecho privado —y, en concreto, de ser susceptibles de ser declaradas en concurso— a una sociedad mercantil pública o a una fundación del sector público estatal que concurren en el mercado, supondría otorgarles un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia¹⁹.

IV. LA LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR EL CONCURSO

La legitimación para decidir la solicitud de declaración de concurso la tiene, en el caso de las personas jurídicas, el órgano de administración o de liquidación de esa persona jurídica, según establece el segundo apartado del artículo 3.1 de la Ley Concursal. Si se tiene legitimación para decidir la solicitud hemos de entender que también se tiene para efectuar tal solicitud. En el caso de la persona jurídica «fundación» el órgano de administración y liquidación es el Patronato y se ha considerado que no es un acto delegable la presentación de concurso de acreedores²⁰.

El apartado tercero de ese artículo 3 establece que también estarán legitimados, en los casos de persona jurídica susceptible de concurso, «*los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella*» y, de nuevo por esta vía, se llega al Patronato como único órgano con legitimación activa para solicitar el concurso de una fundación. En definitiva, habrá que entender que las referencias realizadas por la Ley Concursal a la figura de los «administradores» deberán entenderse aplicables al patronato cuando se analice un supuesto de hecho en el que esté involucrada una fundación²¹.

Claro que puede suceder que, por cualquier motivo, falten todas las personas llamadas a integrar el Patronato de una fundación, correspondiendo, en este caso, al Protectorado el ejercicio provisional de las funciones del órgano de gobierno de la fundación, *ex* artículo 35.1.g) de la vigente Ley de Fundaciones; y, entre ellas, parece natural conferirle las funciones que, según la normativa concursal precitada, corresponden al órgano de administración o de liquidación en cuanto a la solicitud de concurso.

Además de la solicitud del concurso de acreedores realizada por la propia fundación deudora (concurso voluntario), es también posible, como ya hemos anticipado, que sean los propios acreedores quienes, ante uno de los supuestos de insolvencia recogidos en el artículo 2.4 de la Ley Concursal, soliciten la declaración de concurso de su deudor (concurso necesario). Ahora bien, dado el elevado riesgo —en términos de costes y eventuales perjuicios— que supone para el acreedor la solicitud de concurso necesario y los escasos incentivos legalmente establecidos (el 50 por 100 de su crédito concursal privilegiado de último orden) no está muy extendida, con carácter general, la declaración de concurso necesario de acreedores²².

Con todo, si pensamos no tanto en los pocos beneficios para el acreedor de un concurso necesario cuanto en los perjuicios para el deudor fundación por no haber solicitado el concurso cuando debía (concurso voluntario) hemos de aconsejar seriamente a las fundaciones que opten por esta última modalidad de concurso. De lo contrario, no solo verán suspendidas las facultades de administración y disposición sino que los órganos de gobierno de la fundación pueden verse afectados por no haber materializado, en su momento, la correspondiente obligación de instar el concurso, cuestión a la que nos referiremos en la parte final del presente estudio. No obstante, podrán librarse de responsabilidad por los daños originados derivados de no instar el concurso (art. 48 ter de la Ley Concursal) aquellos patronos que votaran a favor de solicitar el concurso, sin que el correspondiente acuerdo llegara a adoptarse, o aquellos otros que no habiendo intervenido en la adopción de este acuerdo, pudieran probar que desconocían su existencia o que se opusieron expresamente a aquel (art. 17.1 y 2 de la Ley de Fundaciones).

V. LA POSIBLE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

La actividad económica de la fundación no se interrumpe a consecuencia de la declaración del concurso (art. 44 de la Ley Concursal) si bien quedan cercenadas las facultades patrimoniales del concursado, sujetas a intervención o suspensión según los casos y circunstancias (art. 40 de la Ley Concursal). Las consecuencias de todo ello pueden llegar a dificultar el cumplimiento del fin fundacional porque el interés de los acreedores llegue a exigir la conservación y, por tanto, la «congelación» de la masa activa, impidiendo que salga de ella ningún bien o derecho. De otro lado, la simple consecución de los fines fundacionales, prescindiendo de las actividades económicas que lleve a cabo la fundación, se traduce en continuos desplazamientos patrimoniales de la fundación a los beneficiarios que no constituyen atribuciones patrimoniales en sentido estricto, sino aprovechamientos o beneficios, pero que pueden resultar alterados o paralizados a consecuencia de una declaración de concurso.

La conservación de la masa activa concursal impide, según el artículo 43 de nuestra Ley Concursal, la enajenación o gravamen, sin autorización judicial, de los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, con excepciones de gran calado también en el ámbito de las fundaciones, como es la establecida en el apartado tercero del número 3 del precitado artículo 43. «*Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor*» se podrán seguir realizando. Esta proposición normativa se ve reforzada por el siguiente artículo del texto concursal, el 44, que en el primer apartado reitera que «*la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor*». E insiste en esta idea el apartado tercero del mismo precepto, al establecer que *hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado*.

La continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor no es óbice para que el juez acuerde su cese o el cierre de los establecimientos, explotaciones y oficinas, tal como señala el artículo 44 de la Ley Concursal. Y también subsistirá a lo largo del concurso el deber de la fundación, cuya actividad continúe, de formular las cuentas anuales y el deber de someterlas a auditoría en los casos legalmente establecidos (art. 46 de la Ley Concursal).

Es obvio que todas estas normas son aplicables a aquellas fundaciones que lleven a cabo una actividad empresarial, pero la duda se suscita respecto a aquellas otras que no operan en el mercado. Cuando el artículo 43 se refiere a la actividad profesional o empresarial ¿abarca, también, la simple actividad

fundacional y la normal actividad de un ente del tercer sector que no tenga ánimo de lucro? La respuesta a este interrogante puede ser de suma trascendencia en el ámbito del tercer sector en la medida en que si, por extensión, hemos de entender que la actividad fundacional, aunque no sea estrictamente *profesional o empresarial*, queda incluida, es claro que la declaración de concurso no tiene por qué obstaculizar el normal funcionamiento de una fundación. Si, por el contrario, la actividad de una fundación no puede entenderse comprendida en tales expresiones normativas reiteradamente empleadas, las consecuencias de la declaración de concurso de una fundación pueden ser las de paralización de su actividad, con la consiguiente extinción de esa persona jurídica. No creo que sea esta la intención del legislador y tal vez hayamos de sustituir los términos «*actividad profesional o empresarial*» por la más genérica de «*actividad ordinaria o habitual del deudor*».

El tema no es baladí porque, como veremos cuando abordemos lo relativo a la rescisión concursal en los casos de fundaciones en concurso, de la inclusión de la actividad fundacional en el giro de «*actividad profesional o empresarial*» dependerá que sean o no objeto de rescisión las prestaciones que salen del patrimonio de una fundación en concurso.

VI. LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES DIFERIDAS TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA FUNDACIÓN

La cuestión que se plantea, bajo este epígrafe, es la de si resulta aplicable a las fundaciones en concurso la regla establecida en el artículo 48 bis 2.^a de la Ley Concursal, según la cual corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubieren quedado diferidas y también de aquellas prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (antiguo art. 48.4 LC). Para algunos autores, la respuesta a tal interrogante ha de ser positiva en la medida en que la regla de la exigibilidad anticipada ha de considerarse vigente para la generalidad de las personas jurídicas, pues en todas ellas el designio de protección de los acreedores reclama la debida integración del patrimonio del ente²³.

Por el contrario, para otros autores la administración concursal solamente podrá reclamar el pago de las aportaciones pendientes cuando resulte preciso para el desarrollo de la actividad económica o —incluso— para el pago de los gastos del propio concurso²⁴. Ello parece lo coherente cuando el deudor concursado lleve a cabo una actividad profesional o empresarial, aunque el precitado artículo 48 bis no haga distinciones, pero más dudas plantea, en mi opinión, cuando el concursado no desarrolle ninguna actividad empresarial, sino que se trate de una fundación, por ejemplo, que para cumplir los fines de

la fundación requiera de tales aportaciones diferidas. En estos casos, la regla de la exigibilidad anticipada de las aportaciones diferidas o de las prestaciones pendientes de cumplimiento podría interpretarse como un beneficio que supone el concurso de una fundación o de otro ente del Tercer Sector y que podría actuar como un estímulo para las solicitudes de concurso de aquellas entidades que se encuentran en delicada situación económica.

En todo caso, y con independencia o no de que la exigencia de las aportaciones diferidas sea necesaria para la continuación de la actividad fundacional, lo que parece claro es que el tenor del artículo 48 bis Ley Concursal no establece distinciones y, en consecuencia, la exigibilidad anticipada de tales prestaciones es una facultad de la administración concursal que podrá o no solicitar con independencia de tal circunstancia. Ahora bien, será altamente recomendable que así se solicite cuando con ello se alivie, siquiera mínimamente, la continuación de la actividad ordinaria de la fundación.

VII. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA: LA RESCISIÓN DE LAS PRESTACIONES REALIZADAS A LOS BENEFICIARIOS

Una de las más delicadas cuestiones que se plantean tras la declaración de concurso de una Fundación es si resultan rescindibles las prestaciones realizadas a los beneficiarios. El propio desarrollo de la actividad fundacional implica una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios con el consecuente empobrecimiento de la fundación. ¿Podrían reintegrarse a la masa activa concursal esas cantidades y recuperar, así, el escenario previo, existente antes de que esos bienes hubiesen salido del patrimonio fundacional?

El punto de partida, desde la perspectiva normativa, lo constituye el artículo 71 de nuestra Ley Concursal, cuyo tenor es el siguiente: «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto establece que «*el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso (...)*». Y lo habitual, en el caso de una fundación —por ser inherente a ella la ausencia de ánimo de lucro— será que las prestaciones realizadas a favor de los beneficiarios de este tipo de personas jurídicas, sean prestaciones a título gratuito. Si la fundación lleva a cabo, además, actividades empresariales, existirán desplazamientos patrimoniales de carácter oneroso que también podrán ser objeto de rescisión pero respecto a las cuales habrá que acreditar el perjuicio patrimonial.

Y en este panorama trazado a grandes rasgos no podemos descuidar la norma del apartado quinto del artículo 71 de la Ley Concursal, según la cual

no podrán ser objeto de rescisión: «1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales (...)».

La regla quinta se refiere, expresamente, a la actividad profesional o empresarial, al igual que lo hacen los precedentes artículos 43 y 44 del mismo texto concursal. Si la simple y mera actividad fundacional no puede entenderse comprendida entre la actividad profesional o empresarial, las prestaciones que la fundación haya realizado a sus beneficiarios en los dos años precedentes a la declaración de concurso podrían ser objeto de rescisión y terminarían regresando al patrimonio de la fundación del que salieron. Ahora bien, si entendemos que cuando la Ley Concursal, en sucesivas ocasiones, dice «*actividad profesional o empresarial*», en realidad quiere decir «*actividad propia, habitual u ordinaria*» del deudor, el panorama cambia notablemente. Porque, entonces, las prestaciones que una fundación ha realizado a sus beneficiarios, integrando la actividad propia de la misma, quedarían excluidas de las «garras» de la acción rescisoria concursal. Ello parece, a mi juicio, lo más coherente con la filosofía inspiradora del instituto fundacional, del mismo modo que no hallándose la fundación en concurso sería impensable que un acreedor de la fundación pudiera impugnar, vía acción revocatoria o pauliana (art. 1297 de nuestro Código Civil), las prestaciones procedentes de esta que reciben aquellos sujetos que han resultado beneficiarios, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

VIII. CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS CRÉDITOS CONTRA UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

Los beneficiarios de una fundación no son acreedores en sentido estricto en la medida en que la indeterminación de los beneficiarios constituye uno de los rasgos configuradores de aquella (arts. 3.2 y 3.3 de la vigente Ley de Fundaciones). La fundación debe beneficiar a *colectividades genéricas de personas*, tal como establece el apartado segundo del precitado artículo 3 y, por tanto, no tienen un derecho a exigir la entrega de una prestación en caso de incumplimiento de la misma, como sí lo tendría un acreedor. Ahora bien, es obvio que sí tienen un interés legítimo a efectos, por ejemplo, de oponerse a la actuación de una fundación que, con infracción de la ley o de los estatutos, pueda perturbar o haya perturbado ya su posición de beneficiarios²⁵.

Pero tal posición de interés legítimo no le permite, desde mi perspectiva, insinuarse como acreedor en un eventual concurso de acreedores de la fundación de la que es beneficiario, a no ser que consideremos que la fundación concursada ha adquirido una obligación *ex lege* a favor del beneficiario de ese fin de interés general que ha de perseguir toda fundación. Tal consideración colocaría a este beneficiario, no en la posición de un acreedor concursal cualquiera (ordinario, privilegiado especial o general, o subordinado), sino como titular de un crédito

contra la masa, al amparo del número 10 del artículo 84 de la Ley Concursal y, en consecuencia, podría llegar a cobrar con cargo a la masa todas aquellas prestaciones que la fundación le deba entre la declaración de concurso y la conclusión del mismo. Si partimos de esta premisa, no debemos olvidar que *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta*, de modo que los beneficiarios así considerados gozarían de un crédito de cobro preferente, según establece el artículo 154 de la Ley Concursal.

Particular atención merece, en este punto, la de aquellos acreedores que tengan la condición —actual o pasada reciente— de gestores de la fundación (art. 92.5 Ley Concursal). Se subordinan, es decir, se postergan en el cobro los créditos concedidos por personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (administradores de derecho o de hecho, liquidadores del concursado persona jurídica y apoderados generales), así como quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.2.2.º Ley Concursal). Por administradores y liquidadores hemos de entender, como ya hemos señalado anteriormente, miembros del patronato de la fundación y, en consecuencia, los créditos otorgados por cualquiera de estos sujetos a una fundación quedarán *ipso iure* postergados en el cobro. La subordinación, como se nos ha recordado, no admite excepción alguna (arts. 93.2 y 3 de la Ley Concursal), por lo que aun en el caso de que el patrono haya contado con la autorización previa del Protectorado para poder «prestar» o conceder un crédito a la fundación, no impedirá tal permiso que este crédito se califique como subordinado en el concurso de la fundación deudora²⁶.

El hecho de que un crédito contra la fundación sea calificado como subordinado tiene importantes consecuencias, no solo porque su cobro se posponga, lo cual en la práctica equivaldrá a una alta dificultad de cobro, sino también porque en caso de que se abra la denominada *segunda oportunidad* de la persona jurídica concursada —o *fresh start* tras un concurso fallido— el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho afecta, muy especialmente, a este tipo de créditos, de modo tal que aunque en el futuro la persona jurídica pudiera adquirir patrimonio para pagar las deudas, de esta responsabilidad patrimonial universal (futura) quedarían excluidos los créditos subordinados (arts. 178 bis de la Ley Concursal). Mucho cuidado, pues, con los patronos que deciden prestar dinero a una fundación en apuros. No solo tendrán difícil el cobro en el *iter* del concurso sino que, en caso de *segunda oportunidad*, deberán renunciar al cobro futuro.

IX. FUNDACIONES EN CONCURSO DE ACREEDORES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: CONTRATACIONES Y SUBVENCIONES²⁷

Especial trascendencia reviste el análisis de las consecuencias del concurso de acreedores de una entidad del Tercer Sector respecto a las relaciones con las

diversas administraciones públicas, debido a la estrecha dependencia existente entre estas entidades y las administraciones. Cuando el ente del Tercer Sector contrata con un particular los contratos, en caso de concurso de acreedores del primero, quedarían sometidos a la normativa concursal establecida con carácter general en los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, cuyo principio inspirador es el de la continuación de la dinámica contractual a menos que el interés del concurso (de los acreedores) recomiende lo contrario. Además, determinados contratos podrían ser rehabilitados a consecuencia de la declaración de concurso. Los artículos 68 a 70 de la Ley Concursal establecen, efectivamente, tanto la rehabilitación de créditos como la de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y la enervación del desahucio en los contratos de arrendamientos urbanos.

Por el contrario, cuando el contrato se ha celebrado con una administración pública la situación varía sensiblemente, tal como establece el artículo 65 de la Ley Concursal, al remitir tal relación contractual a la legislación especial. Y la legislación especial es básicamente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que estigmatiza en gran medida al deudor concursado. De un lado, la declaración de concurso genera —según el artículo 60.1 b) de la precitada Ley— la prohibición de contratar con el servicio público, *«salvo que en esta haya adquirido la eficacia un convenio»*, si bien es cierto que, más adelante, la propia Ley permite llevar a cabo contratos de suministro con empresas concursadas a través, exclusivamente, de la administración concursal (art. 173 de la Ley de Contratos del Sector Público).

Y, de otro lado, la declaración de concurso es causa de resolución del contrato (art. 223-b de la precitada norma de Contratos del Sector Público), aunque es verdad que se permite que la Administración Pública continúe con el contrato *«mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación y siempre que el contratista prestare las garantías suficientes para su ejecución»*, garantías que no siempre será posible prestar en atención a la delicada situación económica que atraviesa. También se permite la cesión del contrato al concursado mientras no se haya abierto la fase de liquidación, exonerándole incluso del requisito de un mínimo de ejecución o explotación, tal como fija el artículo 226 de la Ley de Contratos.

Igualmente, en el ámbito de las subvenciones que las entidades del Tercer Sector puedan recibir de las Administraciones Públicas se pueden producir relevantes consecuencias como efecto de la declaración de concurso de alguna de las primeras. Aunque la legislación concursal no regula específicamente esta materia, deberán entenderse aplicables las normas concursales vigentes para los créditos y contratos en el concurso, con las particularidades establecidas en la normativa especial en materia de subvenciones²⁸. Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la

recuperación económica y el empleo, las entidades incursoas en un procedimiento concursal no podían solicitar subvenciones, es decir, no eran, como decía el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, entidades que tuvieran la consideración de beneficiarias.

Esta regla era excesivamente drástica en un contexto de crisis y con el objeto de favorecer la conservación de la empresa y el mantenimiento de los puestos de trabajo, se instauraron una serie de medidas entre las que se encontraba la posibilidad de que los concursados pudieran percibir subvenciones siempre que se cumpliesen determinadas condiciones, esto es, que dentro del procedimiento concursal hubiera alcanzado eficacia la consecución de un convenio porque se consideraba que ello suponía que los acreedores pactaban con el deudor una reducción o aplazamiento en el cobro de sus créditos garantizando, de este modo, al menos en un plazo razonable, la continuidad de la empresa²⁹.

Así pues, la aprobación judicial de un convenio en el procedimiento concursal se convierte en el elemento indispensable para que una fundación o cualquier otro ente del Tercer Sector declarados en concurso de acreedores puedan contratar con una administración pública o recibir una subvención que tan importante puede llegar a ser en un escenario de dificultades económicas. La viabilidad de obtener un convenio en el concurso depende de múltiples factores pero, muy especialmente, de que la masa patrimonial de la fundación o de cualquier otro ente del Tercer Sector pueda tener la consistencia necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y de aquellas que tengan carácter privilegiado. Y no siempre es fácil contar con este «colchón» patrimonial si tenemos en cuenta que las fuentes de financiación de estos entes dependen en gran medida de un sector público que también ha sufrido los estragos de la crisis.

A esta dificultad de conseguir un convenio en el seno del concurso de una fundación habrá que añadir otra nada desdeñable, al menos, *a priori*. Si la finalidad del convenio es la de permitir la continuidad de la actividad económica del concursado para conseguir una mayor y mejor satisfacción de los acreedores, es verdad que para los acreedores de una fundación concursada no son tan claros los beneficios de que continúe la actividad de la concursada, debido al consustancial carácter filantrópico de la fundación y la ausencia total de ánimo de lucro. De ello se deduce que en el supuesto de concurso de fundaciones, la liquidación —y no el convenio— se presentará como la solución más adecuada desde la perspectiva del interés de los acreedores³⁰. En consecuencia, no habiendo sido posible conseguir un convenio, las relaciones de la concursada con las administraciones públicas quedarán notablemente debilitadas.

Ahora bien, aparte del interés de los acreedores, hay que tener presente el interés de la sociedad en su conjunto, ese interés general que persiguen los entes integrantes del Tercer Sector, interés que seguramente es difícilmente conciliable con la liquidación concursal o con la extinción de la persona jurídica. Si a ello

unimos que estos entes desempeñan actividades económicas —algunas de gran envergadura— hay que concienciar a los acreedores de que la continuidad de la persona jurídica —a través de un convenio— es lo más conveniente para la mejor satisfacción —a medio y largo plazo— de sus intereses.

X. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE UNA FUNDACIÓN EN CONCURSO

Una primera norma relevante, en este ámbito, es la de la posible responsabilidad que pueda corresponder a la persona jurídica contra sus administradores, liquidadores y auditores por los daños causados a la misma en la falta de observación de sus deberes de diligencia y lealtad, para cuyo ejercicio queda legitimada exclusivamente la administración concursal (art. 48 ter Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal). Y ya hemos señalado que las referencias de la Ley Concursal a los administradores o liquidadores de una persona jurídica hemos de entenderla referida, en el caso concreto de las fundaciones, a su patronato³¹.

Pero, además, el juez del concurso puede ordenar el embargo de bienes y derechos de los administradores (miembros del órgano de gobierno) y de los apoderados generales como medida cautelar especial respecto de la condena que, en caso de formación de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, podrá recaer sobre los causantes de la calificación del concurso como culpable, consistente en la cobertura del déficit que resulte de la liquidación (art. 48 ter.2 Ley Concursal). Se trata de una medida, tal vez excesivamente drástica, tomada contra los órganos de gobierno, como pueden ser los patronos de las fundaciones, que no contribuye, desde mi punto de vista, a estimular el instrumento del concurso como solución a la crisis.

En efecto, la responsabilidad de los gestores de una entidad puede resultar acentuada a consecuencia de la calificación del concurso, es decir, de aquel proceso en el que se enjuicia la conducta del deudor concursado o de los administradores, de hecho y derecho, y de los apoderados generales, en los casos de persona jurídica, respecto a su participación en la generación o agravación del estado de insolvencia. El resultado de la calificación de concurso puede ser de «fortuito» (casual y sin culpa) o «culpable» cuando, con dolo o culpa grave que, en determinados casos se presume, se hubiere generado o agravado el estado de insolvencia del concursado (arts. 164 y 165 de la Ley Concursal).

La Ley Concursal distingue dos grupos de supuestos: de un lado, aquellos en los que se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando los patronos hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso; cuando hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, facilitándoles la información necesaria

para el interés del concurso o no hubieren asistido a la Junta de acreedores; o cuando el obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad no hubiere formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría o no las hubiera depositado en el Registro Mercantil cuando hubiere correspondido (art. 165 Ley Concursal). Y, de otro lado, el concurso se calificará como culpable, sin prueba en contrario, cuando concurren supuestos de especial gravedad como, a título de ejemplo, simular situaciones patrimoniales ficticias, detraer bienes o derechos fraudulentamente del patrimonio del deudor, alzamiento de bienes, o llevanza de doble contabilidad (art. 164 Ley Concursal).

Una de las conductas —frecuentes en el ámbito de las fundaciones— que pudieran desembocar en la calificación de concurso «culpable» es la no solicitud de concurso cuando hubiera correspondido, razón por la que los patronos de una fundación podrían llegar a ser inhabilitados por un periodo entre dos y quince años, con una condena al resarcimiento de los daños ocasionados, según establece el artículo 172 de la Ley Concursal. E, incluso, si el concurso finalizase en liquidación, se podría llegar a condenar al Patronato de una fundación a satisfacer la totalidad de las deudas que no hubieran podido satisfacerse con la liquidación (art. 172 bis Ley Concursal)³².

La norma concursal introduce una importante novedad respecto al *statu quo* reinante en materia de responsabilidad de patronos por deudas de la fundación. La vigente Ley de Fundaciones no contempla ninguna acción al respecto, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las sociedades de capital, donde el artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, atribuye a los administradores de estas sociedades una responsabilidad por deudas que se ha llegado a calificar de objetiva o cuasiobjetiva por la doctrina y jurisprudencia (*«Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución»*).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 17 de septiembre de 2009 (Sala de lo Civil y Penal recurso de casación número 97/2008), ha excluido la aplicación del régimen de responsabilidad por deudas de los administradores de sociedades de capital a los patronos de las fundaciones, porque no se pueden aplicar analógicamente las normas de las sociedades anónimas ya que, según este Tribunal, ni concurre el requisito de la identidad, ni tampoco existe, en puridad, una laguna legal que deba ser suplida por analogía. Y no contemplándose la obligación de disolución de una Fundación

excesivamente endeudada o con pérdidas significativas en los fondos propios, tampoco puede contemplarse una responsabilidad de los patronos por no haber instado la disolución, sin perjuicio de la acción en interés fundacional cuando tal situación haya producido un daño o perjuicio a la fundación.

Pues bien, no cabrá la responsabilidad de los patronos por las deudas de la fundación por no haber instado la disolución, así como acontece en el caso de las sociedades mercantiles, pero sí resultará de aplicación el artículo 172.3 de la Ley Concursal, tal como hemos señalado anteriormente, cuando en un concurso declarado «culpable» los patronos hubieran generado o agravado el estado de insolvencia de la fundación. En consecuencia, los patronos de una fundación pueden llegar a ser declarados responsables de una fundación en concurso de acreedores y tal responsabilidad de los patronos, por agravación de la situación de insolvencia, puede considerarse de naturaleza indemnizatoria (esto es, por daños) o sancionadora punitiva (es decir, por deudas)³³.

El debate sobre tal naturaleza no es pacífico y las consecuencias de considerar una u otra son muy divergentes. Si la responsabilidad es indemnizatoria, el juez podrá condenar a los patronos a indemnizar en todo o en parte el importe impagado de los créditos; si fuera sancionadora, el juez tendría la posibilidad de sancionar al Patronato a asumir total o parcialmente el déficit cuando la conducta de estos es dolosa, sin que sea necesaria prueba de la relación de causalidad entre esa conducta y la generación o agravación de la responsabilidad. Así pues, la determinación de la naturaleza aplicable a la responsabilidad concursal es clave para valorar las implicaciones que la declaración de concurso culpable de una fundación tiene para el patronato, en la medida en que será relevante en la fijación de la extensión de su responsabilidad³⁴.

Si se considera que la responsabilidad tiene naturaleza indemnizatoria, el término «podrá», empleado por el artículo 172.3 de la Ley Concursal, significa que se reconoce al Juez la potestad discrecional para adoptar la decisión de condenar o no, y de fijar el contenido cuantitativo de la condena que puede alcanzar todo o parte de la cuantía impagada de los créditos. Dicha responsabilidad no tendría por qué atribuirse respecto a todos los patronos sino solamente respecto a aquellos a los que quepa imputar individual o personalmente la generación o agravación del estado de insolvencia y el déficit en la satisfacción de los acreedores. Para poder valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar, así, su responsabilidad, el Juez debería tener en cuenta, al menos, los siguientes criterios: a) tipo de fundación; b) percepción o no de retribución por el patrono; y c) la estructura del órgano de gobierno de la fundación y función que desempeña el patrono³⁵. Estos criterios podrían permitir valorar la diligencia de cada patrono y poder individualizar su responsabilidad, así como, igualmente, para exonerarlos. Examinémoslos, siquiera sucintamente, por las posibles repercusiones en el tema objeto de este estudio.

En cuanto al tipo de fundación, parece obvio que no puede exigirse la misma diligencia a los patronos de una fundación dotacional que a los de una fundación que desarrolla importantes actividades empresariales. Habida cuenta del importante sesgo empresarial de las fundaciones en el momento actual, en las que impera la profesionalidad de la gestión, es obvio que puede —y debe— exigirse una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus cometidos.

Estrechamente vinculado con lo anterior, se encuentra el dato de la percepción de una retribución por el patrono «profesional» de una fundación que llevará a exigir una mayor responsabilidad derivada de la profesionalización remunerada del cargo. En este sentido, no hemos de perder de vista que el artículo 1726 de nuestro Código Civil hace depender el rigor en la valoración judicial de la diligencia o negligencia del carácter oneroso o gratuito del cargo de mandatario.

Y, por último, la estructura del órgano de gobierno y la función que desempeña el patrono puede modular el grado de responsabilidad concursal que le corresponda. En este sentido, la delegación de facultades en comisiones ejecutivas o la atribución de funciones a directores generales o asesores no es causa de exoneración de responsabilidad pues existe la denominada culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo* que también generará la correspondiente responsabilidad³⁶.

Para quienes consideran que la responsabilidad concursal tiene naturaleza sancionadora, el término «podrá» debe entenderse en el sentido de que el juez tiene la facultad de sancionar a los administradores a la asunción total o parcial del déficit cuando, en función de la gravedad de la conducta, se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, sin que sea necesaria prueba del nexo causal. Dentro de esta corriente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2009, en relación con los administradores de una sociedad establece que la sanción se impone en todo caso, por todo el déficit y a todos los administradores afectados por la calificación, cuando se cumplen los requisitos de concurso culpable y liquidación concursal, y todo ello con independencia de la gravedad de la actuación de cada administrador. Por el contrario, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 17 de octubre de 2006, se consideró que aunque debían declararse culpables a los dos administradores por no llevar ningún tipo de contabilidad de la sociedad concursada, el déficit del que debían responder cada uno no se podía atribuir en la misma proporción ya que uno de los miembros era el verdadero gestor mientras que el otro ocupaba el cargo de forma pasiva, confiando en el otro administrador que, además, era su esposo.

Parece que es la primera postura —responsabilidad concursal por culpa y daños y no por deudas— la más razonable y equitativa con los intereses en juego y, desde luego, la que mejor canaliza el mandato del artículo 172 bis de la Ley Concursal, al establecer que «*en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*». En primer lugar, puede haber —o no— pluralidad de condenados y,

en ese caso, habrá que deslindar la responsabilidad de cada uno de acuerdo con determinados patrones de conducta y en función de deberes previamente asumidos.

La responsabilidad concursal —de naturaleza indemnizatoria y no punitiva— de los patronos de una fundación concursada cristaliza, en fechas recientes, en la realidad socioeconómica en la que vivimos y de ella se hacen eco los medios de comunicación, al reflejar, por ejemplo, el concurso de la fundación organizadora de la Bienal de Arte Contemporáneo de Sevilla.

«La aventura excitante de organizar una bienal de arte contemporáneo en Sevilla ha terminado por convertirse en una pesadilla para, al menos, los nueve patronos de la comisión ejecutiva de la fundación organizadora de la Bienal de Arte Contemporáneo de Sevilla, inhabilitados para desempeñar cargos de representación o administración en cualquier empresa durante dos años según un fallo en su contra del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla. La sentencia declara “culpable” el concurso de acreedores de la fundación que organizó el certamen plástico sevillano al no haberse solicitado la declaración en los dos meses siguientes a haber incurrido en causa de insolvencia. La BIACS presentó en marzo de 2012 concurso voluntario con una deuda de elevado importe. El fallo inhabilita para ejercer cargos mercantiles a destacadas personalidades de la vida cultural, económica y política sevillana (...).

La sentencia absuelve, sin embargo, a los otros patronos de la fundación que no formaban parte de la comisión ejecutiva (...) Según el Juez de lo Mercantil, los patronos condenados tenían la responsabilidad de llevar la contabilidad de la fundación, que estaba delegada en la comisión ejecutiva. Aun así, el magistrado reconoce su gestión, “pues, pese a que son loables sus esfuerzos por resolver la insolvencia de la fundación, debieron remediar o intentar remediar los defectos que han dado lugar” a la insolvencia con la que incurrieron en causa de disolución. La administración concursal que ejercía la acción judicial contra el patronato de la BIACS basó su acusación en la dificultad que había encontrado para obtener la contabilidad de la concursada, con apuntes contables que se le denegaban hasta que la insistencia hizo que se le presentara una segunda contabilidad sin constar en los inexistentes libros oficiales de la fundación. Tampoco se había depositado la contabilidad anual en el Registro de Fundaciones de Andalucía, donde solo constaban los planes de actuación correspondientes a los años 2005 y 2006. El fallo judicial lleva aparejado que los patronos inhabilitados también pierden todos los derechos que tuvieran como acreedores concursales aunque absuelve de la pretensión de abonar el 5% del déficit concursal»³⁷.

XI. LAS FUNDACIONES ASISTENCIALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Hemos anunciado, al comienzo de este estudio, que no solo las fundaciones o entes del Tercer Sector Social que llevan a cabo actividades empresariales son

caldo de cultivo de la insolvencia concursal. También los entes de naturaleza asistencial —y en concreto aquellos que desempeñan funciones tutelares de menores o personas con discapacidad— son objeto de concursos de acreedores, lo cual genera una alta preocupación social porque prestan servicios sociales de gran envergadura allí donde no siempre los poderes públicos alcanzan³⁸.

El fenómeno de la tutela de menores o personas con discapacidad encomendada a personas jurídicas —y singularmente a las fundaciones— es creciente en la sociedad contemporánea. La frecuencia con la que actualmente se nombra como tutor a personas jurídicas (especialmente fundaciones) incluso cuando hay parientes o familiares que puedan ser tutores, ha hecho que estas se vean absolutamente desbordadas. Numerosos son los casos en los que un juez prefiere designar a una fundación como tutor antes que a un familiar de la persona con capacidad modificada³⁹.

De las diecisiete comunidades autónomas de nuestro país, seis de ellas han creado un organismo público para llevar a cabo la gestión de la tutela de personas que se encuentran bajo su protección⁴⁰. Las otras once comunidades autónomas llevan a cabo esta gestión a través de fundaciones, bien de carácter público, bien privado⁴¹.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan estas fundaciones en el ejercicio de su tutela es el financiero. Ya sabemos que, por definición, las fundaciones son entidades patrimoniales en las que el patrimonio debería ser un elemento esencial y, en especial, los fondos propios de estos entes, frente a las subvenciones, donaciones o aportaciones externas, deberían representar una parte importante del patrimonio. Son estos fondos propios los que realmente garantizan la continuidad de la entidad y constituyen el presupuesto esencial para realizar sus actividades.

Ahora bien, es obvio que las fundaciones requieren otras fuentes de ingresos alternativas (subvenciones y donaciones, realización de actividades económicas que generen ingresos, etc.) que, especialmente, en las fundaciones pequeñas pueden tener consecuencias negativas porque asumir un alto nivel de endeudamiento es siempre arriesgado. Cuanto más grandes son las fundaciones, el nivel de endeudamiento es menor porque los fondos propios son más cuantiosos⁴². En efecto, parece que a medida que aumenta el tamaño de las fundaciones disminuye la excesiva dependencia de fuentes de ingresos externas, es decir, subvenciones y donaciones, aunque no dejan de suponer una tercera parte de los ingresos totales, lo cual es un grave problema dada la situación económica que atravesamos⁴³.

Partiendo de estas premisas que constituyen el común denominador de muchas de las fundaciones asistenciales en nuestro país, es relevante la cuestión de si pueden o no excusarse en el ejercicio de estas funciones asistenciales o tutelares, y en caso de que puedan, cuándo y en qué casos. El artículo 251 del Código Civil dispone que *«las personas jurídicas podrán excusarse cuando*

carezcan de medios suficientes para el desempeño adecuado de la tutela». La doctrina ha matizado que, de un lado, estas excusas solo pueden oponerse por personas jurídico-privadas; y, de otro, serán ineficaces las excusas de las mismas cuando las entidades jurídico privadas se nutren con fondos públicos, aunque sean del todo insuficientes ya que los entes públicos integrantes de un Estado Social de Derecho deben asumir los servicios sociales en relación con los más desprotegidos⁴⁴. Sin embargo, tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio de 2015, el nuevo artículo 50.1 establece que *«si el motivo de la excusa le sobreviene durante su ejercicio, podrá alegarlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas»*.

Esta afirmación parece chocar con lo que dispone el artículo 251 del Código Civil, según el cual las personas jurídicas, cuando carezcan de medios, pueden excusarse. Los interrogantes que esta especie de antinomia plantean son los siguientes: ¿podrán o no excusarse las personas jurídicas cuando carezcan de medios? ¿Podrán excusarse, ante la falta de medios, todas las personas jurídicas o solamente las privadas?

A la luz del nuevo precepto de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, parece que sí podrán excusarse todas las personas jurídicas (incluidas las públicas) ante la falta de medios. Ya la Fiscalía General del Estado, en una Consulta que se le formuló en 1998, vino a admitir la posibilidad de excusa en caso de que la entidad jurídico-pública de que se trate carezca de los medios que le permitan ejercer de manera adecuada la tutela⁴⁵. Dichos medios pueden ser, tanto de carácter económico (falta de presupuesto o infraestructura adecuados) como personales (falta de personas o funcionarios adecuados). En estos casos, y de modo excepcional, sí cabría formular la excusa, pues, de lo contrario, podríamos desembocar en un enorme perjuicio para el propio tutelado.

En consecuencia, excusarse pueden hacerlo todas las personas jurídicas, y también las públicas. La cuestión que queda por resolver es la de la posibilidad de las personas jurídicas de presentar excusas con carácter sobrevenido, posibilidad que la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria no permite. Sin embargo, parece demasiado drástica esta medida ya que si la excusa era posible formularla en el momento de la delación de la tutela, carece de sentido que no pueda invocarse posteriormente. Mantener una interpretación gramatical de la nueva norma conduce a un absurdo e, incluso, al menoscabo de los principios que deben primar en el ejercicio de la función tutelar, que son los de buscar el beneficio de la persona incapaz.

Admitida, pues, la posibilidad de que una fundación que se encuentre en situación económica delicada pueda excusarse del nombramiento y ejercicio de la tutela, habrá que plantearse, además y con el objeto de paliar los problemas económicos de estos entes, la búsqueda de otras fuentes de financiación. Entre ellas, hay que fomentar, en mi opinión, la posibilidad de que las fundaciones asistenciales puedan percibir una retribución por el ejercicio de la tutela y con

cargo al patrimonio del tutelado; y, en segundo término, se impone la necesidad de que puedan recibir donaciones del tutelado o causahabientes, pese a lo que establece el artículo 221 del Código Civil. Veamos, siquiera sucintamente, una y otra vía.

Respecto a la remuneración del cargo de tutor, es de justicia que cuando esta función se realiza de un modo profesionalizado por una persona jurídica especializada en la atención o asistencia de determinado tipo de discapacidad o necesidad, le corresponda la percepción de un pago por este servicio. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a), de 23 de diciembre de 2008, considera adecuada la concesión de una retribución a la *Fundación Tutelar Feclen*, tutora de una persona con capacidad modificada judicialmente, en virtud de los artículos 274 del Código Civil y 26 de la Ley de Fundaciones de 2002, que permiten que las fundaciones perciban ingresos por sus actividades siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de los posibles beneficiarios.

El artículo 221 de nuestro Código Civil impide al tutor recibir donaciones del tutelado y causahabientes de cualquier clase mientras no se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor. Es obvio que esta clase de normas están pensadas para las personas físicas tutoras, como modo de evitar influencias indebidas del tutor en su pupilo. Se requiere, pues, una flexibilización de normas como las descritas en casos de tutelas asumidas por personas jurídicas, pues parece obvio que un buen desarrollo de las funciones tutelares requiere una dotación patrimonial suficiente y tratándose, además, de entidades que actúan sin ánimo de lucro no hay por qué obstaculizar fuentes de ingresos que permitan combatir el estado de insolvencia en el que algunas se pueden encontrar.

XII. LIQUIDACIÓN CONCURSAL Y *FRESH START* DE FUNDACIONES.

Es claro que la declaración de concurso de una fundación no constituye una causa de disolución *ipso iure* de esta persona jurídica. Sí podría resultar admisible que, entre las causas de disolución previstas en los Estatutos, se contemple la disolución de una fundación que entre en concurso, pero entonces la extinción de esta persona jurídica sería una consecuencia de la autonomía de la voluntad y no una causa legal de extinción.

Sin embargo, y en línea de principio, la apertura de la fase de liquidación de la persona jurídica la aboca de manera inexorable a su extinción (art. 145 Ley Concursal), a diferencia de lo que sucede en la disolución extraconcursal, donde resulta posible la llamada reactivación de la persona jurídica disuelta⁴⁶.

Se ha dicho —seguramente con razón— que no se ve la utilidad que para los acreedores de una fundación concursada pueda tener la continuidad de la

actividad de esta, dado su consustancial carácter altruista y que en el caso de concurso de fundaciones, la liquidación se presentará como la solución más adecuada desde la perspectiva de los intereses de los acreedores⁴⁷. Sin embargo, no hemos de perder de vista dos datos importantes que caracterizan a los entes de la Economía Social a los que nos referimos: de un lado, se encuentra el interés y fin social que persiguen estas entidades; y, de otro, el desarrollo de actividades empresariales —de mayor o menor envergadura— que casi todos ellos realizan.

La consecución del fin de interés general debe permitir que el ente subsista si, pese a la liquidación en la que se paga a los acreedores, queda un remanente que con futuras aportaciones haga posible la reactivación de la entidad para poder satisfacer el concreto fin de interés general que le dio origen. De otro lado, la mayor parte de estos entes realizan actividades empresariales que no solo favorecen a sus beneficiarios sino también a los acreedores, ya que la continuidad de las mismas puede garantizar una mejor y más completa satisfacción de los créditos que ostenten contra la entidad. Ello nos lleva a pensar que el concurso no puede ser —o no debería ser— el final para estas entidades.

La liquidación concursal en la que, a veces, tenga que abocar inexorablemente el concurso de esas entidades, por no haber sido posible aprobar un convenio con los acreedores, no tendría por qué desencadenar la extinción y desaparición de la persona jurídica concursada, según pretende el artículo 178.3 de la Ley Concursal. De hecho —como se ha visto— en la legislación civil catalana aplicable, la liquidación concursal no es causa automática de disolución de la fundación y ello depende de la voluntad del Patronato aprobada por el Protectorado.

Y es que la extinción de la persona jurídica concursada —y en concreto, una fundación— puede resultar una consecuencia desproporcionada, innecesaria y nada conveniente —incluso— en los casos en que la liquidación concursal no requiera el reparto de toda la masa activa entre los acreedores y los recursos restantes permitan la consecución del fin de interés general que constituye su razón de ser⁴⁸. En estos casos parece evidente que carece de sentido la extinción de la persona jurídica, máxime cuando, en determinadas circunstancias, cabe el denominado «*beneficio de excusión del pasivo insatisfecho*» una vez finalizado el concurso de acreedores.

En efecto, aun tras la liquidación concursal la persona jurídica puede tener un «después». Ese «después» que supone un nuevo comienzo, un *fresh start*, está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal y a este precepto hemos de prestar una especial atención para examinar la posibilidad de que la fundación concursada se reactive, se reanime y pueda comenzar de nuevo a cumplir el fin de interés general para el que nació en su día. Si la fundación concursada ha actuado de buena fe, según establece el precitado artículo 178 bis, y el concurso no ha sido declarado culpable, podrá disfrutar de un beneficio de la exoneración

del pasivo insatisfecho que se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: «1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1 (hipotecas), la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado».

Esta descarga en el pago de créditos —incluso de hipotecas— supone una indudable ventaja para la fundación que pese al concurso y a la liquidación derivada del mismo tenga un mínimo remanente que le permita sobrevivir sin tener que hacer frente, en el futuro, a deudas contraídas en el pasado. Se trata de una segunda oportunidad que le puede facilitar el «comenzar de nuevo», con nuevas fuentes de ingresos, como hemos anunciado en el epígrafe anterior, que le posibiliten ir dando satisfacción a ese fin de interés general que constituye su razón de ser.

XIII. CONCLUSIONES

I. El hecho de que una fundación deudora haya omitido su obligación legal de solicitar el concurso de acreedores ante una situación de insolvencia implica una presunción de culpabilidad, por lo que, siendo persona jurídica el deudor, si sus bienes no son suficientes para satisfacer las deudas, pueden ser condenados a pagar el déficit sus administradores, liquidadores, apoderados, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (art. 172 bis, primer apartado, de la Ley Concursal). De ello se colige que las fundaciones —y sus órganos de gobierno o patronato— habrán de tomarse muy en serio su obligación de solicitar el concurso, no solamente en los casos de insolvencia actual sino también cuando esta sea inminente, es decir, previsiblemente próxima.

II. Las fundaciones que tienen carácter público quedarán excluidas, *ab initio*, del concurso, al amparo del tercer apartado del primer artículo de la Ley Concursal, y sus problemas de insolvencia tendrían que ser resueltos por otras vías. Sin embargo, estos entes —al igual que ocurre con las sociedades mercantiles estatales— aun siendo integrantes del sector público, su actuación en el mercado en régimen de igualdad respecto al resto de operadores privados desencadena que también las fundaciones públicas queden excluidas del ámbito de aplicación del «privilegio» de la falta de capacidad concursal, de modo tal que en caso de insolvencia, puedan ser declaradas en concurso. Sustraer del derecho privado —y, en concreto, de ser susceptibles de ser declarados en concurso— a una sociedad mercantil pública o a una fundación del sector público estatal que

concurran en el mercado, supondría otorgarles un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia.

III. Cuando el artículo 43 Ley Concursal se refiere a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a pesar a la declaración de concurso, hemos de entender que la actividad fundacional, aunque no sea estrictamente *profesional o empresarial*, queda incluida en estas y tal vez debamos sustituir los términos «*actividad profesional o empresarial*» por los más genéricos de «*actividad ordinaria o habitual del deudor*». Partiendo de estas ideas, las prestaciones que una fundación ha realizado a sus beneficiarios, integrando la actividad propia de la misma, quedarían excluidas de las «garras» de la acción rescisoria concursal. Ello parece, a mi juicio, lo más coherente con la filosofía inspiradora del instituto fundacional, del mismo modo que no hallándose la fundación en concurso sería impensable que un acreedor de la fundación pudiera impugnar, vía acción revocatoria o pauliana (art. 1297 de nuestro Código Civil), las prestaciones procedentes de una fundación que reciben aquellos sujetos que han resultado beneficiarios, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.

IV. Los beneficiarios de una fundación no son acreedores en sentido estricto en la medida en que la indeterminación de los beneficiarios constituye uno de los rasgos configuradores de una fundación (arts. 3.2 y 3.3 de la vigente Ley de Fundaciones). La fundación debe beneficiar a *colectividades genéricas de personas*, tal como establece el apartado segundo del precitado artículo 3 y, por tanto, los beneficiarios no tienen un derecho a exigir la entrega de una prestación en caso de incumplimiento de la misma, como sí lo tendría un acreedor. Ahora bien, es obvio que sí tienen un interés legítimo a efectos, por ejemplo, de oponerse a la actuación de una fundación que, con infracción de la ley o de los estatutos, pueda perturbar o haya perturbado ya su posición de beneficiarios.

Pero tal posición de interés legítimo no le permite, desde mi perspectiva, insinuarse como acreedor en un eventual concurso de acreedores de la fundación de la que es beneficiario, a no ser que consideremos que la fundación concursada ha adquirido una obligación *ex lege* a favor del beneficiario de ese fin de interés general. Tal consideración colocaría a este beneficiario, no en la posición de un acreedor concursal cualquiera (ordinario, privilegiado especial o general, o subordinado), sino como titular de un crédito contra la masa, al amparo del número 10 del artículo 84 de la Ley Concursal y, en consecuencia, podría llegar a cobrar con cargo a la masa todas aquellas prestaciones que la fundación le deba entre la declaración de concurso y la conclusión del mismo. Y si partimos de esta premisa, no debemos olvidar que *antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta*, de modo que los beneficiarios así considerados gozarían de un crédito de cobro preferente, según establece el artículo 154 de la Ley Concursal.

V. El hecho de que un crédito contra la fundación sea calificado como subordinado tiene importantes consecuencias, no solo porque su cobro se posponga, lo cual en la práctica equivaldrá a una alta dificultad de cobro, sino también porque en caso de que se abra la denominada *segunda oportunidad* de la persona jurídica concursada —o *fresh start* tras un concurso fallido— el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho afecta, muy especialmente, a este tipo de créditos, de modo que si en el futuro la persona jurídica pudiera adquirir patrimonio para pagar las deudas, de esta responsabilidad patrimonial universal (futura) quedarían excluidos los créditos subordinados (art. 178 bis de la Ley Concursal). Mucho cuidado, pues, con los patronos que deciden prestar dinero a una fundación en apuros. No solo tendrán difícil el cobro en el *iter* del concurso sino que en caso de *segunda oportunidad*, deberán renunciar al cobro futuro.

VI. La aprobación judicial de un convenio en el procedimiento concursal se convierte en el elemento indispensable para que una fundación o cualquier otro ente del Tercer Sector declarados en concurso de acreedores puedan contratar con una administración pública o recibir una subvención que tan importante puede llegar a ser en un escenario de dificultades económicas. La viabilidad de obtener un convenio en el concurso depende de múltiples factores pero, muy especialmente, de que la masa patrimonial de la fundación o de cualquier otro ente del Tercer Sector pueda tener la consistencia necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y de aquellas que tengan carácter privilegiado. Y no siempre es fácil contar con este «colchón» patrimonial si tenemos en cuenta que las fuentes de financiación de estos entes dependen en gran medida de un sector público que también ha sufrido los estragos de la crisis.

VII. La responsabilidad concursal de los patronos —cuando el concurso sea declarado culpable y para cubrir la parte de la deuda insatisfecha tras la liquidación— se aproxima más a una responsabilidad por culpa y daños que a una responsabilidad por deudas. Es esta naturaleza la más razonable y equitativa con los intereses en juego y, desde luego, la que mejor canaliza el mandato del artículo 172 bis de la Ley Concursal, al establecer que *en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*. En primer lugar, puede haber —o no— pluralidad de condenados y, en ese caso, habrá que deslindar la responsabilidad de cada uno de acuerdo con determinados patrones de conducta y en función de deberes previamente asumidos.

VIII. Admitiendo la eventualidad de que una fundación asistencial o tutelar, que se halle en situación económica delicada, pueda excusarse del nombramiento y ejercicio de la tutela, habrá que plantearse, además de la excusa y con el objeto de paliar los problemas económicos de estos entes, la búsqueda de

otras fuentes de financiación. Y, entre ellas, hay que fomentar la posibilidad de que las fundaciones asistenciales puedan percibir una retribución por el ejercicio de la tutela y con cargo al patrimonio del tutelado; y, en segundo término, se impone la necesidad de que puedan recibir donaciones del tutelado o causahabientes, pese a la prohibición establecida en el artículo 221 del Código Civil.

IX. El concurso no puede ser —o no debería ser— el final para las entidades del Tercer Sector y, en concreto, para las fundaciones. La liquidación concursal en la que, a veces, tenga que abocar inexorablemente el concurso de esas entidades por no haber sido posible aprobar un convenio con los acreedores, no tendría por qué provocar la extinción y desaparición de la persona jurídica concursada, según pretende el artículo 178.3 de la Ley Concursal.

Y es que la extinción de la persona jurídica concursada —y en concreto, una fundación— puede resultar una consecuencia desproporcionada, innecesaria y nada conveniente —incluso— en los casos en que la liquidación concursal no requiera el reparto de toda la masa activa entre los acreedores y los recursos restantes permitan la consecución del fin de interés general que constituye su razón de ser. En estos casos parece evidente que carece de sentido la extinción de la persona jurídica, máxime cuando, en determinadas circunstancias, cabe el denominado «*beneficio de excusión del pasivo insatisfecho*» una vez finalizado el concurso de acreedores que puede insuflar un soplo de aire fresco a la fundación.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca, de 20 de febrero de 2012
- Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de 17 de septiembre de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de mayo de 2009
- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 13 de abril de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 23 de diciembre de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de diciembre de 2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 2 de mayo de 2007
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, de 17 de octubre de 2006

BIBLIOGRAFÍA

- ALLI TURRILLAS, J. C. (2012). *La fundación, ¿una casa sin dueño?* Madrid: Iustel.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.
- (2004). Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48). En: A. Rojo y E. Beltrán, *Comentario a la Ley Concursal*, I. Madrid: Civitas.
- CABRA DE LUNA, M. A. (dir.) (1998). *El Tercer Sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*. Madrid: Escuela Libre Editorial.
- EMBED IRUJO, J. M. (2003). Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de los órganos gestores (especial referencia a las fundaciones). *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, 79-100.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005). Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales. En: S. Muñoz-Machado, M. Cruz-Amorós y R. de Lorenzo, *Comentario de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo*. Madrid: Iustel.
- GUZMÁN RAJA, I. MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E. (2012). Las fundaciones asistenciales: un análisis empírico de su patrimonio e ingresos en la obtención de fines de interés general. En http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw50bf394f42dd1/Comunicacion_XV_Congreso_ASEPUC_Cadiz_2012.pdf.pdf
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2011). Entre la tutela de familia y la tutela institucional. En <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/5773>.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (2010). Reflexiones en torno a la fundación-empresa mercantil. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, 201-234.
- LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 149-172.
- (2005). Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 129-170.
- DE LORENZO GARCÍA, R. PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T. (dirs) (2014). *Tratado de Fundaciones*. Pamplona: Aranzadi.
- MORAGAS MONTESERÍN (2013). Las fundaciones en el contexto concursal. Solución e imperativo legal. *El Derecho. Grupo Francis Lefebvre*, en http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/fundaciones-contexto-concursal-Solucion-imperativo_11_584305001.html
- MORENO SERRÉS, J. (2014). Las personas adultas bajo la tutela pública. Estudio comparado por comunidades autónomas. *Trabajo Social Hoy*, núm. 73, 103-118.
- MORETÓN SANZ, M. F. y LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2012). Legados, revocación tácita y entrega del objeto: enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2340-2362.
- MORILLAS JARILLO, M. J. (2004). El concurso de las sociedades. Madrid: Iustel.
- POUS DE LA FLOR, M. P., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., DEL RÍO COBIÁN, E. (dirs.) (2012). *Gestión y administración de fundaciones*. Madrid: Colex.

- RUIZ JIMÉNEZ, J. (2009). No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de fundaciones con la de los administradores de sociedades mercantiles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, 952-958.
- SALELLES CLIMENT, J.R. y VERDERA SERVER, R. (1997). *El patronato de la fundación*. Pamplona: Aranzadi.
- SANCHO GARGALLO, I. (2012). El Derecho civil de Cataluña y el tratamiento legal de la insolvencia de un deudor común comerciante. En: J. Valle Zayas, J.R. Salelles Climent, J.A. Pérez Rivarés, *Estudios sobre Derecho de la Empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch.
- SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, núm. 7640, 1-24.

NOTAS

¹ Véase la web del Instituto Nacional de Estadística, a lo largo del año 2015, ya que los datos de cierre de 2016 no están publicados en la fecha de finalización de este estudio, referida a aquellas personas jurídicas, denominadas «OTRAS», declaradas en concurso. <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0216.pdf> (Fecha Consulta: octubre 2016). Este amplio y heterogéneo bloque bien podría reflejar la situación económica que atraviesa una parte importante de las entidades del Tercer Sector. La mayor parte de los concursos de acreedores de estos otros entes se produjeron en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña, Andalucía y Valencia.

² Vid. MORAGAS MONTERERÍN (2013). Las fundaciones en el contexto concursal. Solución e imperativo legal. *El Derecho. Grupo Francis Lefebvre*. En http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/fundaciones-contexto-concursal-Solucion-imperativo_11_584305001.html Fecha de consulta: octubre de 2016.

³ Puede verse este informe en, <http://www.pwc.es/es/fundacion/assets/presente-futuro-3sector.pdf> Fecha de consulta: octubre 2016.

⁴ Fuente: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2015/07/14/madrid/1436861066_470142.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁵ Fuente: <http://www.elcomercio.es/v/20120623/aviles/fundacion-centro-niemeyer-presenta-20120623.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁶ Fuente: http://noticias.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/cambios-y-designaciones/la-fundacion-de-la-lengua-espanola-entra-en-concurso-de-acreedores_Hycu1zLukO9N6IYApRbUm5/. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁷ Fuente: http://www.elmundo.es/elmundo/2012/11/07/andalucia_malaga/1352317302.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁸ Fuente: <http://www.libertaddigital.com/espana/2015-09-01/cae-una-fundacion-ligada-al-fraude-de-la-formacion-con-un-agujero-de-8-millones-1276556060/>. Fecha de consulta: abril 2016. <http://www.elmundo.es/andalucia/2015/09/01/55e4a428ca4741e6358b45ae.html/>. Fecha de consulta: abril de 2016.

⁹ Fuente: <http://www.europapress.es/castilla-lamancha/noticia-juzgado-concluye-concurso-acreedores-fundacion-ceoe-ciudad-real-insuficiencia-masa-activa-20140210191332.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹⁰ Fuente: http://www.eldiario.es/norte/cantabria/cantabria/FORUM-Cantabria-camina-desaparicion_0_438856989.html. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹¹ Fuente: <http://www.eleconomista.es/valenciana/noticias/7369645/02/16/La-Generalitat-instala-el-concurso-de-acreedores-de-la-Fundacion-del-Elche-CF.html>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹² Fuente: <http://www.concursal.es/es/concurso-de-acreedores/1000455/fundacion-internacional-o-belen.aspx/>. Fecha consulta: octubre de 2016.

¹³ Fuente: <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2015/05/29/55682c84268e3e85518b457d.html/>. Fecha de consulta: abril de 2016.

¹⁴ Tales hechos son los siguientes: 1.º *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*

2.º *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*

3.º *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*

4.º *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

¹⁵ Vid. LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, p. 152.

¹⁶ Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.

¹⁷ Vid. SANCHO GARGALLO, I. (2012). El Derecho civil de Cataluña y el tratamiento legal de la insolvencia de un deudor común comerciante. En: J. Valle Zayas, J.R. Salelles Climent, J.A. Pérez Rivarés, *Estudios sobre Derecho de la Empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, pp. 411-430.

¹⁸ En este sentido, debe verse BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). Las entidades del Tercer Sector y el concurso de acreedores. *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 21, 93-116.

¹⁹ Igualmente, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de Palma de Mallorca, de 20 de febrero de 2012.

²⁰ Así lo entiende LA CASA GARCÍA, R. (2006). Apuntes sobre el concurso de las fundaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 5, 149-172.

²¹ Vid., en este sentido, SORIA SORJÚS, J. (2011). La responsabilidad de los patronos de las fundaciones. Especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia. *Diario La Ley*, núm. 7640, 1-24.

²² Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *op. cit.* p. 104.

²³ Así lo entiende LA CASA GARCÍA, R. *op. cit.*, p. 165.

²⁴ En este sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2004). Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48). En: A. Rojo y E. Beltrán, *Comentario a la Ley Concursal*, I. Madrid: Civitas (pp. 982 y ss); y MORILLAS JARILLO, M. J. (2004). El concurso de las sociedades. Madrid: Iustel, pp. 365 y sigs.

²⁵ Vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2005). Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales. En: S. Muñoz-Machado, M. Cruz-Amorós y R. de Lorenzo, *Comentario de la Ley de Fundaciones y Mecenazgo*. Madrid: Iustel, pp. 56-57.

²⁶ Vid. LA CASA GARCÍA, R. *op. cit.*, p. 169.

²⁷ Muy interesante es, al respecto, el estudio, que seguimos, realizado por BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). *op. cit.*, pp. 107 y sigs.

²⁸ Así lo refleja BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2012). *Ibidem*.

²⁹ En efecto, a raíz del Real Decreto-ley 6/2010, de impulso de la recuperación económica, se modifica la letra b) del número 2 del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones, pasando a establecer lo siguiente: «(...) 2. No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora: (...) b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento,

hallarse declarados en concurso, salvo que en este haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso (...).

³⁰ Vid. LA CASA GARCÍA, R. (2006), *op. cit.*, p. 170.

³¹ Además del embargo como medida cautelar, el artículo 48 de la Ley Concursal, en su apartado cuarto, permite —en los casos en que el cargo de patrono sea retribuido— que el juez del concurso determine que deje de serlo o que quede reducido el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones que desempeñe.

³² El número primero del artículo 172 bis de la Ley Concursal (*Responsabilidad concursal*) establece lo siguiente: «1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (...).

³³ Resulta muy interesante el examen doctrinal y jurisprudencial que sobre esta materia realiza SORIA SORJÚS, J., *op. cit.*, pp. 9 y sigs.

³⁴ Así, SORIA SORJÚS, J. *op. cit.*, p. 11.

³⁵ Seguimos los criterios enunciados por SORIA SORJÚS, J., *op. cit.*, pp. 13 y sigs.

³⁶ Vid., en este sentido, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R. (1997). *El patronato de la fundación*. Pamplona: Aranzadi, pp. 123-124.

³⁷ Puede verse la noticia en los siguientes enlaces: http://www.abc.es/cultura/arte/abci-inhabilitados-nueve-patronos-bienal-arte-contemporaneo-sevilla-201601212048_noticia.html. Fecha consulta: octubre de 2016. http://cultura.elpais.com/cultura/2016/01/21/actualidad/1453376835_102090.html. Fecha consulta: octubre de 2016.

³⁸ Recordemos los casos de la Fundación O'Belen o la ONG Emaús referidos en las páginas iniciales de este trabajo. En Italia, han sido varias las fundaciones que llevando a cabo funciones asistenciales han sido declaradas en quiebra. Es el caso, por ejemplo, de la *Fondazione Ospizio Marino di Grado Onlus*, cuyo fin era el de promover la recuperación de personas con enfermedades físicas funcionales y neumomotoras, así como a niños o adultos con necesidades de rehabilitación. Esta fundación llevaba a cabo actividades empresariales para conseguir los fondos necesarios para llevar a cabo sus propios fines. Y, como empresario, la Sentencia del Tribunal de Gorizia, de 18 de noviembre de 2011, la declara objeto de quiebra.

³⁹ Buen ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 804/2007, de 27 de diciembre de 2007, que se dicta con motivo de un recurso de apelación interpuesto por el hermano del incapacitado, sometido a la tutela de la «Fundación Manantial», alegándose las buenas relaciones con el incapacitado, solicitando la revocación de la sentencia de primera instancia a favor del nombramiento como tutora de la fundación mencionada. En el caso, resulta suficientemente acreditada la falta de relación entre los hermanos «por lo que es posible adivinar en el futuro la posible existencia de desencuentros personales entre el incapaz y recurrente...». Pero lo que resulta definitivo para dar prioridad a la tutela a favor de la fundación son los traspasos de dinero de una cuenta de titularidad del incapacitado a la

cuenta de quien pretende la revisión de la tutela, lo que determina la desestimación del recurso de apelación declarándose que los intereses del incapacitado se encuentran suficientemente protegidos bajo la tutela de la institución que ha sido designada como tutora.

También ejemplifica la preferencia del juez por la tutela institucional la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, núm. 127/2007, de 2 de mayo de 2007, en la que se somete al incapacitado a la tutela de la Fundación Tutelar de La Rioja, que acepta formalmente el cargo, en detrimento de la madre del incapacitado. Contra la sentencia de primera instancia se interpone recurso de apelación en base a que el cargo de tutor debe recaer en la madre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Civil al declarar que: «La patria potestad de los hijos que hubiesen sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquellos a la mayoría de edad». Así las cosas, valorado el informe del médico forense se llega a la conclusión de que el incapaz requiere de tratamientos y cuidados especiales, presentando graves problemas de comportamiento, carece de relaciones sociales y las relaciones familiares pueden resultar muy conflictivas. A modo de conclusión, se declara que a pesar de que debe promoverse la integración familiar del incapacitado, «...y en su momento pueda instarse la remoción del tutor, considerando el actual una designación coyuntural, en atención a las dificultades que presenta la asistencia del incapaz, lo cierto es que en las presentes circunstancias, cualquier cambio en esta situación jurídica no resulta deseable en interés del propio incapaz». Se trata, pues, de un supuesto en el que se hace prevalecer el interés del incapacitado que requiere una especialización en los cuidados y asistencia y que exige una profesionalización del tutor.

⁴⁰ Se trata de Aragón, Asturias, Canarias, Extremadura, Madrid y Valencia.

⁴¹ Pueden verse estos datos en MORENO SERRÉS, J. (2014). Las personas adultas bajo la tutela pública. Estudio comparado por comunidades autónomas. *Trabajo Social Hoy*, núm. 73, 103-118.

⁴² *Vid.*, en este sentido, GUZMÁN RAJA, I. MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E. (2012). Las fundaciones asistenciales: un análisis empírico de su patrimonio e ingresos en la obtención de fines de interés general. En http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw50bf394f42dd1/Comunicacion_XV_Congreso_ASEPUC_Cadiz_2012.pdf.pdf, p. 18.

⁴³ GUZMÁN RAJA, I., MARTÍNEZ FRANCO, C., RÚA ALONSO DE CORRALES, E., *ibidem*.

⁴⁴ También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 116/2009, de 5 de mayo, sostiene estas ideas. En la doctrina, puede verse HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2011). Entre la tutela de familia y la tutela institucional. En <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/5773>, p. 17.

⁴⁵ Circular 2/1998, de 3 de abril, sobre «Asunción de las tutelas por las personas jurídico-públicas», apartado VIII.

⁴⁶ *Vid.* LA CASA GARCÍA, R. (2005). Algunas cuestiones sobre el concurso de las asociaciones. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 6, 168 y sigs.

⁴⁷ Así, LA CASA GARCIA, R. (2006), *op. cit.*, p. 170.

⁴⁸ Nos recuerda la existencia de esta eventualidad LA CASA GARCÍA, R. (2006), *op. cit.*, p. 171.

*(Trabajo recibido el 21-10-20116 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)*

DERECHO COMPARADO

Perú: Nuevas tecnologías en el servicio de inscripción registral. La firma digital*

Peru: New technologies in the service registration. The digital signature

por

MAX ADOLFO PANAY CUYA

*Abogado de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional
de los Registros Públicos - Sunarp
Lima*

RESUMEN: El trabajo versa sobre el uso de la firma digital en el procedimiento de inscripción registral en el Perú, específicamente, en el procedimiento de inscripción del acto de constitución de la micro y pequeña empresa. Este procedimiento fue establecido en el marco de las políticas del gobierno para mejorar el clima de negocios, así como para prevenir la falsificación de documentos notariales que se presentan en el Registro de Personas Jurídicas administrado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

ABSTRACT: *The paper focuses on the use of digital signature in the registration procedure in Peru, specifically in the registration procedure the act of incorporation of micro and small enterprises. This procedure is dictated in*

* Basado en la ponencia presentada al CINDER DUBAI 2016 y actualizado con las últimas modificaciones normativas (Decreto Supremo 026-2016-PCM, así como las Resoluciones 033-2016-SUNARP-SN y 068-2016-SUNARP-SN).

the context of government policies to improve the business climate and prevent counterfeiting of notarial documents filed in the Registry of Companies administered by the National Superintendency of Public Registries.

PALABRAS CLAVE: Firma digital. Publicidad registral. Seguridad jurídica. Fe pública.

KEY WORDS: *Digital signature. Land registration. Legal certainty. Public faith.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL COMO RECTOR DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.—III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SINARP): 1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA «FE DEL REGISTRO». 2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LOS REGISTROS PÚBLICOS.—IV. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO MEDIO PARA OBTENER SEGURIDAD JURÍDICA: 1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. 2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL, SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA Y JUSTICIA.—V. LA OPONIBILIDAD DEL DERECHO INSCRITO COMO UNO DE LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: 1. EL TÉRMINO «OPONIBILIDAD» EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. 2. UBICACIÓN DE LA NORMA DE OPONIBILIDAD DEL DERECHO INSCRITO EN EL LIBRO IX DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. 3. SUJETO GARANTIZADO CON LA OPONIBILIDAD DE SU DERECHO INSCRITO: EL TERCERO REGISTRAL.—VI. SENTIDO DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, SEGÚN EL VII PLENO CASATORIO CIVIL.—VII. EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN: PARTIDAS REGISTRALES EN «TOMOS» Y «FICHAS».—VIII. NECESIDAD DEL USO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) CON EL FUNCIONAMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.—IX. DIFERENTES «SOFTWARE» DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS: 1. EL SOFTWARE DEL EX REGISTRO PREDIAL URBANO. 2. EL CASO DE LA EX SECCIÓN ESPECIAL DE PREDIOS RURALES. 3. EL SOFTWARE DEL EX REGISTRO PÚBLICO DE MINERÍA. 4. EL SOFTWARE DEL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR.—X. CARACTERÍSTICAS DE LOS DIFERENTES SOFTWARE DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.—XI. ANTECEDENTE DE LA GENERACIÓN DE LA FIRMA DIGITAL DEL NOTARIO Y EL REGISTRADOR: LA CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS EN LÍNEA (*ON LINE*).—XII. LA POLÍTICA

NACIONAL DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO (AÑOS 2013-2017) Y LAS DIFICULTADES PARA LA PROMOCIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC).—XIII. EL PARTE NOTARIAL Y EL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN CON FIRMA DIGITAL DENTRO DEL SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL (SID-SUNARP): 1. LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA (*ON LINE*) DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA EN EL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP): FASE CIUDADANO – FASE NOTARIO. 2. EL ACTO DE RESERVA DE PREFERENCIA REGISTRAL DE DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL DE LA EMPRESA ANTE EL REGISTRO. 3. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA EN EL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP): FASE NOTARIO – FASE REGISTRO.—XIV. AMPLIACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA (*ON LINE*) DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA A TRAVÉS DEL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP) EN TODAS LAS OFICINAS REGISTRALES DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.—XV. PRESENTACIÓN DE PARTES NOTARIALES CON FIRMA DIGITAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PODER A TRAVÉS DEL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP) EN TODAS LAS OFICINAS REGISTRALES DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.—XVI. EL DECRETO LEGISLATIVO 1232 QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO (DECRETO LEGISLATIVO 1049). CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata en forma general el marco normativo y teórico de la publicidad registral, y en particular, uno de los efectos jurídicos: la oponibilidad de lo publicado (inscripciones). Asimismo, se relata la experiencia en el procedimiento de inscripción registral con la utilización de la firma digital y los elementos representativos de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC): la computadora y la Internet.

Los procedimientos de inscripción registral y de publicidad registral son administrados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) en calidad de ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP). Este sistema comprende los Registros de Propiedad Inmueble, Personas Jurídicas, Personas Naturales y Bienes Muebles (Ley 26366, 1994).

Entre los procedimientos de inscripción y publicidad registral existe la siguiente relación: Los actos o derechos inscritos en los distintos registros son el objeto de la publicidad registral, y además, dicha publicidad genera determinados efectos jurídicos como la oponibilidad, la fe pública registral, entre otros. Las disposiciones normativas y la jurisprudencia, con sus vaivenes, fundamentan lo antes mencionado.

En cuanto al ámbito del derecho registral es importante precisar que se recoge de manera predominante la doctrina española, toda vez que, el ordenamiento jurídico positivo peruano ha sido influenciado por la Ley Hipotecaria Española de 1946. Así, en la exposición de motivos, los integrantes de la Comisión Revisora que elaboraron el Libro IX (Registros Públicos) del Código Civil peruano de 1984 indicaron de manera expresa que eligieron como fuente a la Ley Hipotecaria antes mencionada.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) son utilizadas en los servicios de inscripción y publicidad registral, aunque tiene mayor predominio en la inscripción registral. Tratándose del servicio de inscripción registral, los avances informáticos pueden apreciarse con la descripción general del siguiente proceso: el usuario presenta en la Oficina Registral la solicitud de inscripción del título con la documentación respectiva (ambos en soporte físico o papel), la generación del asiento de presentación del título es a través del sistema informático, el Registrador califica el título y lo confronta con los antecedentes registrales (en donde la partida registral originalmente estaba en soporte físico o papel y posteriormente fue digitalizada, o es generada electrónicamente desde la primera inscripción), el Registrador extiende el asiento de inscripción utilizando la firma electrónica (no digital).

Dicho uso de las tecnológicas en el procedimiento de inscripción registral tiene la particularidad que no se implementó un sistema aplicable a todos los registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos, sino que la Ley de creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366, 1994) al disponer la incorporación de registros que originalmente estaban a cargo de otras entidades de la Administración Pública (Ministerios), implicó la incorporación de los sistemas informáticos que ya habían desarrollado.

Hasta hoy, la permanencia de distintos sistemas informáticos no ha permitido su consolidación en un sistema informático común a todos los registros, empero, esos sistemas informáticos han sido adecuados para que el resultado del procedimiento de inscripción registral en cada registro consista en el asiento registral firmado electrónicamente por el Registrador y han permitido aprovechar los beneficios de la Internet en el procedimiento de inscripción registral.

En el contexto antes descrito, a partir del mes de octubre del año 2014, se incorpora el uso de la firma digital para la expedición del parte notarial de la escritura pública y del asiento de inscripción como parte del procedimiento de inscripción registral de constitución de empresas en línea (*on line*) en el Registro de Personas Jurídicas.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es un actor importante para la implementación de la firma digital, porque otorga el certificado digital al Notario y al Registrador, esto es, la identidad digital, y además, tiene la condición de Entidad de Certificación Nacional para el Estado Peruano. También ha sido necesario sumar el uso del *software* de firma digital, así como la plataforma de intermediación digital para concretar un procedimiento de

inscripción registral de constitución de empresa en línea (*on line*) sin necesidad de presentar al Registro documentos en soporte físico o papel.

El «parte notarial» con firma digital es enviado por el Notario a través del correo electrónico a la Oficina Registral del Registro de Personas Jurídicas, y luego de la calificación del Registrador, dicho notario recibe en el correo electrónico del oficio notarial el asiento de inscripción de constitución de empresa en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral respectiva.

Cabe precisar que la escritura pública de constitución de empresa contenida en el protocolo del archivo notarial se extiende en soporte físico o papel.

Con el transcurso del tiempo, el uso de la firma digital en el procedimiento de inscripción registral será aplicada, de manera progresiva, a cada uno de los actos inscribibles en los distintos registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos. En definitiva, la firma digital es la Tecnología de Información y Comunicación (TIC) que hará posible mejorar al Perú en el clima de negocios, contrarrestando la falsificación de instrumentos notariales en beneficio de la seguridad jurídica preventiva que brinda el Registro.

II. LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL COMO RECTOR DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

No es la pretensión proporcionar una información pormenorizada del desarrollo de la publicidad registral en el Perú, sino mencionar de manera general sus hitos más destacados. La Ley del 2 de enero del año 1888 crea el Registro de Propiedad Inmueble bajo la administración de la Corte Suprema de Justicia, que conforma el Poder Judicial. La evolución de la publicidad registral ha ocurrido de manera paulatina con distintos cambios de organizaciones en el tiempo, así como la incorporación de otros registros (por ejemplo, el Registro Mercantil y el Registro de Personas Naturales).

Después de más de un siglo, la Ley 26366 (1994) creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) con el propósito de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todos los registros que lo integran¹; también instituye a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Poder Ejecutivo) como su ente rector.

Estos acontecimientos permiten apreciar que la función registral ha transitado en el ámbito judicial (órgano judicial), y posteriormente, en el ámbito del gobierno central (órgano ejecutivo). Empero, no significa que la función registral haya sido función jurisdiccional cuando estaba en el ámbito judicial, pues se comparte la concepción que entiende la función registral como una actividad administrativa con particulares características. En efecto, la doctrina afirma que el ejercicio de la función administrativa puede encontrarse en los distintos órganos (ejecutivo, judicial y legislativo) (DROMI, 2005, 242).

La función registral es el conjunto de actividades que realiza el Registrador y el tribunal registral (en primera y segunda instancia, respectivamente) en los procedimientos de inscripción y publicidad registral (Ley 30065, 2013)². En el procedimiento de inscripción registral, primordialmente, las actividades consisten en calificar el título presentado al registro, y cuando corresponda, extender el asiento de inscripción en la partida registral. En el procedimiento de publicidad registral, las actividades consisten en proporcionar la publicidad formal simple, expedir los certificados literales, e interpretar el contenido de la partida registral para expedir los certificados compendiosos.

Asimismo, hay disposiciones infralegales que involucran dentro de la función registral a otros servidores: el asistente registral (Resolución núm. 064-2015-SUNARP-SN, 2015)³, así como al certificador o al abogado certificador (Resolución núm. 281-2015-SUNARP-SN, 2015)⁴.

El asistente registral tiene la actividad de prestar apoyo al Registrador en el procedimiento de inscripción registral. La situación es diferente en los casos del certificador y el abogado certificador, porque ambos prestan directamente el servicio de publicidad registral: el primero expide los certificados literales, y el segundo expide los certificados compendiosos (también los literales, si en la resolución de designación como abogado certificador lo contempla).

El certificador y el abogado certificador tienen la competencia para expedir la publicidad registral formal certificada al igual que un Registrador.

III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (SINARP)

Para explicar el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP), es necesario conocer de manera previa la idea de «sistema». La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo define «sistema» como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la administración pública —artículo 43— (Ley 29158, 2007). Esta definición es acorde con la idea de un «conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados» (FERRATER, 2007, 335).

A esa noción de «sistema» debe agregarse que es de tipo «abierto», para que sea susceptible de acoger nuevos problemas y de ser modificado continuamente. FERRATER (2007) es preciso sobre el tema: «En efecto, pueden admitirse ciertas estructuras teóricas suficientemente amplias e intentar alojar en ellas los nuevos hechos que se vayan descubriendo. De ese modo, los hechos modifican el sistema, pero no lo cambian cada vez completamente» (337).

En este orden de ideas, desde la perspectiva de un «sistema (abierto)» aplicado al Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) es comprensible

la perenne adaptación de los principios y reglas jurídicas a los acontecimientos, vicisitudes y complejidades de nuestro siglo.

Dependerá de la política legislativa de cada país determinar que el ordenamiento jurídico positivo contemple un sistema registral. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico positivo en Italia no ha establecido un sistema y su doctrina indica que la publicidad registral es desarrollada de manera no homogénea, pero agregan que la publicidad registral obedece a principios que permiten proyectar un cuadro general aproximadamente unitario (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI Y NATOLI, 1995, 1121-1122).

Nuestro ordenamiento jurídico positivo incardina la publicidad registral y la seguridad jurídica en el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) como elementos que el sistema debe garantizar. En efecto, la ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos establece que debe garantizar «la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro» —inciso «c» del artículo 3— (Ley 26366, 1994)⁵, es decir, el sistema debe estar estructurado de tal manera que reafirme la seguridad jurídica de los derechos que las personas adquieren sobre la base de la información que publica el Registro y la seguridad jurídica de los derechos de las personas que están inscritos en el Registro.

Esa función de garantía que tiene el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) se concretiza a través de los siguientes componentes:

a) La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como órgano rector del «sistema (abierto)» para orientar la función pública en materia registral. Este organismo desarrolla las actuaciones administrativas necesarias para la protección de la seguridad jurídica en los procedimientos de «inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos» —artículo 10— (Ley 26366, 1994)⁶.

b) Los distintos Registros Públicos que existen para recibir información, ordenarla en la partida registral (previa calificación) y hacerla pública. Estos registros están agrupados de la siguiente manera: el Registro de Personas Naturales (conformado por el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro de Testamentos, entre otros), el Registro de Personas Jurídicas (conformado por el Registro de Asociaciones, el Registro de Comunidades Campesinas, entre otros), el Registro de Propiedad Inmueble (conformado por el Registro de Predios, el Registro de Derechos Mineros, entre otros) y el Registro de Bienes Muebles (conformado por el Registro de Embarcaciones Pesqueras, el Registro de Propiedad Vehicular, entre otros); sin perjuicio de los demás registros jurídicos creados o por crearse (Ley 26366, 1994)⁷.

c) Las reglas jurídicas (normas con rango de ley o de rango inferior) dirigidas a garantizar o proteger la seguridad jurídica. A manera de ejemplo, en el ordenamiento jurídico positivo se ha establecido la presunción legal de

conocimiento del contenido de las inscripciones, la legitimación del contenido de las inscripciones, la oponibilidad del derecho registrado.

1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA «FE DEL REGISTRO»

La «fe del Registro» es mencionada en el enunciado normativo del inciso c) del artículo 3 de la Ley núm. 26366 (1994) y puede entenderse referida, en general, a la «fe pública»: la creencia o confianza que impone el Estado mediante ley para que los ciudadanos crean o confíen en alguien o en algo (ALTERINI, 2012, 683). Concretamente, esa confianza en algo es la «fe» en la publicidad registral que ha sido impuesta por el Estado; por lo tanto, se comparte la idea de «fe del Registro» como la fiabilidad o confianza objetiva en el registro, pues todos pueden confiar (*fides publica*) en lo publicado (GORDILLO, 2010, 6).

En Alemania, la doctrina de comienzos del siglo XX consideraba como componentes de la «Fe pública del Registro» a la presunción de verdad de las inscripciones (parágrafo 891 del BGB) y al principio de la fe pública (parágrafo 892 del BGB) (NUSSBAUM, 1929, 40-41) o, mejor dicho, al «desconocimiento de la inexactitud registral, para que el tercero merezca protección con independencia del origen del error» (MIQUEL, 1989, 503). En textos más recientes, la doctrina ha manifestado que el fundamento de la protección de la buena fe del adquirente está construido únicamente a través de la apariencia creada por el registro (WESTERMANN, WESTERMANN, GURSKY Y EICKMANN, 2005, 1064-1065).

De otra parte, es necesario distinguir la «fe del Registro» (confianza en la publicidad registral) que refiere el enunciado normativo del inciso c) del artículo 3 de la Ley 26366 (1994) y la denominada «fe pública instrumental» entendida como veracidad o confianza atribuida a los funcionarios públicos sobre el hecho o acto que, en su presencia, es realizado y asumido por auténtico y con fuerza probatoria (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2001, 167).

La diferencia entre ambas reside en que la determinación de la buena fe (o no) de los terceros no es relevante en la «fe pública instrumental», mientras que en la «fe del Registro» la buena fe sí tiene importancia (ALTERINI, 2012, 684). En definitiva, la «fe del Registro» en el enunciado normativo del inciso c) del artículo 3 de la Ley 26366 (1994) es independiente de la concepción que los servidores públicos tienen «fe pública instrumental» de los datos, documentos e información que consta en el registro (PRIÉS, 1997, 84).

Desde el enfoque de la teoría general de la norma jurídica, la «fe del Registro» conforma el enunciado normativo «la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro» —inciso c) del artículo 3— (Ley 26366, 1994), esto es, una norma jurídica que tiene la configuración de un

principio implícito (COMANDUCCI, 2010, 115-117), si es relacionado con las siguientes normas (reglas) compatibles: la presunción de cognoscibilidad, la legitimación registral, la oponibilidad, la fe pública registral — artículos 2012, 2013, 2022 y 2014 del Código Civil peruano— (Decreto Legislativo 295, 1984).

Asimismo, la relación entre la norma contenida en el inciso c) del artículo 3 de la Ley 26366 (1994) y las normas contenidas en los artículos del Código Civil peruano antes mencionadas es de jerarquía axiológica (valorativa).

Esta jerarquía axiológica entre las normas es explicada por la doctrina en el sentido que la norma más importante guía e influencia la aplicación de las normas subordinadas (GUASTINI, 2014, 180). La norma más importante (en nuestra consideración: la contenida en la Ley 26366) guía e influencia la aplicación de las normas subordinadas (en nuestra consideración: las contenidas en los artículos del Código Civil peruano).

En otras palabras, la norma contenida en el inciso c) del artículo 3 de la Ley 26366 (1994) es la justificación o fundamento de las normas contenidas en los artículos del Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984); por ejemplo, la «fe del Registro» (la confianza en lo publicado) establecida por la Ley 26366 (1994) dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) es el fundamento de la ficción legal contenida en el artículo 2012 del Código Civil peruano: «Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones»⁸ (Decreto Legislativo 295, 1984).

Dicha ficción legal es matizada por el legislador del Código Civil peruano al comentar la existencia de otras disposiciones legales que aluden a la «posibilidad del público de conocer lo registrado» a través la publicidad «procesal» (BIGIO, 1998, 191). Estos alcances han sido desarrollados a nivel reglamentario con los conceptos de publicidad «material» y la publicidad «formal»: por la primera, el Registro otorga publicidad legal a los diversos actos o derechos inscritos o anotados preventivamente, y afecta a los terceros aun cuando no hubieran tenido conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales; y por la segunda, mediante las manifestaciones o certificaciones se garantiza que toda persona tenga acceso al contenido de las partidas registrales, y en general, al archivo registral (Resolución 281-2015-SUNARP-SN, 2015)⁹.

En este orden de ideas, la expedición de los certificados («fe pública instrumental») que elabora el Registrador público o el abogado certificador respecto de la existencia o vigencia de los derechos inscritos en la partida registral — artículo 16 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral— (Resolución 281-2015-SUNARP-SN, 2015) es la herramienta necesaria para que el interesado conozca la información contenida en el registro y confíe en lo publicado («fe del Registro»).

Es necesario precisar que si se expediera una certificación («fe pública instrumental») con información que no es acorde con la contenida en la partida

registral, entonces se perjudicaría la «fe del Registro». Frente a esa situación anómala, el ordenamiento jurídico positivo establece que prevalece el contenido de las partidas registrales («fe del Registro») sobre el contenido de la certificación («fe pública instrumental»). La discordancia entre la información contenida en el certificado y la contenida en la partida registral será materia de responsabilidad administrativa del servidor que intervino en la expedición del certificado —artículo 71 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral— (Resolución 281-2015-SUNARP/SN, 2015), y además, el Sistema Nacional de los Registros Públicos garantiza la indemnización al solicitante de la certificación por el error registral incurrido conforme lo prevé el inciso d) del artículo 3 de la Ley 26366 (1994). En conclusión, la situación anómala es resuelta por el ordenamiento jurídico positivo con una regla de responsabilidad civil a favor del interesado que ha sido perjudicado con la expedición del certificado.

2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LOS REGISTROS PÚBLICOS

Coloquialmente, «Registros Públicos» es un término conocido por los ciudadanos y lo vinculan ordinariamente al Registro de Propiedad Inmueble. El término «Registros Públicos» consta en los artículos 2008 y 2009 del Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984) para determinar cuáles son los registros objeto de regulación en las disposiciones del mencionado cuerpo legal. Posteriormente, en la Ley 26366 (1994) se establece el Sistema Nacional de los «Registros Públicos».

En la dogmática jurídica, se alude a los «Registros Públicos» como el mecanismo de publicidad legal, o instrumento publicitario específico, que se contrapone a la denominada publicidad de hecho mencionada por la doctrina (BIGLIAZZI GERI *et al.*, 1995, 1126). En consecuencia, los «Registros Públicos» son los medios técnicos perfectos para lograr la publicidad legal y con ello alcanzar la deseada seguridad (CHICO Y ORTIZ, 1994a, 249-251).

La publicidad legal (es decir, la publicidad registral) y la publicidad de hecho tienen en común la misma función primaria de dar noticia a terceros (en sentido lato), esto es, hacer posible el conocimiento de un determinado acontecimiento (hecho, acto o negocio) a toda persona que tenga interés (BIGLIAZZI GERI *et al.*, 1995, 1128); adicionalmente, la publicidad registral configurada en el ordenamiento jurídico positivo tiene los efectos jurídicos señalados en el Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984): la legitimación registral (art. 2013), la oponibilidad (art. 2022), la prioridad de rango (art. 2016) y la fe pública registral (art. 2014).

A pesar de que Antonio PAU (2001, 9) valora al registro como institución y no incluye la «*fides publica*» como fundamento, su postura ha sido de utilidad para el siguiente de planteamiento: La confianza en el Registro es el fundamento

de la publicidad registral y, este último, desencadena las reglas de oponibilidad y fe pública registral. La «fe del Registro» (fundamento), la publicidad registral (medio), la oponibilidad y la fe pública registral —entre otras— (eficacia registral) son los elementos para conseguir la seguridad jurídica (finalidad).

IV. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO MEDIO PARA OBTENER SEGURIDAD JURÍDICA

La publicidad registral tiene por finalidad dar «seguridad jurídica». Se concreta en la posibilidad de conocer los derechos inscritos en las partidas registrales para obtener la información de manera fácil, clara y cierta. La información es cierta a causa de la confianza impuesta por la ley (*fides publica*) a las personas que tienen interés en dicha información e inscriben (registran) su derecho.

En similar sentido, la doctrina ha explicado que «(...) El ciudadano necesita que ciertos presupuestos del negocio que va a celebrar sean claros y estables. [...] Antes de ofrecerse a los particulares, los datos han de someterse a un control sobre su realidad y su legalidad. También han de ser seleccionados, tamizados: solo los actos que afectan a terceros han de ser publicados; ...» (PAU, 2003, 13-14).

La doctrina explica la «posibilidad de conocer los derechos inscritos» como la posibilidad de «eliminar el estado de ignorancia sobre las situaciones jurídicas y los hechos», porque la incertidumbre previa a la creación del Registro es ignorancia y la certidumbre de la información que contiene el Registro es la posibilidad de eliminar dicha ignorancia. Cabe precisar que, PUGLIATI (1957) discrepa sobre el uso del término «*certezza*» como producto de la publicidad porque es ambiguo y genérico, y en su lugar, puntualiza que el producto de la publicidad es la posibilidad de eliminar la ignorancia de las situaciones jurídicas o hechos ocultos («*possibilità di eliminare tale ignoranza*») (232).

Para garantizar la «seguridad jurídica» del derecho registrado, el ordenamiento jurídico peruano establece los siguientes preceptos vinculados con la eficacia de la publicidad registral: a) protege la seguridad del derecho registrado mediante la «oponibilidad» frente al derecho no inscrito (derecho incompatible oculto), y b) protege la seguridad de ese mismo derecho registrado mediante la «fe pública registral» (conforme a los requisitos señalados el artículo 2014 del Código Civil peruano) frente a los defectos en el título del derecho que fue inscrito con anterioridad y que no pudieron ser advertidos.

Estos medios para garantizar la «seguridad jurídica» del derecho registrado tienen como punto de partida una visión de la seguridad jurídica de manera unidimensional, es decir, la visión desde la faceta de una sola parte o ciudadano que tiene su derecho registrado. Adicionalmente, se sostiene que el titular del derecho registrado también estará interesado —cuando quiera transmitirlo— en

la seguridad que dará la publicidad registral para facilitar, por ejemplo, la presencia de un eventual comprador que tendrá la confianza en adquirir de manera segura. Por consiguiente, se aprecia una postura conciliadora sobre la seguridad de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico expuesta desde inicios del siglo XX (EHRENBURG, 2003, 33-34).

Empero, vista la seguridad jurídica de manera bidimensional, es decir, cuando existen dos partes o ciudadanos con posiciones antagónicas entre la seguridad de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico, EHRENBURG (2003, 33-35) plantea que dicha situación de tensión puede surgir de las siguientes formas:

- a) El titular del derecho (para que no lo pierda o menoscabe sin su voluntad) contra el adquirente del derecho (para que no lo pierda por circunstancias que desconocía);
- b) El titular de la acreencia (para que no la pierda sin su voluntad) contra el obligado de la prestación (para que su liberación no se frustre por circunstancias que desconocía); y
- c) El obligado de la prestación (para que no se cree sin su voluntad) contra el titular de la acreencia (para que no la pierda, pues confió en la información del Registro).

Sobre la base de las situaciones de tensión antes descritas, PUGLIATI sostiene que el legislador tiene la tarea más delicada de establecer las reglas de solución de conflictos que mantenga el punto de equilibrio en la protección de ambas seguridades (1957, 234). El ordenamiento jurídico positivo contiene las reglas de solución de conflictos y tienen como presupuesto la inexactitud entre la realidad y lo que consta en el Registro. Tres ejemplos explican las reglas de solución de conflictos:

Caso 1, cuando la inexactitud registral conlleva un conflicto entre el derecho registrado y el que no lo está, la regla establecida es la oponibilidad de lo inscrito.

Caso 2, cuando la inexactitud registral conlleva a un conflicto entre el derecho registrado (vigente) y el derecho inscrito que lo antecede (pero que registralmente ha caducado a causa de aquel), la regla establecida es la contenida en el artículo 2014 del Código Civil peruano de 1984 prevaleciendo el derecho registrado vigente siempre que concurra la buena fe y la onerosidad del acto.

Caso 3, cuando la inexactitud registral conlleva a un conflicto entre el derecho del tercero adquirido sobre la base del contenido del registro de personas jurídicas y el derecho de dicha persona jurídica, la regla establecida es la contenida en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (Resolución 038-2013-SUNARP-SN) prevaleciendo el derecho del tercero siempre que concurra la buena fe.

En las reglas de solución de conflictos vinculadas a los registros jurídicos de bienes, el derecho registrado se convierte en el elemento determinante para

resolver los riesgos en la contratación explicados con los siguientes aforismos: «*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*» y «*nemo ignarus esse debet conditionis eius cum quo contrahit*» (PUGLIATI, 1957, 234). Inclusive, se menciona que la salvaguarda de la situación hecha pública a través del registro frente a terceros con pretensiones incompatibles con la situación ya publicada es una función secundaria de tutela que tiene la publicidad registral (BIGLIAZZI GERI *et. al*, 1995, 1131). Entonces, no es el legislador —como sostenía Salvatore PUGLIATI—, sino es el órgano jurisdiccional quien tiene la tarea más delicada de interpretar las reglas de solución de conflictos manteniendo el equilibrio en la protección de ambas seguridades (seguridad del derecho y seguridad del tráfico).

Finalmente, la seguridad jurídica que cumple la publicidad registral está relacionada con la contratación. El ordenamiento jurídico deja al arbitrio de las partes la creación del acto y la determinación de su contenido (dentro de ciertos límites), pero se ocupa de regular la eficacia que tiene dicho acto en las partes, así como en los sujetos que no participaron. La publicidad registral es el mecanismo para proteger los intereses de terceros que pueden ser perjudicados por el acto oculto, organizándose los medios adecuados que permitan tener la posibilidad de conocer y, por consiguiente, conferirle plena eficacia (PUGLIATI, 1957, 423)¹⁰.

1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional peruano (2003) sobre la base del derecho subjetivo y no del contrato (que constituye la fuente de la disposición y adquisición de dicho derecho) sostuvo lo siguiente en la sentencia sobre una acción de inconstitucionalidad:

[...], para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza

y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo¹¹.

De esa manera, expresa que el derecho subjetivo de propiedad, a través del registro público (publicidad registral), trasciende para convertirse en una «garantía institucional» en donde el efecto de la oponibilidad que otorga dicho registro conlleva a la seguridad jurídica.

Sin embargo, con inspiración en la doctrina española, en nuestro país existe doctrina contraria a la tesis de la «garantía institucional»:

La defensa y garantía del derecho constitucional a la propiedad no se explica porque la propiedad sea una garantía institucional, sino que se explica por la especial significación del derecho a la propiedad, que —como todo derecho— tiene también una dimensión objetiva y prestacional que obliga al Estado al favorecimiento de su pleno ejercicio (CASTILLO, 2007, 312).

En Alemania, la doctrina explica que la distinción entre el concepto privado de propiedad y el concepto constitucional del mismo derecho no impide que, en ambos ámbitos, «se trata de asegurar, también en el ámbito patrimonial, la configuración individual de la esfera privada, mediante la posibilidad de adquirir y conservar derechos privados» (WESTERMANN, *et. al*, 1998, 300).

En todo caso, el Sistema Nacional de los Registros Públicos garantiza la seguridad jurídica preventiva o *a priori*: «su función es claramente preventiva de conflictos; su ideal es dejar las cosas tan claras, firmes y seguras que no se produzcan luego pleitos, impidiendo que aumente el índice de conflictividad judicial» (OROPEZA, 1995).

La doctrina sostiene que el Estado ha establecido primordialmente dos formas de intervención al servicio de los particulares para la solución de sus problemas: a) legislando (regulando) la actividad de los particulares, o b) resolviendo el órgano jurisdiccional en caso de conflicto. Adicionalmente, con la creación de los registros públicos se crea una actividad administrativa para evitar o prevenir casos de contienda entre los particulares (LOPEZ, s/a, 185).

2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL, SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA Y JUSTICIA

La seguridad jurídica preventiva que se obtiene a través de la publicidad registral debe ser congruente con la idea de justicia como valor.

El Tribunal Constitucional peruano (2003) en la sentencia señalada en los párrafos precedentes no se pronuncia expresamente de la seguridad jurídica preventiva, sino —de manera general— considera que la seguridad jurídica es

un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución, que consiste en la predecibilidad de las conductas frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho.

Esta idea de «seguridad jurídica» como «principio» es acorde con lo expresado en el sentido que la seguridad es un «principio» de carácter constitucional incrustado en otro principio: La legalidad (CHICO Y ORTIZ, 1994b, 29-30). Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano no se pronuncia sobre la relación entre la seguridad jurídica y la justicia.

Sobre «seguridad jurídica» y «justicia» se ha dicho que: «Si la esencia del Registro reside en la publicidad y el que confía en ella cree que logra seguridad, hay que considerar a esta seguridad como justa. Y la consecuencia es el reconocimiento y protección de los derechos individuales» (CHICO Y ORTIZ, 1994b, 30-31). El sustento de la seguridad como justa está en la confianza de la información contenida en el registro, empero en ocasiones el principio de la seguridad jurídica (legalidad) no viene atribuida con el valor de la justicia.

La idea de derecho se separa de la idea de justicia a partir del siglo XVI con los Estados soberanos. Luego en Inglaterra (siglo XVIII) surge el dogma de la omnipotencia del legislador en donde el parlamento puede hacer todo. Posteriormente, el positivismo jurídico (siglo XX) respondió que solo es derecho el derecho positivo dictado por el Estado y lo justo es aquello racional que es conforme al derecho. Dicho en otras palabras, la justicia que no es acorde al derecho positivo, no es racional (GALGANO, 2011). Sin embargo, en la actualidad, se admite que el derecho positivo y la justicia pueden no coincidir.

Concretamente, la crítica por falta de coincidencia entre la seguridad jurídica y la justicia (como valor) podría sostenerse, por ejemplo, en la perspectiva bidimensional de la seguridad jurídica: dos partes o ciudadanos con posiciones antagónicas entre la seguridad de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico. Frente a dicho conflicto, la justicia de la decisión judicial requiere tres criterios: la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso, la comprobación confiable de los hechos importantes del caso, y el procedimiento válido y justo para llegar a la decisión (TARUFFO, 2006, 203).

V. LA OPONIBILIDAD DEL DERECHO INSCRITO COMO UNO DE LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

1. EL TÉRMINO «OPONIBILIDAD» EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Lo oponible es aquello que se puede *oponer*. El término *oponer* tiene el siguiente significado: «Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto»¹².

En el Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984) existen varias disposiciones normativas que utilizan el término «oponibilidad» con significados diferentes. Al respecto, proponemos agrupar en dos (2) campos:

a) Las disposiciones normativas que tienen carácter adjetivo, es decir, aquellas relacionadas con el ejercicio de la facultad de contradicción de la persona en defensa de sus intereses. Por ejemplo, en la regulación del contrato de fianza aparecen los siguientes enunciados: quien está en la posición de fiador puede «oponer» al acreedor el beneficio de excusión (art. 1880), así como todas las excepciones que corresponden al deudor (art. 1885); quien está en la posición de deudor puede «oponer» al fiador —que pagó la obligación sin comunicarle— todas las excepciones que cabrían contra el acreedor (art. 1894); y finalmente, quien está en la posición de cofiador puede «oponer», a quien pagó la obligación, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor y que no sean inherentes al deudor (art. 1895).

b) Las disposiciones normativas que tienen carácter sustantivo, es decir, aquellas que la ley concede a una persona la preeminencia sobre las demás personas respecto a un acto en el que intervino. Por ejemplo: en la regulación del contrato de compraventa con pacto de reserva de propiedad, se indica que dicho pacto es «oponible» a los acreedores del comprador cuando consta por escrito de fecha cierta anterior al embargo (primer párrafo del art. 1584); en la regulación de la reserva de propiedad o retroventa que involucran bienes inscritos se establece la «oponibilidad» a terceros cuando dichos pactos hayan sido previamente inscritos (segundo párrafo del art. 1584 y art. 1591).

En este contexto, la «oponibilidad» del derecho inscrito, previsto en la norma contenida en el artículo 2022 del Código Civil peruano, participa del carácter sustantivo al que aludimos en los párrafos precedentes.

Finalmente, en el Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984) el término «oponible» es utilizado de manera incorrecta para regular el derecho de retracto: El artículo 1597 señala que la presunción de publicidad solamente es «oponible» después de un año de la inscripción de la transferencia. Sin embargo, lo adecuado es entender que el lapso de un año contado de la inscripción de la transferencia se trata de un plazo legal para no aplicar dicha presunción (en lugar de entender como un supuesto de oponibilidad).

2. UBICACIÓN DE LA NORMA DE OponIBILIDAD DEL DERECHO INSCRITO EN EL LIBRO IX DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El Libro IX del Código Civil peruano de 1984 (denominado «Registros Públicos») contiene el artículo 2022 sobre la oponibilidad como efecto de la

publicidad registral, específicamente, en la parte que corresponde al Registro de Propiedad Inmueble.

El enunciado es el siguiente: «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. (...)» (Decreto Legislativo 295, 1984). Dicho artículo conserva la misma ubicación, dentro la regulación sobre el Registro de Propiedad Inmueble, tal como aparece en la estructura del abrogado Código Civil peruano de 1936 (art. 1050¹³).

La doctrina, a través de la interpretación integral y funcional, ha permitido precisar que la oponibilidad concierne «a los efectos de cualquier inscripción en los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos, con los matices especiales que puedan surgir de las disposiciones particulares que rijan para cada tipo de bien o persona de la que se trate» (ARATA, 2005, 481-482).

El desliz incurrido por la Comisión Revisora del Código Civil peruano se explica porque asocia la oponibilidad como el efecto del principio registral de prioridad (regulado dentro de las disposiciones generales del Libro IX). En efecto, uno de los integrantes de la mencionada Comisión señaló lo siguiente: «No hay duda que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; ...» (BIGIO, 1998, 224). Al momento de considerar la oponibilidad como una consecuencia del principio de prioridad registral, se prefirió conservar su regulación dentro del Registro de Propiedad Inmueble, quedando el referido principio dentro de las disposiciones generales aplicables a todos los registros.

La postura de la Comisión Revisora del Código Civil peruano coincide con la concepción mantenida en la doctrina española cuando sustenta que el principio de prioridad se justifica por ser un medio para solucionar el conflicto o colisión de derechos incompatibles: el que primero alcanza la extensión del asiento de presentación cierra el registro en forma excluyente para el rezagado (CHICO Y ORTIZ, 1994b, 111-112). Incluso, se ha comentado de manera similar que el legislador de la Ley Hipotecaria de 1861 contemplaba como una manifestación de la oponibilidad aquello que la doctrina posterior lo denominaría prioridad (PAU, 2004, 42-43).

En Italia, la doctrina que comenta su sistema registral de transcripción, también considera la relación entre la prioridad y la oponibilidad. Se reconoce que el régimen de oponibilidad se caracteriza, entre otros, por el principio fundamental de la prioridad señalada en el artículo 2644 del *Codice Civile* (el acto que primero se registra prevalece sobre los actos inscritos posteriormente, aun si estos tienen una fecha anterior) (BIANCA, 2007, 599). Claro está, en el sistema de dicho país no existe cierre registral y, por lo tanto, es factible que consten inscritos derechos contradictorios, pero la oponibilidad del derecho estará determinada por su ingreso al Registro antes que el otro derecho. La prevalencia

atribuida es el resultado de la oponibilidad de la actuación publicada a través del registro y dentro del sistema de circulación de la riqueza. La oponibilidad se limita a dictar los criterios para la prevalencia respecto de un título a otro (PERLINGIERI, 2010, 17).

De modo distinto a lo comentado en los párrafos precedentes, Antonio PAU precisa que el vigente artículo 17 de la Ley Hipotecaria española (igual que en la originaria Ley de 1861), diferencia la prioridad registral de la regla de oponibilidad:

Una vez practicada la inscripción no puede hablarse ya, a mi juicio, de prioridad. Un derecho inscrito no goza de prioridad respecto de otro, se haya inscrito o no ese otro, y se haya constituido ese derecho antes o después del inscrito. Lo que ese derecho inscrito produce respecto de cualquier otro derecho es oponibilidad. Una vez que el derecho ha accedido a la publicidad registral, el momento de la aportación del título ha perdido relevancia, y lo decisivo es que producirá efectos frente a otros, sin excepción (2004, 58).

En nuestro país, muchos años después de la obra de Antonio PAU, se indica que el principio de prioridad tiene una concepción no técnica cuando es entendido como un mecanismo para la protección de los derechos (como lo es la oponibilidad o la fe pública registral), pues con ese criterio amplio todo efecto que produce el registro es prioridad (GONZALES, 2011, 326-327).

Por consiguiente, si bien es cierto que la Comisión Revisora del Código Civil peruano consideró la oponibilidad como un efecto del principio de prioridad, también lo es que la doctrina distingue entre la prioridad y la oponibilidad.

Finalmente, en la exposición de motivos no oficial del Código Civil peruano de 1936 abrogado se indicaba, con acierto, que la oponibilidad «traduce la esencia del sistema aceptado y fija la verdadera inteligencia del tercero titular del derecho que ampara el Registro» (GUZMAN, 1977, 685).

3. SUJETO GARANTIZADO CON LA OponIBILIDAD DE SU DERECHO INSCRITO: EL TERCERO REGISTRAL

La norma contenida en el artículo 2022 fue explicada indirectamente por la Comisión Revisora del Código Civil peruano al momento de desarrollar la exposición de motivos del principio de fe pública registral (art. 2014) con el concepto de «tercero registral».

Transcribimos el siguiente comentario contenido en la exposición de motivos:

(...) es tercero registral aquel que adquirió un derecho a título oneroso, con buena fe, de quien aparece en el Registro con derecho

inscrito y que ha procedido a inscribir su adquisición, y será tercero registral respecto de cualquier acto o contrato, en cuya celebración no haya intervenido y que a su vez no se haya inscrito o se inscriba con posterioridad (BIGIO, 1998, 196).

Además, señala que el «tercero registral», en la defensa de su derecho, usará «las normas de derecho registral que establecen el principio de la fe pública registral, de prioridad, de legitimación y de normas como la del artículo 2022 del Código Civil» (BIGIO, 1998, 197).

La Comisión Revisora del Código Civil peruano reconoce la influencia del país ibérico en la redacción del Libro IX correspondiente a los Registros Públicos, razón por la cual, esta visión debió estar influenciada de la situación parecida que habría ocurrido al comentar la Ley Hipotecaria española.

Ramón María ROCA SASTRE (1954, 402) comentó sobre la Ley Hipotecaria española de 1946 lo siguiente: el artículo 34 y el artículo 32, combinados con los demás preceptos, son la expresión legal del principio de fe pública registral, como emanado del principio superior de presunción de exactitud del Registro, manifestado en el párrafo primero del artículo 38 y el artículo 97, cuya presunción es aquí *iuris et de iure*, mientras que solo es una presunción *iuris tantum* en cuanto al principio de legitimación registral.

También existe reciente doctrina que comenta en similar sentido los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria española de 1946:

A tenor del artículo 32 LH «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». Y es tercero el adquirente de buena fe y a título oneroso de un titular registral y que inscribe (art. 34 LH). (ÁLVAREZ, 2010, 574-575).

Como puede apreciarse, la Comisión Revisora del Código Civil peruano explica la fe pública registral del artículo 2014 y la regla de oponibilidad dentro del concepto de «tercero registral». Por consiguiente, el tercero registral —en cuanto a la oponibilidad— es quien no ha intervenido en la celebración de un acto o contrato no inscrito.

VI. SENTIDO DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, SEGÚN EL VII PLENO CASATORIO CIVIL

El artículo 2022 del Código Civil peruano de 1984 tiene el siguiente tenor:

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común (Decreto Legislativo 295, 1984).

Recientemente, la Corte Suprema de la República en el VII Pleno Casatorio Civil (Casación Núm. 3671-2014-LIMA)¹⁴ ha efectuado la interpretación del segundo párrafo del artículo 2022 respecto a la oponibilidad de los «derechos de diferente naturaleza» y la aplicación de las «disposiciones del derecho común»:

(...), nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico (...) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7339).

Para este Supremo Tribunal, existe una circunstancia que ayuda considerablemente a develar el sentido de los términos «derecho común»: la terminología y política legislativa expresada en otras disposiciones legales del propio Código Civil relativas a conflictos de derechos. Es decir, la Corte Suprema considera que los términos ‘derecho común’ pueden ser entendidos apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente. (...) Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. (...) La frase «derecho común», consecuentemente, sí posee un sentido, el cual, en virtud de una interpretación sistemática, revela sin lugar a duda razonable, que el legislador civil ha optado por no aplicar el criterio registral en la solución al conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil (...) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7353).

Sobre la base de los argumentos antes transcritos, la Corte Suprema en el VII Pleno Casatorio Civil determina como precedente judicial vinculante las siguientes reglas (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, 7356):

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos debe considerarse que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al

derecho del acreedor embargante, siempre que el derecho real quede acreditado con documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo.

2. El Juez de Primera de Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista.

3. En caso que la certificación del documento presentado por el tercerista no es auténtica, la demanda debe ser declarada infundada, debiendo expedir las copias certificadas al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones.

VII. EL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS Y LA INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN: PARTIDAS REGISTRALES EN «TOMOS» Y «FICHAS»

En los primeros años de la creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos, no había uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en las Oficinas Registrales: Los índices continuaban elaborándose «a mano» y se conservaban en ficheros. Las partidas registrales constaban en lo que se denominaban «tomos», esto es, libros que tenían de 500 a 600 fojas. Cada seis o siete páginas conformaban la partida registral (que corresponde a un solo inmueble conforme a la técnica del folio real) y en las páginas siguientes se iban abriendo nuevas partidas registrales hasta terminar de utilizar el «tomo». Si las cinco o seis páginas que tenía asignada una partida registral se terminaban (por haberse hecho varios asientos registrales), debía continuar en otro «tomo» que tuviese fojas por utilizar. En consecuencia, el estudio de los antecedentes registrales de un predio se efectuaba con la consulta de varios «tomos» (VIVAR y VELANDIA, 1999, 856).

Posteriormente, la Sala Plena de la Corte Suprema aprobó la Ampliación del Reglamento de las Inscripciones (Acuerdo del 18 de junio de 1970) y estableció que la técnica del folio real podía seguirse en fichas registrables. En su exposición de motivos se precisa que el sistema de fichas se inspiró en la reforma de la técnica registral argentina iniciada en 1961 en la Provincia de Buenos Aires y aplicada posteriormente en capital federal. Los antecedentes de ese sistema se encuentran en Alemania y Suiza (MINISTERIO DE JUSTICIA, 2000).

Como relatan VIVAR y VELANDIA, las partidas registrales estaban contenidas en fichas registrales de cartulina y los asientos registrales eran redactados en máquina de escribir. Estas técnicas de inscripción en tomos y en fichas en forma paralela fueron utilizadas hasta el año 1995, cuando se dictó la disposición interna para dejar de usar los tomos y solo utilizar las fichas registrales (1999, 857).

VIII. NECESIDAD DEL USO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) CON EL FUNCIONAMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

Conforme se señaló al principio del presente trabajo, la Ley 26366 (1994)¹⁵ creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP) y a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como su ente rector. Asimismo, estableció que la integración de los Registros Públicos en todo el territorio nacional se ejecute, progresivamente, en el plazo de un año contado a partir de la entrada en funcionamiento de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. En definitiva, modernizar el sistema permitirá otorgar a los registros de una organización, procedimientos y tecnología avanzada en materia de archivo e información registral.

La integración de los Registros Públicos tiene como causa lo manifestado por CÁRDENAS (2014):

Había otros registros de carácter jurídico que funcionalmente dependían de distintos Ministerios y que normativamente estaban sujetos a sus propias disposiciones legales especiales. Era el caso de los registros de sociedades mineras, de sociedades del registro público de hidrocarburos, de sociedades pesqueras, de buques, naves y embarcaciones pesqueras, de aeronaves, de derechos mineros, de concesiones para la explotación de servicios públicos, de propiedad vehicular, predial, (...). (22)

Esta política legislativa de integración y modernización fue inicialmente considerada para la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Luego, mediante la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, se afianza en la administración pública en general porque declara en proceso de modernización tanto la organización como los procedimientos con la finalidad de construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano (Ley 27658, 2002).

Dentro del impulso de modernización, las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) incorporadas al Sistema Nacional de los Registros Públicos fueron las siguientes: la partida electrónica con firma electrónica del Registrador, la digitalización del archivo registral respecto de las partidas registrales generadas en soporte físico o papel (tomos y fichas), y la interconexión nacional de las Oficinas Registrales que administran los distintos registros.

A continuación, se explica brevemente las tecnologías antes mencionadas.

En el Sistema Nacional de los Registros Públicos, a partir del año 1997, es implementada la partida electrónica como nueva técnica de inscripción. Esta tecnología consiste en la generación de asientos electrónicos grabados en medios

que aseguran su inalterabilidad e integridad, y utiliza el dispositivo de captura de huella digital para la firma electrónica del registrador. Las partidas registrales son conservadas en discos ópticos. Adicionalmente, en la Oficina Registral de Lima y Callao se aprobó la sustitución del archivo registral (documentos en soporte físico o papel) por un sistema de microarchivos (Resolución 124-97-SUNARP, 1997).

Es necesario precisar que la implementación del dispositivo de captura de huella digital para la firma electrónica del Registrador —dentro del procedimiento de inscripción registral— fue novedad en ese momento, incluso no existía regulación normativa sobre la firma electrónica.

Recién en el año 2000, rige la Ley de Firmas y Certificados Digitales, que regula la utilización de la firma electrónica para otorgar la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, u otra análoga, que conlleve manifestación de voluntad. La Ley define la firma electrónica —artículo 1— como «... cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita» (Ley 27269, 2000). Sin embargo, la crítica a dicha ley reside en que omite señalar sobre las diversas clases de firmas electrónicas y se limita a regular detalladamente las características y condiciones necesarias para la validez legal de un tipo específico de firma electrónica: la firma digital (ESPINOZA, 2011, 59).

En todo caso, la firma electrónica con dispositivo de captura de la huella digital del Registrador implementada para el procedimiento de inscripción registral (desde el año 1997), cumple las características generales sobre firma electrónica (no digital) prevista en el artículo 1 de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, que fue dictada con posterioridad (año 2000). Asimismo, el pasado mes de abril de 2016 se aprobó la siguiente disposición normativa —Cuarta Disposición Complementaria Final— en materia de firma electrónica (no digital):

Las entidades de la Administración Pública y sus administrados pueden usar firmas electrónicas distintas a la firma digital, en los trámites, procesos y procedimientos administrativos, cuando dichas entidades estimen que esas firmas son apropiadas según la evaluación de riesgos realizada en función a la naturaleza de cada trámite, proceso o procedimiento administrativo (Decreto Supremo 026-2016-PCM).

Si bien es cierto que a través del reciente Decreto Supremo se aprobaron medidas para el fortalecimiento de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE) y la implementación progresiva de la firma digital en el sector público y privado; también lo es que no se ha limitado al tema estricto de la firma digital, sino que en la Cuarta Disposición Complementaria Final faculta a las entidades de la Administración Pública (y por tanto, a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos) para «*usar firmas electrónicas distintas a la firma digital*».

En definitiva, la firma electrónica usada por los registradores desde el año 1997 es apropiada al procedimiento de inscripción registral, porque se aplica dentro del sistema informático controlado y supervisado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que asegura la inalterabilidad e integridad del asiento electrónico, y además, con la seguridad que el dispositivo de captura de huella digital para firmar electrónicamente imposibilita que el Registrador pretenda desconocer o no vincularse del asiento electrónico (documento electrónico) incorporado en la partida registral.

De otra parte, el proceso de digitalización de las partidas registrales contenidas en los «tomos» y fichas (conversión a imágenes) permitió consolidar la información y utilizarla mediante un *software*. Así, se autoriza la generación de los asientos electrónicos mediante el software denominado «Sistema de Información Registral» (SIR) que permite almacenar información registral asegurando su inalterabilidad e integridad (Resolución 096-2001-SUNARP/SN, 2001).

Como resultado, la partida electrónica contiene los asientos electrónicos generados en el *software* denominado «Sistema de Información Registral» (SIR), y además, las imágenes digitalizadas de los asientos registrales elaborados en las fichas y tomos, según la antigüedad de las inscripciones.

Tratándose de la política legislativa de integrar los Registros Públicos con ámbito nacional, la decisión adoptada fue la interconexión nacional y en las Oficinas Registrales fueron instaladas herramientas integradas para conformar la red privada de datos. A nivel de *software*, se instaló: a) herramienta de gestión y administración de recursos (TIVOLI), b) *Firewalls* y seguridad: *Check Point 1* y *Stone Beat*, c) Plataforma de Gestión y de Datos Extranet: Oracle, TSM (*Tivoli Storage Manager*), Content Manager, *Web services: Component Manager*, Seguridad física: *Database Scanner* (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 2005).

Siendo el caso que la data registral es consultada de manera centralizada a través de la Internet y las Oficinas Registrales están configuradas bajo la estructura de redes locales, se implementó una solución informática de seguridad con la utilización de *software* y *hardware* para la restricción de los niveles de acceso, el monitoreo de intrusos y la sobreprotección de la base de datos centralizada —consultada a través del servicio de extranet— y de las bases de datos de las Oficinas Registrales. (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 2005).

IX. DIFERENTES «SOFTWARE» DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

El *software* denominado «Sistema de Información Registral» (SIR) fue implementado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en

principio, para el Registro de Personas Jurídicas, el Registro de Personas Naturales y el ex Registro de Propiedad Inmueble. Empero, no fue el único sistema informático dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos, porque, a la vez, existieron otros registros creados con anterioridad al año 1994 y tenían sus propios sistemas informáticos: el ex Registro Predial Urbano, el Registro de Propiedad Vehicular y el ex Registro Público de Minería.

1. EL SOFTWARE DEL EX REGISTRO PREDIAL URBANO

En la ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos se estableció un plazo improrrogable de cinco (5) años para incorporar el Registro Predial —regulado por los Decretos Legislativos 495, 496 y 667— al Registro de Propiedad Inmueble.

Durante el transcurso de dicho plazo, el Registro Predial sería un organismo público desconcentrado de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366, 1994), sin embargo, modificaciones normativas establecieron que el Registro Predial Urbano dependiera sectorialmente del Ministerio cuyo titular presida la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (CO-FOPRI). Este Ministerio asumió las competencias sectoriales que sobre dicho registro ejercía la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Decreto Legislativo 803, 1996).

Posteriormente, se crea el Registro de Predios para unificar el Registro Predial Urbano, la Sección Especial de Predios Rurales y el Registro de Propiedad Inmueble (Ley 27755, 2002). La unificación fue concretada el 16 de junio de 2004 cuando la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos dispuso el funcionamiento del Registro de Predios en cada una de las Oficinas Registrales (Resolución 245-2004-SUNARP-SN, 2004). A partir de ese momento tales registros son mencionados como ex Registro Predial Urbano, ex Registro de Propiedad Inmueble y ex Sección Especial de Predios Rurales.

El ex Registro Predial Urbano tuvo el *software* denominado «Sistema Automatizado del Registro Predial Urbano» (SARP) y, bajo la administración de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, se mejoró las funcionalidades conforme lo indica la Memoria Institucional: el SARP maneja soluciones especializadas como las imágenes en base de datos, los sistemas de información gerenciales, los sistemas de información georeferenciados (GIS), la Internet, entre otras (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 2001).

Asimismo, el «Sistema Automatizado del Registro Predial Urbano» (SARP) benefició diversas áreas de las Oficinas Registrales con la posibilidad de construir un *Dataware House* que permita obtener la calidad y detalle necesario para satisfacer fines estratégicos de la institución. Está compuesto por seis módulos:

Operaciones, Producción, Calificación, Publicidad, Organización Registral y Administración. Para la utilización del SARP fueron necesarias herramientas tales como la base de datos relacional, los sistemas operativos NT, Unix y Linux, los dispositivos de alta productividad y seguridad como lectores de huella dactilar, los *scanners*, entre otros. (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, s/a).

2. EL CASO DE LA EX SECCIÓN ESPECIAL DE PREDIOS RURALES

En el caso de la ex Sección Especial de Predios Rurales, la labor consistió en efectuar las adecuaciones al «Sistema de Información Registral» (SIR) para incorporar a los predios rurales en el procedimiento de inscripción registral conforme a sus particularidades. Por ello, se desarrollaron las siguientes funcionalidades: a) recepción masiva de información enviada por el Ministerio de Agricultura a través del Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETT), y b) herramientas que faciliten la inscripción masiva del acto de posesión (cabe precisar que, en la actualidad, la posesión no es un acto inscribible). (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, 2005).

3. EL *SOFTWARE* DEL EX REGISTRO PÚBLICO DE MINERÍA

Los Ministerios que tuvieron bajo su ámbito de dependencia alguno de los registros que debían formar parte del Sistema Nacional de los Registros Públicos, conforme se señala en la Ley 26366 (1994), tenían la obligación de transferir las funciones, personal, recursos materiales, económicos, financieros y acervo documental. Ese fue el caso del ex Registro Público de Minería que perteneció al Sector Energía y Minas, creado por el Decreto Ley núm. 11357 del 1 de marzo de 1950.

El ex Registro Público de Minería utilizaba un *software* desarrollado bajo la administración del Ministerio de Energía y Minas, el mismo que posteriormente fue adaptado al *software* del «Sistema de Información Registral» (SIR) para atender las necesidades del Sistema Nacional de los Registros Públicos (generación del asiento de presentación del título, extensión de asiento de inscripción con firma electrónica del Registrador, entre otras).

4. EL *SOFTWARE* DEL REGISTRO DE PROPIEDAD VEHICULAR

En similar sentido, el Registro de Propiedad Vehicular que perteneció al Ministerio de Transportes y Comunicaciones tenía un *software* que posterior-

mente fue adaptado a las necesidades del Sistema Nacional de los Registros Públicos (generación del asiento de presentación del título, extensión de asiento de inscripción con firma electrónica del registrador, entre otras) y se denominó «Sistema de Información Registral del Registro de Propiedad Vehicular» (SIR-RPV).

Mediante la Resolución del Gerente General de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 011-97-SUNARP/GG, del 30 de septiembre de 1997, se dispuso el traslado hacia la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos —a partir del 30 de septiembre de 1997— de los siguientes registros: el Registro de Propiedad Vehicular y el Registro de Prenda de Transporte de la Dirección de Circulación Terrestre de las Regiones o Subregiones a las Oficinas Registrales Regionales correspondientes.

X. CARACTERÍSTICAS DE LOS DIFERENTES SOFTWARE DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

En resumen, hasta la actualidad se mantienen tres (3) sistemas informáticos dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos y están desarrollados bajo la arquitectura cliente/servidor, con empleo de la plataforma Microsoft Windows como sistema operativo base (Resolución 085-2013-SUNARP/SN):

a) El Sistema de Información Registral (SIR) está desarrollado en *Power Builder Enterprise* y es utilizado en los procedimientos de inscripción y publicidad registral de los siguientes registros: el Registro de Propiedad Inmueble (excepto el ex Registro Predial Urbano), el Registro de Personas Jurídicas, el Registro de Personas Naturales, y el Registro de Bienes Muebles (excepto el Registro de Propiedad Vehicular y el Registro Mobiliario de Contratos).

b) El Sistema Automatizado del Registro Predial Urbano» (SARP) está desarrollado en Oracle *Developer Forms* y es utilizado en los procedimientos de inscripción y publicidad registral del ex Registro Predial Urbano (que actualmente está incorporado al Registro de Predios).

c) El Sistema de Información Registral del Registro de Propiedad Vehicular (SIR-RPV) está desarrollado en *Power Builder Enterprise* y es utilizado en los procedimientos de inscripción y publicidad registral de los siguientes registros: el Registro de Propiedad Vehicular y el Registro Mobiliario de Contratos.

Los mencionados sistemas actúan con otros sistemas que también están desarrollados en *Power Builder Enterprise* tales como el sistema de caja publicidad y consulta registral: Por el primero, se ingresa las solicitudes de publicidad registral formal como la solicitud de expedición de certificados literales o compendiosos, entre otros servicios; y por el segundo, se permite la consulta de la

partidas registrales generadas en cualquier Oficina Registral a fin de coadyuvar en la función de calificación registral de los Registradores, inclusive se utiliza para la expedición de los certificados literales de la partida registral en los servicios de publicidad registral formal.

En cuanto a la interconexión nacional, existe el sistema que replica toda la información generada y almacenada en cada una de las bases de datos de las Oficinas Registrales hacia el repositorio central de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Este sistema es desarrollado en *Java* e interactúa con los componentes utilizados en los sistemas registrales SIR, SARP, SIR-RPV (*Keyfile*, *Informatik*, *imagen vehicular.exe*, etc.) que funcionan exclusivamente en la plataforma Microsoft Windows.

XI. ANTECEDENTE DE LA GENERACIÓN DE LA FIRMA DIGITAL DEL NOTARIO Y EL REGISTRADOR: LA CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS EN LÍNEA (*ON LINE*)

Desde el año 2008, en el ordenamiento jurídico positivo está vigente el siguiente texto normativo del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial:

Las entidades estatales y, en especial, la Presidencia del Consejo de Ministros —PCM, el Ministerio de la Producción— PRODUCE, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria —SUNAT, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos —SUNARP, y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil —RENIEC, implementarán un sistema de constitución de empresas en líneas que permita que el trámite concluya en un plazo no mayor de 72 horas. La implementación será progresiva, según lo permitan las condiciones técnicas en cada localidad. (Decreto Supremo 013-2013-TR, 2013)¹⁶

Las competencias para la implementación el sistema de constitución en línea (*on line*) son asignadas a las entidades de la Administración Pública directamente vinculadas: La Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI); el Ministerio de la Producción porque asumió las funciones y competencias sobre la micro y pequeña empresa; la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria que tiene la función de proporcionar el Registro Único de Contribuyente (RUC); y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que tiene la función de inscribir el acto de constitución en el Registro de Personas Jurídicas.

Esta iniciativa normativa de constituir empresas en línea (*on line*) se encuentra dentro de la estrategia nacional de gobierno electrónico y busca beneficiar a los ciudadanos, porque dejarían de acudir a cada una de las entidades de la Administración Pública. Los ciudadanos desde una ventanilla en la Notaría o el Ministerio del Trabajo pueden efectuar el trámite, con la reducción del tiempo del proceso a tres (3) días. (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, s/a).

En efecto, dentro de la política nacional del gobierno electrónico, desde el año 2007 se ha promovido la «creación del Sistema de Constitución de Empresas en Línea en 72 (horas), permitiendo la mayor interoperabilidad entre entidades del Estado a la fecha (SUNARP, SUNAT, RENIEC, Colegio de Notarios, MINTRA, PRODUCE y PCM)» (Decreto Supremo 081-2013-PCM, 2013).

El procedimiento, en resumen, consistía en el envío electrónico del parte notarial de constitución de la empresa con el código de barras generado por el sistema como medida de seguridad, sin embargo, posteriormente debía presentarse dicho documento en soporte físico o papel a la oficina registral correspondiente. Entonces, el documento electrónico que contiene el parte notarial de la escritura pública de constitución de empresa enviado a la oficina registral carecía de la firma digital del Notario y, por lo tanto, solo era de utilidad al registrador para facilitar la redacción del asiento registral de constitución.

En el ámbito registral, la calificación del título (material) no era sobre el documento enviado electrónicamente (con código de barras como medida de seguridad), sino respecto al parte notarial de constitución de la empresa que posteriormente era ingresado en soporte físico o papel. En consecuencia, es necesario el uso de la firma digital para recién entender que ha sido implementado un procedimiento de constitución de empresas en línea (*on line*).

XII. LA POLÍTICA NACIONAL DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO (AÑOS 2013-2017) Y LAS DIFICULTADES PARA LA PROMOCIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC)

El Compendio Estadístico de Indicadores preparado por el Banco Interamericano de Desarrollo contiene la siguiente información del Perú: En el año 2006, por cada cien habitantes, solo existían diez computadores personales; y en el año 2008, por cada cien habitantes, solo existían diez líneas telefónicas troncales (fijas), menos de ochenta suscriptores de telefonía móvil, menos de cuatro suscriptores de internet y menos de cuatro suscriptores de banda ancha. (DIVISIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2010).

La Política Nacional del Gobierno Electrónico (para los años 2013-2017) incorpora como antecedente la encuesta elaborada por las Naciones Unidas de *e-Government* para el año 2012:

El Perú se encuentra en el puesto 7 en el ranking de Gobierno Electrónico por debajo de Chile, Colombia, Uruguay, Brasil, Argentina y Venezuela (puesto 82 a nivel mundial) habiendo descendido una posición desde el año 2010; estos indicadores negativos no hacen más que reforzar la necesidad de mejorar y fortalecer las estrategias establecidas anteriormente con el objetivo de ascender en el mencionado ranking. (Decreto Supremo 081-2013-PCM, 2013)

Con el propósito de mejorar la política nacional de modernización de la gestión pública se acoge como objetivo específico: «Promover el gobierno electrónico a través del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) como soporte de los procesos de planificación, producción y gestión de las entidades públicas permitiendo a su vez consolidar propuestas de gobierno abierto» (Decreto Supremo 004-2013-PCM, 2013).

Si bien la normativa sobre la materia reconoce que «la infraestructura tecnológica del Perú todavía se encuentra en desventaja frente a otros países de la región, con niveles bajos de penetración de acceso a internet, telefonía celular y banda ancha», no es acertado manifestar que está en la percepción de los ciudadanos estimar al Estado como poco eficiente para satisfacer las necesidades de servicios de información (Decreto Supremo 081-2013-PCM, 2013). En distintos lugares del Perú, los ciudadanos tienen necesidades prioritarias de servicios básicos aún no satisfechas (como agua, desagüe, electricidad, entre otros) que hace ilusoria la idea de cotejar en las poblaciones las opiniones sobre el desempeño del Estado en la gestión para la prestación de los servicios de información.

Sobre la base del informe técnico de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los hogares del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), del mes de marzo de 2013, en la Política Nacional del Gobierno Electrónico se incorpora los siguientes datos:

La conectividad de internet de la población en zonas rurales es muy baja con valores cercanos al 11%, porcentaje que es muy diferente en la capital donde la conectividad llega al 62%. (...), la penetración de computadoras en los hogares es el 50% en Lima Metropolitana, el 33.1% en zonas urbanas (sin incluir Lima), y 4.3% en zonas rurales a diciembre de 2012. (...) La población peruana que accede a Internet lo realiza en mayor proporción a través de cabina públicas (45.7%), porcentaje menor en 7.6% al registrado en el año anterior (53.3%). (Decreto Supremo N° 081-2013-PCM, 2013).

Más reciente es el Informe Técnico N° 01, del mes marzo de 2015, que contiene las estadísticas de octubre, noviembre y diciembre de 2014 sobre las tecnologías de información y comunicación en los hogares:

De cada 100 hogares 31 tienen al menos una computadora; de estos el 97,3% son para uso exclusivo del hogar, es decir para actividades académicas, profesionales o de estudio, el 2,2% combina su uso para el hogar y el trabajo y el 0,5% lo usan exclusivamente para el trabajo. (...) El 47,1% de los hogares de Lima Metropolitana tienen servicio de Internet, el 20,7% del resto urbano y apenas el 1,4% de los hogares del área rural. (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, 2015, 5)

La estadística es concordante con lo manifestado por el Banco Interamericano de Desarrollo respecto a América Latina y el Caribe:

Los ciudadanos del país típico de ALC emplean Internet, por lo general, para obtener información y entablar comunicación. Los dos usos menos frecuentes son el comercio electrónico (compras u órdenes de bienes y servicios) y los servicios gubernamentales por vía informática (DIVISIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, 2010, 78).

XIII. EL PARTE NOTARIAL Y EL ASIENTO DE INSCRIPCIÓN CON FIRMA DIGITAL DENTRO DEL SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL (SID-SUNARP)

En materia de firma digital, primordialmente, se estableció la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269, 2000), así como su Reglamento (Decreto Supremo 052-2008-PCM); sin embargo, ese marco normativo no fue suficiente para utilizar la firma digital en el ámbito registral, y de esa manera, implementar el sistema de constitución de empresas en línea (*on line*). Fue necesario un Decreto Supremo que establezca expresamente que los «partes notariales» electrónicos firmados digitalmente, en el marco de la Infraestructura Oficial del Firma Electrónica (IOFE), es el instrumento legal con valor suficiente para la calificación e inscripción registral (Decreto Supremo 070-2011-PCM, 2011).

De acuerdo a lo revelado en la exposición de motivos del mencionado Decreto Supremo, la mención expresa al procedimiento de inscripción registral estaba justificada porque el servicio de constitución de empresas en línea (*on line*) repercute en la mejora del clima de negocios en el Perú.

Adviértase que la viabilidad en el uso de la firma digital en la relación notario-registro está circunscrita al «parte notarial» que consiste en la «transcripción íntegra del instrumento público notarial con la fe que da el Notario de su identidad con la matriz, la indicación de su fecha y con la constancia de encontrarse suscrito por los otorgantes y autorizado por él, (...), con la mención de la fecha en que lo expide» —artículo 85 del Decreto Legislativo del Notariado— (Decreto Legislativo 1049, 2008). En tal sentido, el Decreto Supremo omitió la mención expresa al uso de la firma digital del Notario y de quienes comparecen o intervienen en los instrumentos públicos notariales (escrituras públicas y actas).

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 007-2014-JUS, se encarga a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos la administración del Sistema de Constitución de Empresas en Línea como el sistema oficial para la constitución de empresas con alcance nacional. El propósito de trasladar la administración de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI) a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) fue concretar el uso de la firma digital para eliminar del procedimiento la presentación del «parte notarial» en soporte físico o papel (documento analógico) en el Registro de Personas Jurídicas.

En ese contexto, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos implementa la plataforma de servicios denominada «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) para utilizarla en el procedimiento de inscripción registral. Específicamente, la plataforma de servicios permite la presentación electrónica del «parte notarial» con firma digital que contenga la constitución de la micro o pequeña empresa para la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, en principio, delimitado a la Oficina Registral de Lima.

La plataforma informática cumple las disposiciones legales de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE): es un sistema confiable con uso de *software* de firma digital acreditado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI), que genera firmas digitales y proporciona niveles de seguridad sobre: a) la integridad de los mensajes de datos y documentos electrónicos, y b) la identidad de su autor; de conformidad con las guías de acreditación aprobadas por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales —Resolución 030-2008-CRT-INDECOPI— (Resolución núm. 234-2014-SUNARP/SN, 2014).

En el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE), la firma digital requiere los siguientes componentes:

En primer lugar, el certificado digital emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) en calidad de entidad de certificación nacional para la Administración Pública (Decreto Supremo 052-2008-PCM, 2008). Emplea la infraestructura de clave pública (o tecnología

Public Key Infrastructure - PKI) sustentada en la tecnología de criptografía asimétrica para garantizar la seguridad y autenticidad del documento firmado digitalmente. De esa manera, los notarios y los registradores obtienen la identidad digital.

En segundo lugar, utiliza un *software* de generación de firma digital acreditado en Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI) y, por lo tanto, la aplicación antes de realizar el proceso de firma digital debe:

- a) Constatar que el certificado digital sirva para el fin especificado (firma digital, autenticación o cifrado).
- b) Constatar la validez del certificado —su vigencia— antes de proceder a la firma digital (mediante el mecanismo *Certificatd Revocation List* - CRL).
- c) Constatar la acreditación del certificado digital, esto es, que la entidad certificadora (RENIEC) se encuentre acreditada ante el INDECOPI (mediante uso de la *Trust Service Status List* - TSL ETSI TS102.231).

La aplicación almacena los resultados de las constataciones a), b) y c) que anteceden en los campos respectivos y los incluye como extensiones del documento, firmándolos digitalmente como parte del documento principal.

Cuando estas validaciones son satisfactorias, se realiza el proceso de firma digital, y adicionalmente, el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) agrega la hora y fecha cierta conforme al estándar *Time Stamping RFC 3628* y el *Time-Stamp Protocol (TSP) RFC 3161*. (INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, 2008).

Cabe precisar que, la aplicación de *software* de firma digital utilizado en el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) no incorpora los siguientes datos: la razón por la que se firma el documento, la declaración de la ubicación física del firmante, un comentario (campo adicional), y la rúbrica digitalizada de la firma manuscrita.

Asimismo, el *software* de generación de firma digital tiene las funciones internas necesarias (librerías, por ejemplo: os, dll, ocx, u otros) para que la aplicación pueda operar en un medio en el cual existen otras aplicaciones externas o servicios que proveen dichas funciones, así como niveles de seguridad de la aplicación mediante el uso de módulos criptográficos evaluados por el FIPS 140-2. Las siglas FIPS corresponden a la *Federal Information Processing Standards* y el acrónimo FIPS 140-2 al documento del Instituto Nacional de Estándares y Tecnología sobre requerimientos de seguridad para Módulos de Cifrado. (INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, 2008).

En tercer lugar, un sistema de intermediación digital para generar documentos con firma digital. En la plataforma del «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) son generados los siguientes documentos con firma digital:

- a) En el ámbito notarial: El «parte notarial» de la escritura pública de constitución de la micro y pequeña empresa, el «parte notarial» de la escritura pública aclaratoria de constitución de la micro y pequeña empresa, el escrito del Notario dirigido al Registrador (por ejemplo, la solicitud de desistimiento), así como los documentos necesarios para subsanar la observación del Registrador.
- b) En el ámbito del registro: La esquila de observación, la esquila de liquidación, la esquila de tacha, la anotación de inscripción del título, el cargo electrónico de recepción de la solicitud del notario y el asiento de inscripción de la constitución de empresa (concretamente, de la micro y pequeña empresa).

Como usuarios del «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP), el notario y el registrador son autenticados por los siguientes mecanismos:

- a) Para el Notario se utiliza un (1) factor de autenticación.- Uso del certificado digital emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y la contraseña de acceso a la clave privada).
- b) Para el Registrador se utilizan dos (2) factores de autenticación.- Uso del lector biométrico de huella dactilar cuando ingresa a la computadora y, para la generación del asiento de inscripción, uso del certificado digital emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), la contraseña de acceso a la clave privada, así como el lector biométrico de huella dactilar.

En general, otras funcionalidades del «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) son las siguientes: permite la recepción de los archivos electrónicos por la Internet; proporciona conexión de transacciones seguras (certificado *Secure Socket Layer* - SSL) y soporte para certificados digitales; el procesamiento de los documentos se realiza *on line*; genera acuse de recibo y de entrega de los documentos con firma digital; el documento electrónico de la extensión PDF es el firmado digitalmente y se adjunta un enlace al correo electrónico del destinatario; realiza control de acceso a los usuarios del sistema; los documentos con firma digital pueden ser verificados *on line*.

Finalmente, la infraestructura de *hardware* y *software* del «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) se encuentra estandarizada y está conformada por el *software* de firma digital marca BIT4ID y los equipos *HSM Network Appliance*, modelo *SmartSEC 1000*, marca BIT4ID (Resolución 303-2015-SUNARP/SN, 2015).

1. LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA (ON LINE) DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA EN EL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP): FASE CIUDADANO – FASE NOTARIO

En el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) también se ha implementado funcionalidades para la relación entre el ciudadano y el Notario, es decir, funcionalidades que corresponden a actuaciones previas al otorgamiento de la escritura pública de constitución de una micro o pequeña empresa.

Las etapas de ese procedimiento son resumidas de la siguiente manera (Resolución 234-2014-SUNARP/SN, 2014):

En la fase ciudadano-notario, el ciudadano se registra en el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) para incorporar los datos que sirvan de identificación, así como crear un usuario y contraseña que le permita acceder al «módulo ciudadano».

El «módulo ciudadano» permite el ingreso de información del acto de constitución de empresa a través de campos estructurados. El ciudadano elige el oficio notarial donde acudirá a suscribir (firma manuscrita) la escritura pública, el tipo de sociedad (por ejemplo, sociedad anónima, sociedad anónima cerrada, empresa individual de responsabilidad limitada), la denominación social salvo que haya obtenido la reserva de preferencia registral de nombre, denominación o razón social (opcional), el objeto social, el capital social, los representantes, los aportes, entre otros.

La información consignada por el ciudadano permite en el sistema generar un formato de estatuto dentro de los cinco (5) modelos habilitados en el sistema: sociedad anónima, sociedad anónima cerrada (con directorio), sociedad anónima cerrada (sin directorio), sociedad comercial de responsabilidad limitada, y empresa individual de responsabilidad limitada.

El ciudadano envía electrónicamente el formato de estatuto al Notario que eligió dentro de las opciones que aparece en el módulo, y de esa manera, posteriormente se dirigirá al oficio notarial para formalizar el acto de constitución de empresa en una escritura pública. Dicho instrumento público no requiere de minuta (autorizada por letrado), porque el Decreto Legislativo del Notariado lo ha excluido expresamente si el acto es la constitución de una micro o pequeña empresa —inciso i) del artículo 58— (Decreto Legislativo 1049, 2008).

En la fase ciudadano-notario, el «módulo notario» permite recibir electrónicamente la solicitud del ciudadano con el formato de estatuto. Dichos documentos electrónicos aparecen en la bandeja de entrada de solicitudes para ser atendidos por el Notario.

El ciudadano debe acudir al oficio notarial para suscribir (firma manuscrita) la escritura pública de constitución de la micro o pequeña empresa. Tiene el plazo de treinta (30) días calendario para suscribir la escritura pública de constitución de empresa, de lo contrario, corresponderá la baja de la solicitud enviada al notario (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, s/a).

Una vez concluido el proceso de firmas (manuscritas) de la escritura pública, el Notario elabora el proyecto de «parte notarial» en formato PDF y determina el monto de los derechos registrales a pagar por la inscripción de la constitución de empresa en el Registro.

2. EL ACTO DE RESERVA DE PREFERENCIA REGISTRAL DE DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL DE LA EMPRESA ANTE EL REGISTRO

Cabe precisar que, en la fase ciudadano-notario, el ciudadano necesariamente debe decidir cuál será la denominación o razón social de la empresa que desea constituir a fin que conste en el formato de estatuto generado en el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP).

Para prevenir que el ciudadano elija una denominación o razón social que está registrada, puede utilizar el servicio gratuito denominado «Directorio Nacional de Personas Jurídicas» que contiene información referencial del Índice Nacional del Registro de Personas Jurídicas y comprende, entre otros, al Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral de Nombre, denominación o razón social (Resolución núm. 075-2009-SUNARP/SN, 2009). La información contenida en el mencionado Directorio puede ser consultada en la Internet mediante la siguiente dirección URL: https://www.sunarp.gob.pe/RelacionS_01.asp

En cuanto al Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral es necesario saber que está conformado por las solicitudes de inscripción de constitución de personas jurídicas o de modificación de pacto social o estatuto por cambio de nombre, denominación o razón social; las solicitudes de Reserva de Preferencia Registral de Nombre, Denominación o Razón Social; y las Reservas de Preferencia Registral concedidas (Decreto Supremo 002-96-JUS, 1996).

Esta consulta al «Directorio Nacional de Personas Jurídicas» solamente tiene carácter referencial, y por tal motivo, es recomendable solicitar la reserva de preferencia registral de nombre de persona jurídica: Cuando el ciudadano pide la reserva de preferencia registral del nombre, denominación o razón social de la persona jurídica (en línea o acudiendo a la Oficina Registral), el Registrador debe verificar en el Índice Nacional de Personas Jurídicas si ya existe la denominación o razón social objeto de la reserva para impedir que se adopten otras iguales (se excluye el tipo de persona jurídica para determinar si existe igualdad).

En resumen, una vez elegida la denominación o razón social de la empresa que desea constituir, el ciudadano tiene las siguientes opciones:

a) Antes de utilizar el «módulo ciudadano», puede acceder al Servicio de Publicidad en Línea (SPRL) para iniciar el procedimiento de solicitud de reserva de preferencia registral de nombre de persona jurídica con la finalidad de obtener el pronunciamiento favorable del Registro sobre la denominación o razón social elegida (tiene hasta cinco opciones de denominación o razón social para consultar).

Se accede en la siguiente dirección URL: <https://enlinea.sunarp.gob.pe/sunarpweb/pages/acceso/frmReservaNombre.faces>

b) Antes de utilizar el «módulo ciudadano», puede acudir a la Oficina Registral para iniciar el procedimiento de solicitud de reserva de preferencia registral de nombre de persona jurídica con la finalidad de obtener el pronunciamiento favorable del Registro sobre la denominación o razón social elegida (en este caso la solicitud es presencial y solo tiene hasta tres opciones de denominación o razón social para consultar).

c) No utilizar el procedimiento de solicitud de reserva de preferencia registral de nombre de persona jurídica y completar directamente en el «módulo ciudadano» la denominación o razón social elegida. El inconveniente es la eventual denegatoria de inscripción que puede formular el Registrador cuando efectúe la calificación del acto de constitución de empresa, porque la denominación o razón social es utilizada por otra persona jurídica.

3. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA EN EL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP): FASE NOTARIO – FASE REGISTRO

Las etapas del procedimiento de inscripción de la constitución en línea (*on line*) de la micro o pequeña empresa en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima son resumidas de la siguiente manera (Resolución 234-2014-SUNARP/SN, 2014):

En el «módulo notario», el notario genera el «parte notarial», firma digitalmente, paga los derechos registrales y lo envía al domicilio electrónico de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Adicionalmente, en el momento que el notario efectúa la acción de enviar el «parte notarial» con firma digital es generada de manera automatizada la solicitud de inscripción al Registro de Personas Jurídicas. Por consiguiente, el Notario envía la siguiente documentación: la solicitud de inscripción y el «parte notarial» con firma digital.

Cuando el domicilio electrónico de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos recibe la solicitud con el «parte notarial» firmado digitalmente, el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) genera el cargo electrónico denominado «Cargo de recepción de solicitud de notario» que contiene: la fecha y hora de recepción de la solicitud de inscripción y el «parte notarial» con firma digital, el número de la hoja de presentación y el acto que se solicita inscribir.

La generación del asiento de presentación del título en el diario de la Oficina Registral es efectuada conforme a la hora de ingreso, si está dentro del horario laborable. En caso el Notario envíe en día inhábil o después de culminar el horario de atención de la Oficina Registral, el asiento de presentación será generado en la primera hora de atención del día hábil siguiente.

Una vez que en el diario de la Oficina Registral es extendido el asiento de presentación del título, el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) efectúa de manera automatizada la notificación en los correos electrónicos del Notario y el ciudadano con el detalle del número, fecha y hora del título, así como la Oficina Registral.

El título es calificado por el Registrador, quien puede formular observación (por defecto subsanable), liquidación para el pago de un mayor derecho registral, tacha sustantiva (por defecto insubsanable) o generar el asiento de inscripción de la constitución de empresa con su respectiva anotación de inscripción que se incorpora en el título para ser conservado en el archivo registral.

Cualquiera que fuera el resultado de la calificación registral, el documento que contiene el pronunciamiento del Registrador siempre es generado con firma digital, sin perjuicio de firmar también de manera electrónica utilizando el lector biométrico de huella dactilar. En general, el pronunciamiento del Registrador es comunicado a los correos electrónicos del Notario y del ciudadano, quienes pueden descargar en un enlace los archivos respectivos.

Cuando la calificación registral es favorable a la inscripción de la constitución de la micro o pequeña empresa, conjuntamente con el asiento de inscripción en la partida del Registro de Personas Jurídicas se genera de forma automatizada el número del Registro Único del Contribuyente (RUC) vinculado al régimen tributario de la empresa constituida. Para obtener esa información, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanera (SUNAT) utilizan la Plataforma de Interoperabilidad del Estado (PIDE) que es el medio usado por las distintas entidades de la Administración Pública con la finalidad de realizar intercambio electrónico de datos (Decreto Supremo 083-2011-PCM, 2011).

Concretamente, si la calificación es positiva, el ciudadano recibe un correo electrónico para acceder a los enlaces que permitan la visualización y descarga de la constancia de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la empresa, el asiento de inscripción de la constitución de la micro o pequeña empresa en el Registro de Personas Jurídicas y la anotación de inscripción respectiva (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, s/a).

XIV. AMPLIACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA (ON LINE) DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA A TRAVÉS DEL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP) EN TODAS LAS OFICINA REGISTRALES DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

A partir del 12 de agosto de 2015, la inscripción de la constitución en línea (*on line*) de la micro y pequeña empresa a través del «Sistema de Intermedia-

ción Digital» (SID-SUNARP) se amplió de la Oficina Registral de Lima a los Registros de Personas Jurídicas de las demás Oficinas Registrales que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos (Resolución 179-2015-SUNARP/SN, 2015).

De esa manera, se cumple la agenda de competitividad (años 2014-2018) elaborada por el Consejo Nacional de Competitividad, vinculada con optimizar los procedimientos administrativos relacionados con la apertura de un negocio. En el caso concreto, el plazo era el año 2015 para ampliar la cobertura del sistema de constitución de empresas en línea (*on line*) en el Registro de Personas Jurídicas de todas las Oficinas Registrales del territorio nacional (CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD, 2014).

En la actualidad, el procedimiento de inscripción de constitución de empresas puede seguirse por las siguientes vías: cuando se trate de micro y pequeña empresa es posible utilizar las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) o mantener la tramitación con documentos en soporte físico o papel, y para las demás personas jurídicas, continúa en vigor la presentación y tramitación de los documentos en soporte físico o papel.

XV. PRESENTACIÓN DE PARTES NOTARIALES CON FIRMA DIGITAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE PODER A TRAVÉS DEL «SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL» (SID-SUNARP) EN TODAS LAS OFICINAS REGISTRALES DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

Los incidentes de falsificación de instrumentos públicos notariales de otorgamiento de poderes de personas naturales, indujo que —a partir del 12 de agosto de 2015— se implemente en el «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) la presentación de «partes notariales» con firma digital de la escritura pública de otorgamiento de poder de una persona natural en el Registro de Personas Naturales (concretamente, en el Registro de Mandatos y Poderes) de todas las Oficinas Registrales del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Resolución 179-2015-SUNARP/SN, 2015).

Sin embargo, la presentación de «partes notariales» con firma digital en el Registro de Mandatos y Poderes no tuvo la repercusión esperada en la medida que los notarios no solicitaban la suscripción al «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) para utilizar la firma digital.

Las razones son diversas: el Notario requiere del certificado digital que debe proporcionar el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), empero las oficinas de identidad digital de dicha entidad no están totalmente descentralizadas, porque no tiene presencia en todos los departamentos del país; la infraestructura tecnológica de los oficios notariales en distintas ciudades de

provincias son incipientes; las dificultades para acceder a la Internet en los departamentos de la sierra y la selva peruana repercute en los oficios notariales (por ejemplo, en zonas de la sierra se utiliza microondas y en zonas de la selva se utiliza satélite); entre otras.

XVI. EL DECRETO LEGISLATIVO 1232 QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO DEL NOTARIADO (DECRETO LEGISLATIVO 1049)

Mediante la Ley 30336 (2015) el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar para «optimizar el sistema nacional de los registros públicos, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, previniendo la comisión de fraudes y la afectación de derechos de terceros», entre otras materias.

En virtud de dicha delegación, el 26 de setiembre de 2015 se publica en el diario oficial «El Peruano» el Decreto Legislativo 1232 que modifica diversos artículos y Disposiciones Complementarias y Finales del Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo 1049, 2008). En la parte considerativa del Decreto Legislativo 1232 está la justificación para modificar diversas disposiciones normativas vinculadas a la materia notarial:

(...), al haberse detectado modalidades de fraude a través de la falsificación documentaria o suplantación de identidad en determinados procedimientos notariales, resulta necesario mejorar los mecanismos de control en la expedición de instrumentos públicos notariales protocolares y extra protocolares, más aún cuando sean materia de inscripción registral [...] la referencia al notariado en cuanto a la optimización del sistema registral es necesario, al advertir en los últimos años el incremento de organizaciones criminales que buscan apropiarse de predios a través del Registro, recurren a la fabricación, adulteración o creación de documentos que inducen al Notario a expedir un instrumento público notarial para otorgar un derecho que el titular nunca consintió.

En ese contexto, se incorpora la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final en el Decreto Legislativo del Notariado con el siguiente texto:

A partir del primero de febrero de 2016, los partes notariales que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima de la Zona Registral núm. IX – Sede Lima, se expedirán en formato digital utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia, y se presentarán a través de la plataforma informática administrada por la

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP. Para estos efectos, la oficina registral de Lima de la Zona Registral núm. IX – Sede Lima no admitirá, bajo responsabilidad, la presentación del parte notarial en soporte papel a partir de la entrada en vigencia de la presente disposición. Mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos se determinará la obligación de presentar los partes notariales utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales para actos inscribibles en otros registros, así como en las Zonas Registrales correspondientes (Decreto Legislativo 1232, 2015).

Estas disposiciones normativas están dirigidas al Notario y al Registro: de un lado, el Notario que expida partes notariales de escrituras públicas que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima debe usar la firma digital en la plataforma del «Sistema de Intermediación Digital» (SID-SUNARP); y de otro lado, establece que los servidores del diario correspondiente a la Oficina Registral de Lima no permitan el ingreso del «parte notarial» en soporte físico o papel (analógico) de escrituras públicas que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes.

Si por alguna deficiencia en el diario ingresa un «parte notarial» en soporte físico o papel (analógico) en contravención de la norma, corresponde al Registrador formular la eschela por defecto insubsanable.

No debe olvidarse que, el Notario solo expide el «parte notarial» cuando se trata de instrumentos públicos notariales que tienen matricidad (art. 85 del Decreto Legislativo del Notariado) y, conforme a la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final comentada, debe utilizar la firma digital. Por tanto, no todos documentos notariales que contenga un acto inscribible en el Registro de Mandatos y Poderes deben tener la firma digital. A manera de ejemplo, no requiere de firma digital del notario: el oficio del Notario que solicita la anotación preventiva de sucesión intestada notarial del causante que otorgo poder y consta inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes, las solicitudes de inscripción que contengan instrumentos públicos extraprotocolares, las solicitudes de rectificación de oficio del asiento registral de la partida del Registro de Mandatos y Poderes solicitadas por los usuarios sobre la base de la información contenida en el título archivado.

Es importante tener presente que ha quedado en el ámbito de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) disponer la obligación que en los Registros que administra se presenten «partes notariales» utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales en las distintas Oficinas Registrales del territorio nacional.

Aunque no excluye la presentación en soporte papel, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) ha dispuesto la alternativa de presentar al Registro partes notariales con la tecnología de firmas y certificados digitales en el acto de compraventa de vehículo a inscribirse en el Registro de

Propiedad Vehicular de la Oficina Registral de Lima —a partir del 15 de febrero de 2016— (Resolución 033-2016-SUNARP-SN), así como en el acto de compraventa de predio a inscribirse en el Registro de Predios de la Oficina Registral de Lima —a partir del 18 de marzo de 2016— (Resolución 068-2016-SUNARP-SN). En definitiva, dentro del marco del gobierno electrónico, la ampliación de actos inscribibles para el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) permitirá de manera progresiva incrementar la prestación de servicios a los ciudadanos en los que no se requiera documentos en soporte papel ni el traslado de las personas a las Oficinas Registrales.

CONCLUSIONES

I. El Sistema Nacional de los Registros Públicos, creado por la Ley 26366, es un sistema funcional previsto en el Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, que garantiza «la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro». Esta garantía es un principio implícito y tiene jerarquía axiológica (valorativa) cuando se relaciona con las reglas de presunción de cognoscibilidad, la legitimación registral, la oponibilidad y la fe pública registral establecidas en el Código Civil peruano de 1984.

II. En cuanto a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), en el Sistema Nacional de los Registros Públicos se utilizan, dependiendo del Registro, varios *software* para el procedimiento de inscripción registral; sin embargo, fueron adecuados para extender el asiento de inscripción, y en general el asiento registral, con la firma electrónica del Registrador.

III. La evolución tecnológica de la partida registral ha pasado del soporte físico o papel (legajo), de cartulina (ficha registral) al soporte electrónico (con firma electrónica en todos los Registros y, recientemente, con firma digital).

IV. A partir del mes de octubre del año 2014, el Registrador extiende el asiento de inscripción con firma digital en el procedimiento de constitución de empresas en línea (*on line*), concretamente, de la micro y pequeña empresa. La plataforma en la que se utiliza la firma digital se denomina «Servicio de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) y es administrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

V. La plataforma del «Servicio de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) también es utilizada por el Notario para la firma digital del parte notarial de constitución de la persona jurídica (micro y pequeña empresa) y envío electrónico al Registro de Personas Jurídicas.

VI. Para la inscripción del poder en el Registro de Mandatos y Poderes del Registro en la Oficina Registral de Lima, el Notario de manera obligatoria debe utilizar la plataforma del «Servicio de Intermediación Digital» (SID-SUNARP) para firmar digitalmente el parte notarial y enviarlo electrónicamente al Registro.

VII. El uso de la firma digital por parte del Registrador y el Notario se efectúa en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (IOFE): el certificado de firma digital emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), el *software* de generación de firma digital acreditado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI) y el sistema de intermediación digital.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTERINI, J. H. (2012). La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral. *Derecho notarial, registral e inmobiliario, IV, Primera edición*. (J. H. ALTERINI, Ed.) Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2010). *Derecho Inmobiliario Registral* (Tercera edición, primera en el Perú ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- ARATA SOLÍS, M. (2005). Comentario al artículo 2022 del Código Civil. *Código Civil comentado, IX*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- BIANCA, C. M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. (F. Hinestrosa y E. Cortés, Trans.) Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BIGIO CHREM, J. (1998). *Exposición de motivos oficial del Código Civil. Hipoteca, Pago, Derecho de Retracto, Registros Públicos*. Lima, Perú: Cultural Cuzco S.A.
- BIGLIAZZI GERI, L., Breccia, U., Busnelli, F., & Natoli, U. (1995). *Derecho civil. Hechos y Actos Jurídicos* (Vols. I, Volumen 2). (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CABANELLAS DE TORRES, G., & CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2001). *Diccionario jurídico elemental* (Décimo quinta ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- CÁRDENAS QUIRÓS, C. (Noviembre de 2014). Testimonio de una gestión. *Fuero Registral, Volumen 12*, 13-41.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (Tercera ed.). Lima, Perú: Palestra.
- CHICO Y ORTIZ, J. M. (1994a). *Estudio sobre derecho hipotecario* (Tercera edición ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- (1994b). *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*. Madrid, España: Marcial Pons.
- COMANDUCCI, P. (2010). *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*. Lima, Perú: Ara Editores.
- CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD (2014). *Agenda de Competitividad 2014-2018. Rumbo al Bicentenario*. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. (2015). Sentencia del Pleno Casatorio. Casación núm. 3671-2014-LIMA. Separata especial de Jurisprudencia, pp. 7336-7361. Diario oficial «El Peruano» del 7 de diciembre de 2015.
- DIVISIÓN DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. (2010). *Inter-American Development Bank*. Recuperado el 8 de febrero de 2016, de <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/08300.pdf>

- DROMI, R. (2005). *Derecho Administrativo* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.
- EHRENBERG, V. (2003). *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. (A. Pau Pedron, Trad.) Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- ESPINOZA RIVERA, H. (Junio de 2011). Normatividad aplicada a la firma electrónica. *Fuero Registral* (Número 7), 53-72.
- FERRATER MORA, J. (2007). *Diccionario de filosofía abreviado* (Vigésimo Octava ed.). Buenos Aires, Argentina: Debolsillo.
- GALGANO, F. (2011). *Le inside del linguaggio giuridico: saggio sulle metafore nel diritto*. (Edizione e-book). Bologna, Italia: Il Mulino.
- GONZALES BARRON, G. (2011). *Código Civil y reforma. Libros V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos)*. Lima: Jurista Editores.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2010). *El principio de fe pública registral*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (Segunda ed.). (S. Alvarez Medina, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUZMÁN FERRER, F. (1977). *Código Civil. Antecedentes. Concordancias. Exposición de Motivos. Comentarios, doctrina. Jurisprudencia* (Tercera edición no oficial, vol. III). Lima: s/e.
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. (s.f.). *Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial*. Recuperado el 30 de enero de 2016, de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/99221/224510/GuiaAcreditacionSoftFirmasDig.pdf/ad9eb2d9-771f-4e52-ad14-bb05a3deb166>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. (Marzo de 2015). *INEI*. Recuperado el 08 de febrero de 2016, de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-tecnico_tecnologias-informacion-oct-nov-dic2014.pdf
- LÓPEZ MENDEL, J. (s/a). *Teoría del Registro de la Propiedad como Servicio Público* (Tercera edición reimpresa). España: Centro de Estudios Registrales.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. (2000). *Compendio de legislación registral* (Segunda edición oficial). Lima, Perú: Editora Perú.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1989). Observaciones en torno a la buena fe. *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia, España: Universidad de Murcia.
- NUSSBAUM, A. (1929). *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán* (Primera edición ed.). (W. Rocas, Trad.) Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- OLAECHEA, M. P. (1993). Hacia un nuevo Código Civil. La Constitución de 1993 y la deficiencia del Código Civil de 1984 lo exigen. *Estudio Olaechea 1878-1978*. Perú.
- OROPEZA BARBOSA, A. (1995). *Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revjurdp/cont/2/art/art3.pdf>
- PAU PEDRÓN, A. (2001). *La publicidad registral*. Madrid, España: Centro de Estudios Registrales.
- (2003). *Elementos de derecho hipotecario* (Segunda ed.). Madrid, España: Universidad Pontificia Comillas.

- PAU, A. (2004). *La prioridad registral: un nuevo enfoque*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PERLINGIERI, G. (2010). *Codice Civile. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro Sesto. Della tutela dei diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PRÍES PICARDO, A. (1997). *Sobre la fe pública mercantil*. Madrid: Editorial Civitas.
- PUGLIATI, S. (1957). *La trascrizione* (Vol. I, Tomo I). Milano, Italia: Dott. A. Giuffrè Editore.
- ROCA SASTRE, R. M. (1954). *Derecho Hipotecario. Registro de la Propiedad* (vol. I). Barcelona: Bosch.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (2005). *Memoria Institucional 2002-2004*. Sunarp. Lima: Sunarp.
- (s/a). *Memoria Institucional 2007*. Lima: Sunarp.
- (s.f.). *Superintendencia Nacional de los Registros Públicos*. Recuperado el 16 de enero de 2016, de www.rpu.sunarp.gob.pe/paginas/memoria_2001
- (s.f.). *Superintendencia Nacional de los Registros Públicos*. Recuperado el 30 de enero de 2016, de https://sid.sunarp.gob.pe/sid/recursos/Requisitos/requisitos_para_el_cumplimiento.pdf
- TARUFFO, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. (B. Quintero, Trad.) Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2003). *Tribunal Constitucional*. Recuperado el 13 de febrero de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>
- VIVAR MORALES, E. y VELANDIA SÁNCHEZ, C. (1999). Modernización del sistema registral peruano y venezolano: balance y perspectivas. *Derecho-PUC* (Núm. 52), 855-881.
- WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H., & EICKMANN, D. (1998). *Derecho reales* (Sétima edición ed., vol. volumen I). (A. Cañizares Laso, J. M. Miquel Gonzáles, J. M. Rodríguez Tapia y B. Rodríguez-Rosado, Trans.) Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado.
- (2005). *Derechos Reales* (Sétima edición ed., vol. II). (A. Cañizares Laso, J. M. Miquel Gonzáles, J. M. Rodríguez Tapia y B. Rodríguez-Rosado, Trans.) Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Promulgan el Código Civil aprobado por la Comisión Revisora creada por la Ley 23403 (Decreto Legislativo 295, 1984, 24 de julio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 1984, 25 de julio.

Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366, 1994, 14 de octubre). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 1994, 16 de octubre.

Ley de Promoción de Acceso a la Propiedad Formal (Decreto Legislativo 803, 1996, 15 de marzo). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 1996, 22 de marzo.

Decreto Supremo que crea el Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral de Nombre, Denominación o Razón Social (Decreto Supremo 02-96-

JUS, 1996, 10 de junio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 1996, 11 de junio.

Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269, 2000, 26 de mayo). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2000, 28 de mayo.

Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado (Ley 27658, 2002, 17 de enero). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2002, 30 enero.

Ley que crea el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 27755, 2002, 14 de junio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2002, 15 de junio.

Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y establece normas aplicables al procedimiento registral en virtud del Decreto Legislativo núm. 681 y ampliatorias (Decreto Supremo 070-2011-PCM, 2011, 26 de julio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2011, 27 de julio.

Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública (Decreto Supremo 004-2013-PCM, 2013, 8 de enero). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2013, 9 de enero.

Decreto Supremo mediante el cual se aprueba la Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013-2017 (Decreto Supremo 081-2013-PCM, 2013, 9 de julio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2013, 10 de julio.

Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 30065, 2013, 12 de julio). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2013, 13 de julio.

Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial (Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, 2013, 27 de diciembre). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2013, 28 de diciembre.

Designan a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP como la entidad responsable de administrar el Sistema de Constitución de Empresas en Línea (Decreto Supremo 007-2014-JUS, 2014, 12 de septiembre). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2014, 13 de septiembre.

Decreto Legislativo que modifica diversos artículos y Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo 1232, 2015, 25 de setiembre). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2015, 26 setiembre.

Decreto Supremo que aprueba medidas para el fortalecimiento de la infraestructura oficial de firma electrónica y la implementación progresiva de la firma digital en el Sector Público y Privado (Decreto Supremo 026-2016-PCM, 2016, 28 de abril). *Normas Legales del Diario Oficial «El Peruano»*, 2016, 29 abril.

RESOLUCIONES DE LA SUNARP

- Resolución núm. 124-97-SUNARP, del 15 de agosto de 1997.
- Resolución núm. 011-97-SUNARP/GG, del 30 de setiembre de 1997.
- Resolución núm. 096-2001-SUNARP/SN, del 6 de abril de 2001.
- Resolución núm. 245-2004-SUNARP-SN, del 7 de junio de 2004.
- Resolución núm. 075-2009-SUNARP/SN, del 25 de marzo de 2009.
- Resolución núm. 038-2013-SUNARP-SN, del 15 de febrero de 2013.
- Resolución núm. 085-2013-SUNARP/SN, del 25 de abril de 2013.
- Resolución núm. 234-2014-SUNARP/SN, del 17 de setiembre de 2014.
- Resolución núm. 064-2015-SUNARP-SN, del 23 de marzo de 2015.
- Resolución núm. 179-2015-SUNARP/SN, del 10 de julio de 2015.
- Resolución núm. 281-2015-SUNARP-SN, del 30 de octubre de 2015.
- Resolución núm. 303-2015-SUNARP/SN, del 25 de noviembre de 2015.
- Resolución núm. 033-2016-SUNARP/SN, del 11 de febrero de 2016.
- Resolución núm. 068-2016-SUNARP/SN, del 10 de marzo de 2016.

NOTAS

¹ Cfr.: artículo 1 de la Ley 26366, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 16 de octubre de 1994. Cabe precisar que, antes de la mencionada Ley la administración de los Registros Públicos no estaba centralizada en un ente con alcance nacional, sino en distintas administraciones con autonomía presupuestal y organizativa. Además, los distintos Registros tenían sus propias bases de datos circunscritas a un determinado ámbito territorial que, en realidad, dificulta considerar —como lo sostiene el legislador— que ya existía la «unidad» y «coherencia» para pensar en su «preservación». Incluso hoy esta herencia todavía es un escollo.

² Cfr.: artículos 6 y 23 de la Ley 26366, modificada por la Ley 30065.

³ Cfr.: artículos 3 y 4 del nuevo Reglamento de Acceso a la Función Registral dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos Aprobado por Resolución 064-2015-SUNARP-SN, del 23 de marzo de 2015. De forma similar, también lo contemplaba el anterior Reglamento de Acceso a la Función Registral dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Resolución 415-2004-SUNARP-SN, del 29 de setiembre de 2004).

⁴ Cfr.: artículo 16 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, aprobado por Resolución 281-2015-SUNARP-SN, del 30 de octubre de 2015.

⁵ Las otras garantías son: la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales; la intangibilidad de contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme; y la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

⁶ El artículo 10 de la Ley 26366, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 16 de octubre de 1994, lo caracteriza como un «organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de Registros Públicos, con personería jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico registral, técnica, económica, financiera y administrativa; está comprendida en el volumen 05 del presupuesto del Sector Público. La Superintendencia tiene por objeto dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos estando encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Re-

gistros Públicos que integran el Sistema Nacional». Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, reconfigura el «organismo descentralizado» como «organismo público especializado» y concretamente, en el caso de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como «organismo técnico especializado» (art. 1 del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, aprobado por Decreto Supremo Núm. 012-2013-JUS, del 14 de octubre de 2013).

⁷ Cfr.: Artículo 2 de la Ley núm. 26366. Además, en la mencionada disposición legal de manera expresa señala que: «No están comprendidos en la presente ley los Registros Administrativos y los registros normados por las Decisiones núm. 291, núm. 344, núm. 345 y núm. 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena».

⁸ Es necesario precisar que el mismo legislador ha señalado que esta ficción legal tiene las siguientes excepciones: supuesto de retracto —artículo 1597 del Código Civil peruano de 1984— y los supuestos en donde las inscripciones son realizadas en lugares distintos de los determinados por la ley —artículos 2034 y 2038 del Código Civil peruano de 1984— (Bigio Chrem, 1998, pp. 191-192).

⁹ Cfr.: artículos 4 y 6 del Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, aprobado por Resolución núm. 281-2015-SUNARP-SN del 30 de octubre de 2015.

¹⁰ Asimismo, en la página 424 el autor concluye lo siguiente: «(...) *Così che l'atto, finchè rimane occulto, non può essere efficace di fronte ai terzi, poichè la sua efficacia erga omnes è subordinata (se non all'effettiva conoscenza, alla conoscibilità legale che consegue) all'attuazione regolare della pubblicità*».

¹¹ Fundamento 5 de la resolución del 30 de abril de 2003, expediente 0016-2002-AI/TC.

¹² Significado en su primera acepción conforme al Diccionario de la Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=oponer> (visitado el 26 de julio de 2014).

¹³ «Para oponer derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone». Es necesario señalar que existen antecedentes anteriores en el artículo 7 de la Ley del 02 de enero de 1888 y el artículo 3 de la Ley del 10 de enero de 1889.

¹⁴ Publicado en el diario oficial «El Peruano» el día lunes 7 de diciembre de 2015.

¹⁵ Cfr.: artículo 10 de la Ley 26366.

¹⁶ El texto normativo se ha mantenido en vigor a través de la siguiente sucesión normativa: originalmente, en el artículo 30 del Decreto Legislativo 1086, Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente; posteriormente abrogado por el Decreto Supremo 007-2008-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, para ser incorporado en el artículo 8; y finalmente, abrogado por el Decreto Supremo 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, para ser incorporado en el artículo 9.

*(Trabajo recibido el 23-8-2016 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 15-9-2016
(BOE 4-10-2016)
Registro de la Propiedad de Oliva

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: AMPLIACIÓN.

Estando ante un supuesto de ampliación de embargo y, por tanto, de modificación de la anotación inicial y no de una nueva anotación, ninguna dificultad existe en el presente expediente en que se expida la certificación y se haga constar por medio de nota marginal de la primera anotación de embargo, de tal modo que su ejecución determinará la cancelación de las cargas posteriores.

Resolución de 15-9-2016
(BOE 4-10-2016)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la LH.

La negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, indudablemente, de imposible acceso al Registro. En el caso de este expediente el documento presentado es un escrito en el que, bajo el argumento de la existencia de determinadas irregularidades, el interesado solicita no que se practique un asiento sino que se impida la futura inscripción de los documentos derivados de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta Dirección General ha señalado que en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Por lo tanto no cabe sino confirmar el defecto apreciado. A la misma conclusión se llega por aplicación de la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual en aras de la independencia del Registrador a la hora de emitir la calificación, es improcedente que se tomen en cuenta meros escritos que denuncien situaciones anormales de posibles títulos inscribibles, al igual que no pueden tenerse en cuenta hechos o situaciones de las que el Registrador pueda tener un conocimiento personal.

Resolución de 12-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Los claros términos del párrafo tercero del artículo 1 de la LH no dejan lugar a dudas en cuanto a que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, lo que constituye una manifestación del principio hipotecario de legitimación registral o de presunción de exactitud; esto supone, que los asientos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley, lo que se exalta en los artículos 38 y 39 de la LH. Por su parte, de lo establecido en el artículo 40.d) de la misma ley se deduce que la rectificación de una inexactitud como la que se pretende en la instancia objeto de la nota de calificación recurrida, solo podrá llevarse a efecto con el consentimiento del titular registral de la finca, o, en su defecto, por medio de la correspondiente resolución judicial dictada en un procedimiento declarativo seguido contra dicho titular.

Resolución de 12-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS SUBSANATORIOS. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES: ALCANCE.

Resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria

o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del Registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. En relación al segundo supuesto, si el recurrente aporta documentos subsanatorios tiene derecho a impugnar la nueva nota ya que en estos casos la pretensión del recurrente, como sucede aquí, versa no sobre la existencia del defecto cuya subsanación intenta —ya que, al hacerlo, está reconociendo implícitamente que existe—, sino sobre la legalidad y procedencia de la subsanación intentada y rechazada.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al Registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al RP) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, de la Comunidad Autónoma y los municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida. Es decir, no se prejuzga que el documento haya de pagar el impuesto, sino que corresponde decidirlo a la Oficina Liquidadora, que es la que calificará, a efectos de liquidación, lo que proceda, conforme a lo dispuesto en el artículo 254.1 de la LH, que se remite al pago de impuestos, solo «si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir», por lo que tal devengo o no, corresponde apreciarlo a la Oficina Liquidadora, que es la que decidirá si la solicitud de inscripción de exceso de cabida constituye o no un nuevo acto o contrato respecto a la escritura pública de compraventa anteriormente liquidada. Se trata del comienzo a instancia del interesado de un procedimiento de rectificación registral, que no conlleva acto traslativo alguno de derechos, ni negocio jurídico alguno, por lo que debe entenderse que es un claro supuesto de no sujeción ni al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ni al de Sucesiones y Donaciones.

Resolución de 12-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CAMBIO DE USO DE LA EDIFICACIÓN.

Este Centro Directivo ha afirmado (*Vid.* resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, incluso más recientemente, en la de 13 de mayo de 2016), que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra

nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, por lo que es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que actualmente vienen contemplados en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo y en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En conclusión, en la medida que, como ha quedado expuesto, la constatación registral del cambio de uso de un inmueble, es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. La aplicación del artículo 28.4, por otra parte, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, constituye un mecanismo que favorece su protección, pues practicada la inscripción, el Registrador ha de comunicar a la Administración su práctica, debiendo dejarse constancia en la nota de despacho y en la publicidad registral, en interés de eventuales terceros. Hechas estas consideraciones, procede resolver este expediente limitadamente al defecto objeto de impugnación, en el sentido de estimar las alegaciones del recurrente, en cuanto a la procedencia, en el presente caso, de la vía registral de acceso de edificaciones consolidadas por antigüedad, habida cuenta la acreditación por certificación técnica de una antigüedad superior a ocho años, conforme a la legislación balear, contados desde la terminación de las obras de reforma determinantes de la modificación de la obra inscrita.

Resolución de 13-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 16

ELEVACIÓN A PÚBLICO DE CONTRATO OTORGADO POR PERSONA FALLECIDA: ARTÍCULO 20.5 DE LA LH.

El artículo 20 de la LH en su apartado quinto dispone que «tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos: Primero. Cuando ratifiquen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por este» recogiendo este precepto una modalidad de tracto sucesivo, por cuanto requisito esencial para su aplicación es que se acredite por los otorgantes la cualidad de herederos del titular registral y para ello es requisito imprescindible que se aporte el certificado de defunción, el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad y el título sucesorio que resulte de este último.

Centrados en el supuesto de este expediente, en la escritura de elevación a público del contrato de compraventa, se expresan cuáles son los títulos por referencia a sus datos de Notario autorizante y fechas de autorización, pero no se aporta el título de la sucesión (el testamento), ni se aportan los certificados de defunción ni del Registro General de Actos de Última Voluntad en original o por testimonio (art. 78 del RH). No aportándose estos documentos no queda acreditado que quienes firman la escritura de elevación a público del contrato privado sean los herederos del titular registral, conforme al artículo 20.5 de la LH como anteriormente ha quedado dicho.

Resolución de 13-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Cieza, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, en este caso la posible procedencia o no de una cancelación ya practicada, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

Resolución de 13-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO.

Es objeto de este recurso resolver acerca de la necesidad de la previa inscripción en el Registro público de empresas prestamistas en relación al cesionario de un crédito garantizado con hipoteca, cuando tanto transmitente como adquirente en dicha operación no son entidades de crédito. El uso verificado por la Registradora consistente en la consulta al servicio colegial correspondiente, como ha tenido en consideración este Centro Directivo, incentivador de una correcta y completa evaluación del negocio presentado a calificación, ha revelado una cierta habitualidad del adquirente del préstamo en la operación de referencia, y esta circunstancia, apoya de manera suficiente la exigencia impuesta por el Registrador, al exigir la previa inscripción en el Registro de empresas prestamistas no financieras, aplicando de esta manera la normativa recogida en la Ley de 2009. Si bien el articulado de la Ley de 2009 parece recoger una aplicación solo a operaciones de concesión de préstamos créditos, ello se hace con la intención de proteger al prestatario a la hora de configurar la operación en sí, intentando advertir abusos o imposiciones en el clausulado del contrato, por lo que, en la operación de la posterior cesión del contrato (máxime cuando el mismo se hace a los pocos días de la firma del contrato original) no deben decaer todas esas previsiones de salvaguarda en favor del prestatario, que resultarían igualmente aplicables. La circunstancia de la facilidad que se confirió a la cesión del crédito hipotecario, sin necesidad de autorización, y ni siquiera notificación al deudor cedido, tal y como resulta de los artículos 149 y 150 de la LH apoyan que la protección al consumidor no debe relajarse en ningún caso, sino, antes por contrario, extremarse, y extenderse a todos los supuestos en los que su posición jurídica contractual más débil pueda verse afectada, tal y como ocurre en el caso aquí planteado.

En nada desvirtúa esta conclusión un acta de notoriedad realizada a instancia de la cesionaria doña S. M. B. y como única y exclusiva prueba la declaración de dos testigos, sin que se manifieste siquiera la relación de conocimiento que tienen con el requirente, con domicilio coincidente en el mismo edificio del des-

pacho Notarial y siendo uno de ellos, según se dice en la nota de calificación, administrador de la sociedad cedente. No se ha solicitado información de los Registros de la Propiedad, ni del Servicio Colegial de Intercomunicación entre los Registros, ni se ha notificado a los deudores, como terceros posibles afectados por el acta, lo que entra en contradicción con lo dispuesto en el citado artículo 209 del RN. Además, la cesionaria aparece como titular registral de otras garantías hipotecarias que aseguran la efectividad de otros tantos préstamos, todas ellas inscritas en distintos Registros de la Propiedad.

Resolución de 14-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Roses, número 1

DOMINO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: MARINAS INTERIORES.

Conviene comenzar precisando tres aspectos de la cuestión: 1.º) la naturaleza jurídica de las urbanizaciones marítimo-terrestres, en particular de la marina interior de Santa Margarita: Responde, por tanto, a la definición que de las marinas interiores ofrece el artículo 2 de la Ley de Puertos de Cataluña de 17 de abril de 1998 que las define como un conjunto de obras e instalaciones necesarias para comunicar permanentemente el mar territorial con terrenos interiores de propiedad privada o de la Administración Pública, a través de una red de canales, con la finalidad de permitir la navegación de las embarcaciones deportivas a pie de parcela, dentro del marco de una urbanización marítimo-terrestre; 2.º) la delimitación competencial normativa del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre tales marinas interiores, y 3.º) la legislación aplicable: Las competencias del Estado en relación con el dominio público y la protección del mismo, no impide que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus propias competencias en la gestión de las instalaciones portuarias, pues es reiterada la doctrina constitucional que establece que en el caso de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTS números 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994). El hecho de que la normativa autonómica en materia de puertos incluya como elementos de las marinas interiores la franja de servicio náutico adyacente a los canales (art. 94.c) de la Ley de puertos de Cataluña), no permite concluir que dicha previsión normativa desplaza la competencia que el Estado ostenta para delimitar el dominio público y las servidumbres sobre los espacios contiguos a este, pues es distribución competencial ha de realizarse de acuerdo con las previsiones del bloque de constitucionalidad tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional. Por otra parte, ese mismo precepto también incluye como uno de los elementos de la marina los canales interiores sin que por ellos se ponga en duda la competencia del Estado para delimitarlos como parte integrante del dominio público marítimo-terrestre. Esta conclusión sobre el reparto competencial permite ya fijar al marco normativo en que se desenvuelve la cuestión debatida en el presente expediente, integrada tanto por normas de carácter estatal, como por normas de carácter autonómico (*Vid.* disposiciones citadas en los «Vistos») que habrán de ser interpretadas conjuntamente atendiendo al esquema de distribución competencial indicado, en el que la delimitación del espacio físico que integra el dominio público marítimo-

terrestre corresponde al Estado, entendiendo dicha delimitación al tiempo como «*quaestio iuris*» y como «*quaestio facti*».

Los canales de la marina interior de Santa Margarita, y por tanto las fincas y amarres a que se refiere este expediente tenían desde su origen la calificación de dominio público. Asimismo, la Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña, tras definir en su artículo 2 la marina interior, y partiendo del carácter demanial de los canales y entrantes de parcela que formen parte de la misma, establece que la construcción, gestión y explotación de una marina interior requiere el correspondiente título concesional (art. 96.1), que los propietarios de las parcelas colindantes con la red de canales tienen un derecho preferente a la cesión del uso y disfrute de los puntos de amarre vinculados a tales parcelas (art. 97.2), que los contratos por los que se cede el uso y disfrute de lugares de amarre confieren un derecho de uso preferente, en los términos que establezca el Reglamento general de explotación y policía de los puertos de Cataluña (art. 60.3), y que el concesionario deberá inscribir la concesión en el RP, junto con el Reglamento de explotación y el régimen jurídico de la comunidad de usuarios de la marina interior, con indicación de los elementos en que se divide, incluyendo los puntos de amarre y la superficie de agua abrigada de cada una (art. 100.1).

La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla 2.^a dispone el modo de proceder del Registrador. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33). Esta previsión ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas de que han de disponer todos los Registradores, como elemento auxiliar de calificación, conforme al artículo 9.b) de la LH en su redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Se pretende que el Registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el Registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. En los casos en que todavía no esté disponible el uso de esta aplicación, el Registrador no podrá proceder conforme a lo previsto en la citada regla 2.a del artículo 36 del Reglamento General de Costas. Sin embargo, ello no sería exigible en los casos en los que resulte acreditada la determinación del dominio público y la no invasión del mismo según los asientos del Registro, bien por constar inscrito o por nota marginal el deslinde (como ocurre en este expediente) o bien por haberse acreditado la no invasión con ocasión de una transmisión anterior, sin que conste la modificación del deslinde o la rectificación de la descripción de la finca (cfr. Resolución de 6 de septiembre de 2012).

En definitiva, debiendo ser revisado el deslinde por disposición legal, se precisa acreditar que conforme al nuevo deslinde no existe invasión del dominio público (cfr. art. 36 del Reglamento de Costas, según se expone en el punto anterior), circunstancia esta que no puede ya colegirse de la nota marginal que figura en el Registro. Por ello fue correcta la calificación recurrida al señalar la

necesidad de que se acredite la aprobación de la modificación del deslinde del que resulte la exclusión o no invasión en el dominio público marítimo-terrestre de los amarres.

Resolución de 14-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

DOCUMENTO PÚBLICO OTORGADO FUERA DE ESPAÑA: PODER ANTE NOTARY PUBLIC INGLÉS.

Conforme al artículo 10.11 del Código Civil español «...a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa —siempre con sometimiento a un test de realidad— y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el poder de representación es la Ley española. En consecuencia, la segunda cuestión expuesta cae por su propio peso por lo que no es necesario analizar la prueba del Derecho extranjero.

La aplicación de los reglamentos en sede de Justicia Civil de la Unión Europea y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación jurídica internacional en materia civil, permiten la utilización de manera habitual de apoderamientos otorgados ante Notario extranjero y por tanto, la circulación en España de documentos formalizados ante Notario extranjero es indiscutible con sometimiento a los parámetros que establece la ley en el caso concreto (*Vid.* arts. 11 y 12 y disposición final segunda de la Ley 15/2015, artículos 58 a 61 de la Ley 29/2015, 4 de la LH y 36 del RH). Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que han de ser sometidos a la calificación del Registrador, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 de la LH y 33 y 34 de su Reglamento). Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. El documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*Vid.* en el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 2.c del Reglamento 1.215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—). Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

Consecuentemente será preciso que en la reseña que el Notario español realice del documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales. Si tales indicaciones constan en la escritura, la reseña que el Notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada. En la diligencia emitida por la Notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento Notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el artículo 1280.5 del Código Civil, en los términos que se han expresado en los anteriores fundamentos de Derecho. En los sistemas Notariales anglosajones la equivalencia de los documentos Notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries*, sí pueden considerarse equivalentes. En el presente expediente, el *notary public* inglés se ha limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pueda equiparse al documento público previsto en el artículo 1280.5 del Código Civil, antes expuesto.

Resolución de 14-9-2016

(BOE 6-10-2016)

Registro de la Propiedad de Jumilla

HIPOTECA: TASACIÓN CONDICIONADA DE LA FINCA.

En esa actual situación legislativa, las Resoluciones de este Centro Directivo señalan que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al Registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que este pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación. Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación correspondiente, lo que la inhabilita para su acceso al RP y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales, de conformidad con el artículo 130 de la LH. En los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas pudiendo ser realizadas por entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasar.

En cuanto a la validez del certificado de tasación sujeto a condicionamientos, es cierto, como señala la Registradora calificante, que el artículo 9 de la O. ECO/805/2003, de 27 de marzo, dispone que «salvo lo previsto en el artículo 14 (no aplicable en este caso), para que el valor de tasación calculado de acuerdo con la presente Orden pueda ser utilizado para alguna de las finalidades señaladas

en su artículo 2 (ámbito de aplicación) ha de ser expresado sin sujeción a ningún condicionante». Por su parte, el artículo 11 de la misma Orden señala que el tasador deberá hacer advertencia genéricas a su valoración (en cuyo caso el valor de tasación si podrá ser utilizado a efectos de la finalidades señaladas en el artículo 2.a), cuando «existan discrepancias entre la realidad física del inmueble y sus descripciones registral o catastral que no induzcan a dudar sobre su identificación o características y que no influyan previsiblemente sobre los valores calculados». Y el artículo 13 dispone que cuando se produzca un condicionante «la entidad tasadora deberá elegir entre entregar el informe condicionando expresamente el valor de tasación o denegando la fijación de un valor de tasación», no obstante lo cual, «cuando la tasación se realice a los efectos de la finalidad señalada en el artículo 2.a (garantías hipotecarias), y no se hubiera podido identificar física o registralmente el inmueble, la entidad deberá rehusar de manera razonada la emisión del informe».

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y con el artículo 27 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, solo es posible titular aquellas hipotecas que tengan el rango de primeras y se encuentren constituidas sobre bienes que pertenezcan en pleno dominio (no sujeto a condiciones, prohibiciones de disponer, sustituciones, reservas, cargas, gravámenes o limitaciones de cualquier clase) y en su totalidad al hipotecante; pero ello no impide la utilización y validez de la valoración ECO para cumplir los requisitos de los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH cuando la hipoteca recae sobre bienes o derechos que no cumplan con dichos requisitos. Igualmente, en supuestos como el que es objeto de este expediente, independientemente que el condicionamiento recogido en el certificado, no obstante, la vaguedad de su fundamento, pueda impedir la titulación de la hipoteca constituida, nada obsta a la utilización y validez de la certificación ECO a efectos de los pactos de ejecución directa y/o extrajudicial de la hipoteca.

Resolución de 19-9-2016

(BOE 5-10-2016)

Registro de la Propiedad de Ciempozuelos

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

Resolución de 21-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 4

ACCESIÓN: ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

En los supuestos de edificación levantada totalmente en finca no perteneciente al constructor el artículo 361 del Código Civil atribuye al dueño del terreno un derecho potestativo o de configuración jurídica para decidir mediante un acto de su voluntad si se aplica el principio de accesión, haciendo suya la obra, previa la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454 del mismo Código, o si opta por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor, supuesto este último que no se trata de modalidad alguna de accesión invertida mediante una adquisición inmediata de la propiedad del terreno, pues la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión. Como ha reiterado este Centro Directivo, en nuestro Derecho toda transferencia patrimonial debe tener causa, y la misma, a efectos registrales no puede presumirse; pero en la escritura calificada, además de la declaración de obra nueva, se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso, que aunque no esté expresamente nombrado, tiene aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial cuya inscripción se solicita (*Vid.*, por todas, la Resolución de 26 de mayo de 1999). Por ello, el defecto debe ser revocado.

Como ha señalado este Centro Directivo (*Vid.* por todas, las Resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013), el acceso al RP de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *Vid.* artículos 308 del RH y 45 y 52 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Por el contrario, el artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro. El Registrador deberá constatar, por lo que resulte del Registro y del propio título calificado, que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección, en aquellos casos en que la legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para

que el Registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. La Resolución de 30 de mayo de 2016 se refiere a la posibilidad de utilizar medios de calificación o de prueba que no consten en el Registro para determinar la inclusión de la finca en cuestión dentro de una determinada zona de especial protección. En el presente caso, no consta en el folio de la finca ni en la documentación aportada (por ejemplo, a través de la anotación preventiva de la correspondiente incoación de expediente sobre disciplina o restauración de la legalidad urbanística o a través de la constancia registral de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente a la finca), el carácter de suelo no urbanizable protegido de la parcela sobre la que se declara la edificación, pero extrapolando los argumentos empleados en la Resolución de 27 de febrero de 2014 cabe afirmar que si el Registrador tiene dudas —debidamente justificadas— sobre si el suelo sobre el que se asienta la edificación tiene el carácter de suelo protegido, debe suspenderse la inscripción hasta que se acredite por la Administración competente mediante la oportuna resolución si el suelo rústico es común o protegido, y, en este último caso, la fecha de la declaración de protección.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el RP a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el Registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el Registrador en el presente caso.

Resolución de 21-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Tavernes de la Valldigna

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL 671 DE LA LEC.

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el Registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 68,53% del valor de subasta de la finca. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «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 aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las Resoluciones este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe

igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 21-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Fregenal de la Sierra

SEGREGACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN.

El artículo 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura tal incorporación con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Como ya afirmó en la Resolución de 2 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación.

Es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

A las nuevas fincas registrales y demás supuestos que conforme a la legislación hipotecaria abran folio real propio (como el presente caso de segregación), solo se les asignará este código registral único, cuya composición se define en dicha resolución, y para evitar duplicidades y disfunciones, no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior a la implantación legal del código registral único, sin perjuicio de que pueda continuar

utilizándose la numeración tradicional únicamente a efectos meramente internos o para facilitar el trabajo de la oficina.

Como ha señalado este Centro Directivo en las Resoluciones de 7 de julio y 2 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 de la LH).

Resolución de 22-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Llíria

CONCURSO DE ACREEDORES: CRÉDITOS DERIVADOS DE COSTES DE URBANIZACIÓN.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (véanse Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) que debe partirse de la base de la competencia del Juez de lo Mercantil, encargado del concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución de los bienes en caso de concurso del deudor. Por lo que a sus deudas se refiere este principio viene plasmado en el artículo 24 de la propia Ley al establecer lo siguiente en relación a la publicidad del concurso en el Registro de la Propiedad: «Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de este, salvo lo establecido en el artículo 55.1». Según este último artículo, «declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».

Se plantea en este expediente si pudiéramos estar ante una ejecución de una garantía real excepcionada de la suspensión legalmente establecida. El artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, dispone que «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto...». En relación con la clasificación que en el concurso han de tener los créditos derivados de los gastos de urbanización

debe tenerse en cuenta la reciente doctrina del TS, sentada en Sentencia número 379/2014, de 15 de julio, según la cual «... las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el artículo 90.1.1.º LC, de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir a que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del artículo 90 LC, se establece que, para que puedan ser clasificada con tal carácter, «la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores». Esta doctrina ha sido reiterada en las Sentencias 396/2014, de 21 de julio, y número 438/2015, de 23 de julio.

La determinación de si los créditos son comunes o si son de urbanización, con la calificación de créditos con privilegio especial o, en su caso, de créditos contra la masa, así como las consecuencias que puedan derivarse de la cancelación por caducidad de la afección registral por gastos de urbanización (cfr. arts. 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) compete al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, como ha quedado anteriormente expuesto. Consecuentemente con ello, y no habiéndose constituido con anterioridad al concurso una específica hipoteca en garantía de los gastos de urbanización, tal y como contemplan los artículos 150 y 153 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, la ejecución de esta garantía debe desarrollarse bajo la competencia del Juez del concurso, quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia. Si se hubiera constituido hipoteca, su ejecución se verificará atendiendo a las reglas generales de si resultan o no necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (cfr. art. 56 de la Ley Concursal) y la fase del concurso en que se encuentre.

Resolución de 22-9-2016
(BOE 14-10-2016)
Registro de la Propiedad de Conil

HIPOTECA FLOTANTE: PLAZO E INTERESES.

Para resolver la cuestión de la no coincidencia del plazo de la hipoteca con el plazo del préstamo garantizado, debe tenerse en cuenta que el artículo 153 bis de la LH eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. Este plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene que coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas, porque en la hipoteca flotante no existe la accesoriidad propia del resto de las hipotecas que garantizan una única obligación, siendo esta la razón por la que la Ley ha establecido la necesidad de

dicho pacto, ya que la duración de las distintas obligaciones garantizadas pueden no coincidir entre sí, e incluso ser desconocida en el momento de constitución de la hipoteca flotante. Su duración no vendrá determinada, por accesoriedad, por el plazo de la obligación única garantizada, a partir del cual empezaría a operar la prescripción de la acción ejecutiva hipotecaria o la caducidad del derecho real de hipoteca —artículos 82.5.º y 128 de la LH—, no pudiéndose cancelar la hipoteca hasta el transcurso de esos segundos plazos. Según opinión doctrinal mayoritaria, el plazo de duración propio de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral correspondiente, el cual se cancelará automáticamente llegado su vencimiento en aplicación del artículo 353.3 del RH.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (Resoluciones de 12 de julio de 1996, 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1998) que la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. Esta exigencia no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la extensión de la cobertura hipotecaria a los intereses remuneratorios entre acreedor y deudor hipotecante, o quien se subroge en la doble posición jurídica de deudor y propietario del bien gravado. El máximo de cinco años a que se refiere el párrafo segundo del artículo 114 de la LH no está dirigido a operar en el plano de la definición del derecho real de hipoteca a todos los efectos, sino en el de la fijación del número de anualidades por intereses que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros (Resolución de 3 de diciembre de 1998). Por ello la doctrina recogida en las referidas Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001, y demás en ellas citadas, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el reiterado artículo 114 de la LH solo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de poderse compatibilizar cuando no se dé aquel perjuicio. Dentro de ese máximo la Ley posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, que en conjunción con el tipo de interés previamente establecido determinará ese máximo de responsabilidad por intereses, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (art. 12 de la LH), bien fijando, simplemente, una cantidad máxima, que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo máximo de interés establecido a un periodo de cinco años (art. 220 del RH). La expresión «a efectos hipotecarios» no puede ser entendida sino en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses.

Esta exigencia de determinación que se antoja más necesaria si cabe en este supuesto de hipoteca global del artículo 153 bis de la LH, por cuanto la garantía de una pluralidad de obligaciones independientes (sin refundición de su principal e intereses en las partidas de una cuenta corriente novatoria), con intereses remuneratorios iniciales diversos, con intereses moratorios no siempre coincidentes y con la ausencia de la fijación de unos intereses máximos comunes a efectos obligaciones; impide la utilización alternativa para llevar a cabo tal comprobación del criterio del interés inicial, si es que este fuere admisible, o del parámetro del interés máximo a efectos obligacionales.

Resolución de 23-9-2016
(BOE 14-10-2016)
Registro de la Propiedad de Guadix

CAUSA: REQUISITO ESENCIAL DEL NEGOCIO.

Como en tantas ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse tanto jurisprudencia y doctrina, incluida la línea de este Centro Directivo, es principalmente el artículo 1261 del Código Civil el que, con carácter general y previo, configura los componentes esenciales que un contrato o negocio jurídico ha de reunir para su validez y, en su caso, eficacia. El tenor literal del precepto señala que: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca». En relación al consentimiento, es efectivamente emitido por una de las partes, siendo el de la otra suplido por la intervención de la primera de ellas, al deber entenderse como efectivamente prestado, tal y como se tiene señalado por parte del organismo judicial, en cumplimiento del artículo 708 de La Ley de Enjuiciamiento Civil, que así lo permite. En lo que al objeto del negocio se refiere, el mismo queda perfectamente delimitado en la escritura objeto de presentación: un bien concreto y determinado; en virtud de un precio igualmente expresado con claridad, sin infracción de lo preceptuado en las reglas previstas en los artículos 1271 y siguientes de nuestro del Código Civil En relación a la forma, la inclusión del negocio en escritura pública facilita el cumplimiento de los artículos 1280 del Código Civil, así como el artículo 3 de la LH.

El obstáculo que impide la inscripción, a tenor de la nota de calificación, y que supone el vértice del recurso, es la falta de causa debidamente acreditada a lo largo del procedimiento judicial que desemboca en la escritura. Es en la escritura otorgada por la demandante —y dándose por emitida la voluntad del demandado, dentro de los términos y límites apreciados en el proceso judicial antes relacionado— donde por primera vez emerge la causa que podría justificar la atribución del bien a su favor, al considerar en el expositivo sexto del título notarial que «por lo tanto, aunque la adjudicación de dicho inmueble no formara parte estrictamente de la sociedad de gananciales, estaba indisolublemente vinculada a ella, en cuanto constituyó la contraprestación a favor de doña C. por las adjudicaciones hechas a su esposo en dicha liquidación». El mandato judicial, por ello, habilita a la parte compareciente en la escritura para elaborar los elementos necesarios del contrato (objeto y causa), emitido su consentimiento propio, y dándose por formulado el de la otra parte.

Resolución de 23-9-2016
(BOE 14-10-2016)
Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido

contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 27-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Estepa

MENCIONES: CANCELACIÓN.

Al practicarse la inscripción en el año 1931 se encontraba vigente el artículo 8 de la LH en la redacción dada por Ley de 16 de diciembre de 1909 que seguía el sistema de finca única para las distintas porciones señaladas, habitaciones (en expresión literal del precepto) o pisos a diferentes dueños. De esta manera debe concluirse que el asiento se encuentra redactado conforme a la legislación vigente en dicho momento, sin encontrarse depurado el sistema de pluralidad de folios registrales, primero con carácter voluntario, Ley de 1939, y posteriormente obligatorio desde la reforma operada por la mencionada Ley de 1960. Consecuentemente la inscripción practicada en el año 1931 obedece a la legislación entonces vigente y no puede calificarse de mención.

Resolución de 28-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Montblanc

SOCIEDAD CIVIL: NATURALEZA. DERECHO DE SUPERFICIE: CONSTITUCIÓN.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales, tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1.670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con

lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.). Y por ello, este Centro Directivo ha rechazado que acceda a los libros del Registro la titularidad de una sociedad denominada civil pero cuyo objeto sea el desarrollo de una actividad indubitadamente mercantil y cuyo contrato de constitución no cumpla mínimamente con las normas imperativas que rigen las sociedades mercantiles. Por otra parte, aun cuando se tratara de sociedad civil por su objeto, su personalidad y la correspondiente representación deben acreditarse en debida forma a la hora de solicitar la inscripción de dicha adquisición, habida cuenta de lo establecido en los artículos 1667, 1668 y 1280, números 1.º y 5.º, del Código Civil, de los que resultaría, que al tratarse de una sociedad que adquiere un bien inmueble y al actuar en nombre de aquella los socios y administradores solidarios nombrados mediante el documento privado de constitución de la misma, la inobservancia del requisito de la escritura pública debería conducir a la conclusión de que tales extremos (personalidad y poder de representación) no han sido acreditados por el documento privado no elevado a instrumento público (*Vid.* la Resolución de 14 de febrero de 2001).

La STS de 10 de diciembre de 2013 se pronuncia en los siguientes términos: «La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La Sentencia de esta Sala núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea anti-formalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad «urbanística» del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la «urbana común o clásica», que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el TS no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción

registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil». En el presente caso falta la escritura pública de constitución del derecho de superficie o, si se admitiera la interpretación jurisprudencial más flexible antes citada, ese otro documento justificativo acreditativo de su «categoría constitución», en la fecha pretendida —el 20 de diciembre de 2000—, algo que no puede estar constituido por el mero documento privado presentado en la oficina liquidadora.

Resolución de 28-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.

Aun cuando el Registrador pueda incurrir en causa de responsabilidad disciplinaria, si calificado un título y subsanado el defecto, detectase otro que no haya hecho constar en la primera calificación, debe efectuar una segunda comprensiva del mismo, pues los fuertes efectos que el sistema registral atribuye a las inscripciones con la finalidad de preservar la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario, hacen que deba extremar el control de legalidad sobre los títulos presentados.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el Registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el Registrador en el presente caso.

Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 29-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA DATOS PROCEDENTES DE LA OFICINA LIQUIDADORA. VECINDAD CIVIL: ACREDITACIÓN. DERECHO CIVIL DE GALICIA: PACTO DE MEJORA.

Respecto de los medios que pueden utilizarse para llevar a cabo la calificación tiene este Centro Directivo declarado en numerosas Resoluciones que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de la presentación de documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Esto último en modo alguno es predicable respecto de la que la Registradora manifiesta genéricamente haber realizado de datos obrantes en la Oficina Liquidadora a su cargo, a la que obviamente no puede acceder fácil ni directamente ningún otro Registrador (ni siquiera el que conforme al cuadro de sustituciones tuviera que emitir calificación sustitutoria si es esta solicitada), pues sus datos, como todos los fiscales, son reservados y utilizables únicamente en expedientes administrativos de comprobación, gestión e inspección tributaria, toda vez que tener eventualmente a su cargo una oficina liquidadora implica ejercer unas funciones absolutamente separadas de la propia registral y que en modo alguno pueden interferir en esta.

En relación con la vecindad civil, y la correspondiente sujeción al Derecho civil común o al especial o foral, este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de poner de relieve las dificultades para su prueba, ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o verificar con la inscripción del Registro Civil las circunstancias que, por cambio de residencia o domicilio, produzcan la modificación de la vecindad civil Precisamente por la trascendencia que la vecindad civil tiene en la capacidad de la persona, el artículo 156.4.º el RN establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza...», si bien, dadas las dificultades para su prueba antes referidas, el artículo 160 del mismo Reglamento dispone que la circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad. No obstante, es necesario que el Notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público en tales supuestos haga las indagaciones oportunas

sobre tal extremo, desplegando la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es la vecindad civil de los otorgantes.

Como ha expresado este Centro Directivo en Resolución de 1 de octubre de 2009, «conforme al artículo 18 de la LH, los Registradores calificarán la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras presentadas a inscripción por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Pero ello no significa que ejerzan una función de carácter judicial y de plena cognición, respecto de la cual el título presentado sea un mero medio de prueba más. En el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título, cuando concurren los requisitos legales para ello, con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de este. En el concreto caso de los negocios que, por el conjunto de las circunstancias concurrentes, sean susceptibles de ser considerados como celebrados en fraude de ley, civilmente es indudable que incurrirán en nulidad por contravención de la norma defraudada (cuando esta tenga carácter imperativo y no prevea una sanción distinta), norma que deber prevalecer frente a la de cobertura (cfr. art. 6.4 del Código Civil). Pero al igual que sucede en el caso de los negocios simulados, u otros de los denominados por la doctrina oblicuos o indirectos que están ligados a una intencionalidad concreta (v.gr. «*consilium fraudis*»), pueden escapar del control de la calificación registral, como escapan los casos de dolo o intimidación en la formación de la voluntad, o los supuestos de rescisión por lesión u otros, pues la determinación de la concurrencia de estos factores exige la práctica de pruebas de todo tipo, no solo documentales, que han de ser residenciadas en sede judicial».

Con fundamento en el artículo 214, el pacto de mejora se define como aquel pacto sucesorio que constituye un sistema específico de delación de la herencia (art. 181.2) en virtud del cual un ascendiente o, en su caso, los ascendientes, convienen la atribución de bienes concretos y determinados en favor de un hijo o descendiente. De esta definición resulta que el mejorado debe ser tratado como un auténtico legatario en la medida en que la distinción entre heredero y legatario no es predicable únicamente de la sucesión testada sino que también tiene plena aplicación en el ámbito de la sucesión general con independencia de la forma en que se haya deferido la herencia (art. 181) y, por tanto, en sede de sucesión contractual. La solución que debe darse al presente recurso la solución que debe darse al presente recurso ha de discurrir necesariamente por senderos distintos de los que se derivarían de la aplicación del artículo 10.1 del Código Civil, toda vez que la posición que se mantiene en la nota de calificación llevaría a algo que resultaría claramente contrario al principio de unidad de la sucesión que proclama el artículo 9.8 de nuestro Código Civil.

Resolución de 29-9-2016

(BOE 14-10-2016)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 8

SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADOR NO INSCRITO EN EL RM.

Como cuestión procedimental previa, reiteradamente advertida por este Centro Directivo, cabe recordar que, cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible según los principios básicos de todo procedimiento y la normativa vigente que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a

la inscripción pretendida, aquella exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el RM y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al Registrador Mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el RM dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales. Cuando no conste dicha inscripción en el RM, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del RM (*Vid.* Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 y 23 de febrero de 2001). El hecho de que el nombramiento del administrador de la sociedad surta efectos desde su aceptación sin necesidad de su inscripción en el RM, a pesar de ser esta obligatoria, no excusa de la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales exigibles en cada caso para apreciar la válida designación del mismo.

Resolución de 3-10-2016

(BOE 18-10-2016)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el art. 201.1).

Como señaló este Centro Directivo en la Resolución de 22 de abril de 2016, según el artículo 199, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto Cuarto de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el Registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita. Por todo lo expuesto, es correcta la actuación del Registrador en cuanto a que no es posible inscribir las rectificaciones descriptivas sin la previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que se salvaguarden los derechos de los titulares de fincas colindantes. No obstante, y pese a la suspensión de inscripción de la descripción de las fincas registrales, ello no es óbice para proceder a la práctica de inscripción de la compraventa con precio aplazado.

Resolución de 3-10-2016

(BOE 18-10-2016)

Registro de la Propiedad de Vitoria Nº 5

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS TRAS LA LEY 13/2015.

A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la LH; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (así ocurre con el procedimiento regulado en el art. 199 y con el regulado en el art. 201.1).

Es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie (cfr. último párrafo del art. 201.3 de la LH). Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por

parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Resolución de 3-10-2016

(BOE 18-10-2016)

Registro de la Propiedad de Sigüenza

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COINCIDENCIA CON LA BASE GRÁFICA CATASTRAL. OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.

Entrando a valorar el primero de los defectos alegados por la Registradora, considera esta que la certificación catastral aportada en el título inmatriculador no resulta coincidente con la descripción de la finca tal y como resulta en el propio documento Notarial. Ha de señalarse que la actuación de la Registradora al solicitar y obtener por sí misma nueva certificación catastral actualizada es plenamente correcta. La incorporación al título de una representación gráfica catastral errónea constituye defecto impeditivo de la inmatriculación. En el concreto procedimiento de concordancia regulado en el artículo 205 —al igual que en el regulado en el artículo 203—, no existe expresa previsión legal de admisión de representaciones gráficas alternativas a la catastral, a diferencia de lo que ocurre en otros muchos preceptos del Título VI. Según resulta del expediente, la presentación del documento se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado.

En cuanto al defecto de relativo a la aportación de las coordenadas de la edificación, como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, deben cumplirse los requisitos para la declaración de obra nueva en todo supuesto de acceso de edificaciones al Registro, incluyendo, por tanto la inmatriculación de las mismas. Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el Registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carácter general que se tramite

un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el Registrador en el presente caso. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 4-10-2016

(BOE 18-10-2016)

Registro de la Propiedad de Durango

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. art. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 4-10-2016

(BOE 18-10-2016)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Re-

gistro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 5-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE ANEJO.

Es perfectamente válida la cláusula estatutaria que dispensa de la regla de la unanimidad prevista en el artículo 17 de la Ley para llevar a cabo las operaciones previstas en el artículo 8 de la Ley siempre que no se altere la cuota del resto de titulares. En definitiva se trata de afirmar la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad consagrada en el ámbito de la propiedad horizontal por el último inciso del artículo 396 del Código Civil en aquellos supuestos, como el presente, en que no exista razón de orden público para afirmar el carácter imperativo de una norma (*vid.* Resoluciones de 26 de febrero de 1988 y 19 de junio de 2012). Previamente, la STS de fecha 17 de noviembre de 2011 había fijado como doctrina jurisprudencial «la validez de las segregaciones o divisiones autorizadas por los estatutos de la comunidad de propietarios, sin necesidad de posterior acuerdo adoptado en junta de propietarios, siempre que las mismas se realicen según la previsión contenida en aquellos y no comporten alteración de las cuotas de participación».

El objeto del recurso es dilucidar si la expresión «sin perjuicio de la obligación de comunicarlo al Presidente de ambas o de las Subcomunidades afectadas», que se comprende en el citado artículo, supone una obligación cuyo cumplimiento deba acreditarse para proceder a la inscripción de la segregación efectuada o, si por el contrario, los estatutos no hacen sino extender a las operaciones previamente autorizadas la comunicación que con carácter general, exige el artículo 7.1 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando un propietario las realiza en su piso. De la lectura de la norma comunitaria discutida resulta que la obligación de notificar a la comunidad, no constituye un presupuesto del ejercicio unilateral

de la facultad de llevar a cabo modificaciones estatutarias. Aquel ejercicio no se sujeta al consentimiento de la juntas de la comunidad o subcomunidad respectiva, ni tampoco se subordina a la verificación de su notificación previa a las mismas.

Resolución de 5-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. SOCIEDADES MERCANTILES: CONSTANCIA REGISTRAL DE SU ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

Inscrito un título traslativo del dominio no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible respecto de la misma finca (cfr. arts. 17 y 20 de la LH). Conviene recordar que el principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la LH, impone que para inscribir actos declarativos, constitutivos, modificativos o extintivos del dominio o de los derechos constituidos sobre el mismo, dichos actos deberán estar otorgados por los titulares registrales, ya sea por su participación voluntaria en ellos, ya por decidirse en una resolución judicial dictada contra los mencionados titulares registrales, lo cual no es sino aplicación del principio de legitimación registral, según el cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38.1 de la LH). Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Si bien el cambio en la nomenclatura de una sociedad como consecuencia de su situación de liquidación no conlleva por sí solo una alteración en la titularidad de los derechos que pueda ostentar la misma, si puede tener acceso al Registro, no solo para reflejar de modo más exacto el nombre de la sociedad, sino porque además dicha modificación supone un reflejo de la situación societaria y de los efectos que la misma produce, singularmente en el régimen de administración y transmisión de bienes pertenecientes al activo societario.

Resolución de 5-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO A EFECTOS DE TANTEO Y RETRACTO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: CAPACIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE. PARCELACIÓN URBANÍSTICA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 REAL DECRETO 1.093/1997 EN LAS VENTAS DE CUOTAS INDIVISAS.

En el presente supuesto comparece en la escritura quien manifiesta ser arrendatario de la finca, a los efectos de dejar constancia de su conocimien-

to de la transmisión y la no existencia de uso individualizado asociado a la participación indivisa objeto del contrato. Es evidente que, ante la falta de inscripción registral del arrendamiento, se cumplen en este supuesto los requisitos legales establecidos para tutelar los derechos del arrendatario, cuya comparecencia en la escritura debe estimarse equiparable a la notificación en forma fehaciente que prevé la ley. Tampoco se precisa que el contrato de arrendamiento esté previamente liquidado del impuesto, por cuanto no se pretende su inscripción, por lo que no es aplicable el cierre registral establecido en el artículo 254 de la LH.

Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999 y 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 de la LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confirmando dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los Registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación. En el supuesto de este expediente el título presentado en segundo lugar en el Registro es un mandamiento ordenando la práctica de anotación preventiva de incapacidad. Es de resaltar que, tomada o no anotación preventiva de incapacidad, el contrato celebrado con quien carece de capacidad es ineficaz (art. 1261 del Código Civil) y en ningún caso quien adquiera de él se encontrará protegido por la fe pública registral (cfr. art. 33 de la LH). No obstante lo anterior, para que un acto otorgado por un incapaz devenga ineficaz es necesario que se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. La importante función notarial ha merecido respaldo en la jurisprudencia, así la Sentencias de 26 de junio de 2015, con cita de la Sentencia de 19 de septiembre de 1998, afirma que «el juicio notarial de la capacidad, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *«iuris de iure»*, sino *«iuris tantum»*, que cabe destruir mediante prueba en contrario...». En el presente supuesto, en el que existe juicio positivo de capacidad por parte del Notario autorizante, respecto a la otorgante mayor de edad no incapacitada judicialmente, no puede mantenerse el defecto mantenido por el Registrador, habida cuenta de que este, como se ha dicho anteriormente, ha de desempeñar su función de calificación, aunque también se extienda a la «capacidad de los otorgantes», ateniéndose a lo que resulte de los asientos del Registro de la Propiedad u otro con presunción de veracidad, y de los documentos presentados —cfr. artículo 18 de la LH—. Habiéndose de respetar, por tanto, el valor presuntivo del juicio notarial de capacidad natural del otorgante del documento, mayor de edad no incapacitado, a salvo de que pueda ser desvirtuado, mediante una valoración del conjunto de pruebas concurrentes, en el proceso contradictorio incoado al efecto.

Este Centro Directivo en su Resolución de 10 de octubre de 2005, en un caso de venta de participación indivisa de una finca rústica en la que no concurría ninguna otra circunstancia reveladora de una posible parcelación urbanística, ya afirmó que «sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que se pueden emplear por el Registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de

una finca no puede traer como consecuencia, por sí sola la afirmación de que exista tal parcelación ilegal, ya que para ello es necesario, bien que, junto con la venta de participación indivisa se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación». En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. También ha señalado que, la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación. Consecuentemente, cuando se trate de actos en los que concurren circunstancias que puedan representar indicios de que se está produciendo un acto de parcelación sin que se acredite la concesión de licencia, el Registrador debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 79 del Real Decreto 1.093/97. En el caso particular de este expediente, en el que como se ha expuesto, se trata de una venta de cuota indivisa de finca rústica, sin formalizarse jurídicamente la asignación expresa de uso individualizado, otorgada posteriormente a otra venta de cuota de la misma finca, ciertamente no estamos, en principio, ante uno de los supuestos en el que la legislación sustantiva aplicable, en este caso la valenciana, presume la existencia de actos parcelatorios. Ello no permite deducir, sin embargo, que no puedan apreciarse, del conjunto de datos del expediente, la existencia de elementos, de carácter no ya jurídico, sino fáctico, que puedan justificar las dudas fundadas a las que se refiere el citado artículo 79 y que permiten iniciar las actuaciones a que se refiere, dejando la decisión sobre el fondo, en última instancia, al órgano administrativo y con las garantías propias del procedimiento administrativo. Pues, como ha señalado este Centro Directivo, con cita de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, de 17 de marzo de 2011, cuya clara definición traemos aquí, la parcelación ilegal constituye un proceso en el que se suceden los actos materiales y jurídicos con clara intención fraudulenta de parcelar un terreno no urbanizable, pretendiendo la creación de una situación irreversible, demostrativa de que con los actos realizados no se pretende destinar el terreno a su uso y destino natural y obligado, rústico y agrícola; actuación que se lleva a cabo con vocación urbanística que posibilita la formación de un núcleo de población. Debe recordarse aquí que el Registrador debe limitar su actuación calificadora a lo que resulte de los documentos presentados y los asientos del propio Registro u otros datos oficiales con presunción de veracidad, entre los cuales pueden citarse señaladamente los resultantes del Catastro. Por lo expuesto, en el supuesto singular de este expediente, la simple comprobación de la referencia catastral incorporada al documento, en la que pueden apreciarse la existencia de diferentes referencias catastrales dentro de una misma parcela, con diversa titularidad, asignadas además a diferentes construcciones con uso residencial bajo la forma de división horizontal tumbada, constituye un elemento de juicio que permite concluir que, detrás del negocio de transmisión de cuotas indivisas, probablemente se articule en vía de hecho una parcelación ilegal, presunción esta que solo puede desvirtuarse por el pronunciamiento del órgano administrativo competente, sujeto a revisión judicial.

Resolución de 6-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro de la Propiedad de Durango

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS CC.AA. DERECHO CIVIL DEL PAÍS VASCO: DERECHO TRANSITORIO APLICABLE A TESTAMENTOS OTORGADOS ANTES DE LA LEY 5/2015.

Se da la circunstancia de que la Comunidad del País Vasco no tiene regulación propia sobre los recursos contra las calificaciones de los Registradores como sucede en Cataluña. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en la Resolución de 6 de octubre de 2014, que si bien se refiere al Derecho gallego, es perfectamente aplicable ya que el precepto que determina la atribución de los recursos relativos a la calificación a los tribunales autonómicos con respecto a cuestiones de Derecho foral es idéntico en ambos Estatutos de Autonomía. Para que esta Dirección General deba remitir un expediente a la Comunidad Autónoma de que se trate (en nuestro caso, País Vasco) por incompetencia de aquella, ha de tratarse una materia de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma que se hubiera reservado en su Estatuto de Autonomía, expresamente, competencia sobre recursos contra la calificación de Registradores de la Propiedad, siendo además necesario que la Comunidad Autónoma en cuestión haya desarrollado esa competencia, pues en otro caso habrá de aplicarse la legislación hipotecaria.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si puede inscribirse una escritura de partición de herencia en la que comparece únicamente el cónyuge viudo, cuando en el testamento se realiza un legado en atribución de la legítima a los padres del causante, hecho al amparo de la legislación anterior (Ley de 1 de julio de 1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco) cuando la ley vigente (Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco) en el momento del fallecimiento del causante, 10 de enero de 2016, no reconoce a los ascendientes derecho legitimario alguno. La disposición transitoria primera de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco establece: «Conflictos intertemporales. Los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 12.^a del Código Civil. Si un conflicto intertemporal no pudiera resolverse por las disposiciones anteriores, se tendrá en cuenta que las variaciones introducidas en esta ley no deben perjudicar los derechos adquiridos conforme a la legislación anterior». La disposición transitoria duodécima del Código Civil dispone que: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código». Se puede sostener que la condición de heredero tiene una vis atractiva sobre posibles legados vacantes. Así se deduce de artículos como el 888 del Código Civil. Siguiendo este criterio, puede deducirse que la voluntad del testador fue que la «porción vacante» derivada de la reducción de los derechos legitimarios legales corresponda a quien hubiese designado heredero frente a quien designa legatario. Más dudoso sería si la legítima se hubiera atribuido sobre bienes concretos o por cuotas determinadas. Es más,

atendiendo al momento del otorgamiento, la voluntad del testador (debidamente asesorado por el Notario autorizante) se forma con arreglo al contexto legislativo vigente en dicho momento, por lo que deducir que hubiera atribuido la mitad de los bienes de su herencia a sus padres de no haber existido esa legítima es difícilmente justificable.

Resolución de 6-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar

RECURSO GUBERNATIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO CUANDO HAY UNA SEGUNDA CALIFICACIÓN. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 30 de octubre de 2012), en un supuesto en que la Registradora alegaba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo, en tal caso el recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de este junto con otro. Es decir, debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma pero no es así. La segunda nota de calificación no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado para subsanar el apreciado en la primera nota.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (apoyada como ha quedado acreditado en la de nuestro Tribunal Supremo), que el Registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del RH permite al Registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial, o si el asiento de anotación preventiva que se pretende prorrogar ya está caducado.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004, 10 y 14 de junio de 2010 y 29 de septiembre de 2011, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1 de la LH y 51, reglas 1.^a a 4.^a, del RH). Aun cuando la parte dispositiva de la resolución no especifica con claridad la concreta rectificación descriptiva que haya de practicarse en la finca registral 10.125, tras las diversas configuraciones catastrales que se han sucedido; ello no es óbice para

impedir la inscripción de la rectificación pretendida, pues la misma resulta de la propia estimación judicial de la pretensión del recurrente y de los informes relativos a las modificaciones catastrales operadas que obran en el expediente y recogidas en la sentencia, así como las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas, de los que resultan la configuración actual y en particular la superficie de las parcelas catastrales, haciéndose constar que la finca no comprende la superficie integrante de la subparcela a) de la parcela 44 del antiguo Catastro, que había quedado integrada catastralmente en la parcela 43 dando lugar a la descripción que obra en el registro y que, como se ha explicado anteriormente ha dado lugar a la modificación superficial recogida en la actual referencia catastral 16118A0240004300001B, cuya identidad con la finca registral 10.125 está debidamente acreditada, por lo que en la inscripción que se extienda en virtud de la sentencia deberá igualmente reflejarse dicha referencia junto con la nueva superficie de ella resultante.

Resolución de 10-10-2016

(BOE de 1-11-2016)

Registro de la Propiedad de Corralejo

BASE GRÁFICA REGISTRAL: EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. Como señaló este Centro Directivo en la Resolución de 22 de abril de 2016, según el artículo 199, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto cuarto de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el Registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Respecto de las alegaciones relativas a las irregularidades en la tramitación del procedimiento que causó la inscripción de un exceso de cabida en una finca colindante, debe reiterarse la doctrina emanada por este Centro Directivo en relación al objeto del recurso y si, en su caso, podría extenderse a asientos ya practicados. El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es

o no ajustada a Derecho. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la de revisar la inscripción ya practicada de exceso de cabida en una finca colindante.

Resolución de 10-10-2016

(BOE de 1-11-2016)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 11

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001. HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO.

Como cuestión previa es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos contra la calificación de los Registradores solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

También en relación con las facultades representativas, se señala por la Registradora que no consta que se haya exhibido copia autorizada o auténtica de la escritura de poder de la que resultan las facultades representativas del otorgante de la escritura aclaratoria o complementaria, don J. M. T. C. En relación con este defecto, como manifiesta el recurrente, las partes se otorgaron recíprocamente facultades representativas al efecto en la misma escritura de cesión de préstamo hipotecario, en su estipulación sexta que había sido otorgada ante la propia notaria, doña M. C. B. Q. Ciertamente el artículo 166 del RN permite que no se exhiba al Notario autorizante copia autorizada de la escritura de poder cuando el mismo consta en el protocolo del propio Notario, pero para ello es preciso que el Notario manifieste expresamente que el apoderado se halla facultado para obtener copia del mismo y que no consta nota de su revocación.

La Registradora pone de manifiesto de manera genérica en su nota denegatoria que la persona física prestamista es titular de otros derechos reales de hipoteca; circunstancia que reconoce expresamente el prestamista recurrente, el cual alega que es una persona jubilada y que son solamente dos préstamos hipotecarios a su favor, uno formalizado en el año 2010 y el otro en el 2013. Para fundamentar su nota de calificación y comprobar el carácter no profesional del prestamista, la Registradora ha realizado una consulta al Servicio de Interconexión entre los Registros, por lo que entiende que la prestamista sí ejerce profesional o habitualmente la actividad de concesión de préstamos, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y para hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es complicado establecer objetivamente esa cifra. Pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (*Vid.* Resolución de 28 de julio de 2015) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad.

Resolución de 10-10-2016

(BOE de 1-11-2016)

Registro de la Propiedad de Sant Mateu

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL

Los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales. Se presenta a inscripción una escritura de elevación a documento público de un documento formalizado ante Notario inglés que ya fue objeto de inscripción, por lo que respecto de esta inscripción el asiento practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la LH (cfr. art. 1, párrafo tercero, de la LH), cerrándose el Registro a otros títulos formales relativos a la misma transmisión y a otros que sean contradictorios (cfr. art. 17 de la LH), con independencia de que se haya emitido alguna nota informativa errónea al respecto.

Resolución de 11-10-2016
(BOE de 1-11-2016)
Registro de la Propiedad de La Vecilla

DESLINDE ADMINISTRATIVO: EFICACIA Y ALCANCE.

Ciertamente el carácter público de los bienes dota al deslinde administrativo de una serie de notas específicas que lo diferencian del deslinde civil y que lo configuran como una manifestación del privilegio de autotutela de las Administraciones Públicas, permitiéndoles acometer la defensa autónoma e inmediata de sus bienes y derechos sin dependencia de los tribunales de Justicia, para que puedan llevar a cabo de forma adecuada el cumplimiento de sus fines. En todo caso, puede decirse que la potestad de deslinde se concreta en una serie de actuaciones procedimentales que concluyen en el acto administrativo de deslinde, que será el que determine los límites concretos de los bienes públicos, el cual podrá ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa o ante la jurisdicción civil, según los casos. Desde el punto de vista registral, el artículo 200 «*in fine*» de la LH, tras la redacción por Ley 13/2015, de 24 de junio, establece que lo dispuesto en dicho artículo para el expediente de deslinde de fincas inscritas, no resultará de aplicación a los inmuebles cuya titularidad corresponda a las Administraciones Públicas, pues en este caso, el deslinde se practicará conforme a su legislación específica. El artículo 12.2 del RH declara inscribibles «los deslindes administrativos debidamente aprobados», esto es, conforme al procedimiento legalmente establecido. Dentro del procedimiento recogido en el Reglamento de Bienes se prevé la constancia en el Registro de la Propiedad de la iniciación del deslinde mediante nota al margen de la inscripción del dominio —artículo 57.3— como medio de publicidad del procedimiento. Si la finca deslindada se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad, se inscribirá igualmente el deslinde administrativo referente a la misma, una vez que sea firme en vía administrativa. En otro caso, la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 de la LH (art. 53.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Respecto a la eficacia jurídica del deslinde administrativo, particularmente en relación al contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, debe partirse del presupuesto que motiva el procedimiento de deslinde, esto es, la confusión de linderos y su finalidad la fijación de los mismos, por lo que necesariamente su eficacia se circunscribe al ámbito estrictamente posesorio, no afectando, en principio, al derecho de propiedad. En cuanto a los efectos del deslinde sobre los pronunciamientos del Registro de la Propiedad, debe partirse de la premisa de que el deslinde administrativo no puede desconocer la presunción de veracidad y exactitud que se deriva del artículo 38 de la LH a favor del titular registral. Puede decirse, por tanto, que, como regla general, el deslinde administrativo a que hacen referencia los artículos 50 y siguientes de la Ley 33/2003, limita su eficacia al ámbito estrictamente posesorio, lo que impide que pueda considerarse como título declarativo de propiedad a favor de la Administración, y, por tanto, no es suficiente para rectificar las inscripciones registrales contradictorias con el deslinde. En el caso presente, donde se plantea la virtualidad rectificadora de los asientos registrales, de un acto de deslinde de una finca registral perteneciente a entidad local menor que, según la documentación aportada, esto es, certificación del acuerdo de aprobación del deslinde; certificación del acta de deslinde que incluye plano topográfico con 37 vértices georreferenciados y plano superpuesto del levantamiento topográfico con la

cartografía catastral, plano de la Concentración Parcelaria Boñar-Vegaquemada II, describe la finca 4.384 como monte comunal y delimita su extensión; es claro que no estamos ante uno de los supuestos excepcionales previstos en nuestra legislación, donde se atribuye eficacia privilegiada al deslinde, con efectos rectificatorios inmediatos de los asientos registrales. En este caso particular, en virtud del acuerdo de deslinde pretende hacerse constar la nueva superficie de la finca y nuevos linderos.

Que en el presente supuesto se plantea un conflicto de propiedad y no de linderos, lo demuestra tanto la documentación aportada, como las propias alegaciones del recurrente, del todo contradictorias con la titularidad dominical inscrita en el Registro de la Propiedad, y el plano del parcelario catastral. Sin que quepa aquí hacer pronunciamiento alguno sobre el conflicto de títulos de propiedad. Sí cabe sostener, sin embargo, conforme a lo razonado anteriormente, la improcedencia, en el presente caso, del deslinde administrativo tramitado para rectificar los asientos registrales, por entrar en colisión directa con las presunciones legitimadoras de la titularidad ya inscrita, que opera «a todos los efectos legales», provocando la aplicación de lo preceptuado en el artículo 38 de la LH. En el presente caso no se discute un «dato de mero hecho», sino una parte de la finca, lo cual no es un simple dato, entrando en colisión directa con la fuerza legitimadora de la titularidad inscrita, sin que estemos, además, en el caso del deslinde de monte, ante uno de los supuestos regulados de deslinde con eficacia declarativa cualificada.

Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la LH y 99 de su Reglamento, como fundamento de los efectos que la propia legislación hipotecaria atribuye a aquellos asientos, y entre los que se encuentran no solo los derivados del principio de legitimación registral (con los que solo en parte se confunden los resultantes de la presunción de validez de los artículos 57 de la Ley 30/1992 y 39 de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), sino también otros distintos y superiores, también con transcendencia «*erga omnes*», como el de inoponibilidad de lo no inscrito y en el fe pública registral de los artículos 32 y 34 de la LH (*Vid.* Resolución de 15 de enero de 2013).

Resolución de 11-10-2016

(BOE de 1-11-2016)

Registro de la Propiedad de Torrox

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD.

Si bien se produjo una primera presentación por vía telemática en el mes de octubre del año 2015, la misma decayó por no haberse despachado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación —los sesenta días hábiles reconocidos en el artículo 17 de la LH— y no habiéndose producido ninguno de los supuestos de prórroga del artículo 432 del RH, el asiento caducó y por ello perdió en su totalidad cualquier eficacia que la legislación aplicable le pudiera conceder. Objeto de nueva presentación, la misma se produjo bajo la vigencia de la ley una vez objeto de reforma, por lo que la titulación debe ser calificada a tenor del nuevo articulado, y por ello las consideraciones del Registrador han de prevalecer. Recordando la Resolución de 19 de noviembre de 2015: «Por ello, ya no será admisible la simple declaración de la

notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del RH, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la LH, y a la regulación del artículo 209 del RN, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el Notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso».

Resolución de 11-10-2016

(BOE de 1-11-2016)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: REQUISITOS CUANDO HA FALLECIDO EL TITULAR REGISTRAL.

Como señaló la Resolución de 9 de julio de 2011, convendría a este respecto recordar que la calificación del Registrador del tracto sucesivo: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al Registrador; si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.a, párrafo primero, del RH), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes del iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al Registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.a, párrafo segundo, del RH). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral. c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 13-10-2016

(BOE de 2-11-2016)

Registro de la Propiedad de Elche, número 5

DERECHO DE REVERSIÓN EXPROPIATORIO: CANCELACIÓN.

Este Centro Directivo ha señalado (cfr. Resolución de 26 de noviembre de 2001) que son tres los hitos del iter de la reversión, todos ellos susceptibles de

acceso registral: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Tras un detenido estudio de la doctrina jurisprudencial, en la Resolución de 30 de marzo de 2016, se confirmó la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa. Se plantearon en la citada resolución, asimismo, otros posibles modos de cancelación del derecho de reversión, como la renuncia, el expediente de liberación de cargas y gravámenes regulado en el artículo 210 de la LH, tras la redacción dada por Ley 13/2015, o la regla octava de cancelación del artículo 210 de la LH, siempre y cuando pueda afirmarse la existencia de un plazo preclusivo de ejercicio del derecho, a partir del cual puedan computarse los cinco años exigidos por el precepto.

En la Resolución de 19 de abril de 2016, se planteó, sin embargo, otro supuesto cancelatorio diferente a los anteriores, cuando a través del oportuno expediente administrativo, quedó acreditado que el derecho de reversión ha incurrido en causa de caducidad automática y extinción de conformidad con lo establecido en el artículo 55.3 de la Ley sobre expropiación forzosa. Por tanto, puede distinguirse este último supuesto de caducidad automática por transcurso de un plazo legal, de los supuestos previstos en el artículo 54 de la ley expropiatoria, cuya operatividad dependen tanto de la concurrencia de supuestos de hecho, como de la virtualidad de un término inicial o final, según los casos, sin perjuicio del supuesto particular citado para la cancelación de derecho de reversión derivado de la expropiación urbanística, una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración.

Ciertamente deben diferenciarse los supuestos previstos en el artículo 54.2, relativos a la improcedencia del derecho de reversión, esto es, cuando no es posible reconocer el nacimiento del mismo como pleno y efectivo derecho, y no ya como mera expectativa latente, siquiera constatada registralmente; de los casos previstos en el artículo 54.3, donde dándose las circunstancias que permiten reconocer tal derecho, no se dan sus condiciones de ejercicio. Si esta distinción es clara en el plano material o sustantivo, registralmente, su tratamiento a efectos de justificar la cancelación de la expectativa o derecho de reversión, es el mismo. No otra debe ser la solución, a falta de precepto legal, que permita conjugar la calificación de las circunstancias determinantes, ajenas a la calificación registral, y la existencia de diversos plazos, sean o no requisito de ejercicio limitativos.

Resolución de 13-10-2016

(BOE de 2-11-2016)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 9

CONCURSO DE ACREEDORES: EMBARGO DE BIENES COMUNES EN PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL CÓNYUGE NO CONCURSADO.

La declaración del concurso, además de importantes efectos sobre la capacidad de administración y disposición del concursado y su patrimonio, supone atribución de la competencia con carácter exclusivo y excluyente al Juez del

concurso en el artículo 8 de la ley. Debe partirse de dos circunstancias que van a determinar la resolución del recurso. En primer lugar, que la finca está inscrita a nombre de la ejecutada y su cónyuge para su consorcio conyugal, recogido en el Código de Derecho Foral de Aragón, y, en segundo lugar, que sobre la misma finca figura inscrito el concurso del marido de la demandada.

Efectivamente, la formación de la masa activa y pasiva presentan especialidades cuando el concursado está casado en un régimen de comunidad. En el caso de que se trate de persona casada el artículo 77 determina que: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». En el presente expediente el mandamiento de embargo presentado se refiere a una deuda contraída no por el cónyuge concursado, sino por su consorte, debiendo resolverse en este recurso si los acreedores del cónyuge del concursado se ven afectados por la situación concursal de una persona que no es quien contrajo la deuda. La solución a la cuestión controvertida debe encontrarse analizando qué créditos deben incluirse en la masa pasiva. Dice el artículo 49.2 que «en el caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

De las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges responden como se ha dicho, sus bienes privativos y subsidiariamente los bienes comunes, pero estos bienes comunes están sujetos a las vicisitudes derivadas de la actividad de ambos cónyuges no solo de su cónyuge deudor. Permitir la ejecución separada supondría hacer estos créditos de mejor condición que el resto de créditos contra el consorcio conyugal. Corresponde, en definitiva, al Juez del concurso determinar si los acreedores del cónyuge del concursado deben incluirse en la masa pasiva, por tratarse de créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal (cfr. art. 49.2 de la Ley Concursal).

Resolución de 13-10-2016

(BOE de 2-11-2016)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 1

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN Y REQUERIMIENTO A LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

Este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la excepcionalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial, donde se posiciona como un axioma fundamental la necesidad de respeto al procedimiento regulado en el RH como presupuesto esencial para cumplir el precepto constitucional de la tutela judicial efectiva consagrada en dicha norma. Nuestro TC ha tenido ocasión de reiterar en innumerables ocasiones la trascendencia que los actos

de comunicación tienen dentro de los procedimientos judiciales como medio de garantizar que los destinatarios puedan ejercitar su derecho constitucional de defensa (Sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas). Siendo el objeto del requerimiento la notificación de la existencia de las actuaciones notariales y la intimación a realizar el pago, solo si queda acreditado bajo la fe del Notario que el destinatario tiene cabal conocimiento de su contenido y de su fecha es admisible considerar practicada la diligencia y llevado a cabo el trámite en términos que no violenten sus derechos constitucionales. Así ocurrirá si conocido el paradero del destinatario el Notario lleva a cabo la diligencia con consentimiento de aquel y previa su identificación (art. 202 del RN) o si el propio destinatario, conocedor de la circunstancia, se persona ante el Notario al efecto de recibir el requerimiento. En ninguno de estos supuestos se perjudica la posición jurídica del destinatario ni su derecho a reaccionar en la forma que el ordenamiento le permite.

En el supuesto de hecho de este expediente después de diversos intentos infructuosos finalmente compareció en la Notaría don A. M. B. B. que aceptó darse por notificado, en su doble condición de administrador mancomunado de la mercantil deudora «Leumot Service, S.L.», y de hipotecante no deudor. Por lo tanto en cuanto al lugar de notificación nada obsta, conforme a lo antes expuesto, que el requerimiento se efectúe en lugar distinto al reflejado en la inscripción constitutiva de la hipoteca. El artículo 235 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, establece: «Cuando la administración no se hubiera organizado en forma colegiada, las comunicaciones o notificaciones a la sociedad podrán dirigirse a cualquiera de los administradores. En caso de consejo de administración, se dirigirán a su Presidente». Hay que diferenciar el poder de representación de los administradores en virtud del cual estos tienen encomendadas la gestión de la actividad ordinaria de la sociedad y las relaciones de esta con los terceros y que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos y otra la capacidad para recibir notificaciones y requerimientos. En el caso de este expediente, la administración de la mercantil «Leumot Service S.L.» está conferida a tres administradores mancomunados, entre los que se encuentra el citado don A. M. B. B., debiendo actuar dos de ellos cualesquiera conjuntamente. No siendo por tanto una administración colegiada, estará habilitado para recibir notificaciones dirigidas a la sociedad. Por lo tanto el defecto no puede mantenerse.

Resolución de 13-10-2016

(BOE de 2-11-2016)

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR DE LAS MEDIDAS DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS NO MATRIMONIALES.

Es cierto que, en el marco de estos criterios generales, este Centro Directivo (cfr., por todas, Resoluciones de 25 de febrero, y 9 y 10 de marzo de 1988), ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación; y ello porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de

la misma sentencia modificativa del estado de casado. Del mismo modo resulta admisible, como ya habían admitido Resoluciones anteriores, la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Ahora bien, dicha doctrina no implica que —a los efectos de su inscripción— se admita el convenio regulador, aprobado judicialmente, como documento de formalización de una disolución de una comunidad de bienes, adquiridos al margen o en ausencia de todo régimen conyugal. En el caso que ahora se plantea, se produce la adjudicación de varios bienes inscritos por mitad y pro indiviso en favor de dos personas solteras y que nunca han contraído matrimonio entre sí, incluido dentro de un convenio regulador de las medidas de guarda y custodia de los hijos no matrimoniales de los progenitores y titulares registrales.

Resolución de 17-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de Sepúlveda

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. Este método, por tanto, solo debe permitir la corrección de un dato mal reflejado en su término inicial al inmatricular la finca, por lo que la existencia de dudas que pudiera albergar el Registrador de encontrarnos en cualquier otro caso —inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso —o defecto— de cabida declarado. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201 y que tampoco la sola magnitud del exceso o la existencia de una alteración de linderos pueden basar la denegación de la inscripción sin más justificación.

Finalmente, en cuanto a la referencia contenida en la nota de calificación relativa a la falta de coincidencia de la nueva descripción con la representación gráfica catastral aportada, la letra b), del artículo 201.1 dispone que en este procedimiento debe aportarse, en todo caso, la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca o fincas objeto del expediente y que en caso de que el promotor

manifieste que la representación gráfica catastral no coincide con la rectificación solicitada, deberá aportar representación gráfica georreferenciada de la misma.

Resolución de 17-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 2

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 105 RH.

La cuestión planteada en el presente caso debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General expresada en la Resolución de 12 de noviembre de 2010, según la cual la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes, es la de entender que el documento presentado en el diario en primer lugar (la compraventa) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. El artículo 105 del RH, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultas se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso la demanda de nulidad del testamento) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado. Todo ello lleva a la conclusión de que en los casos en que existan títulos intermedios presentados entre los dos previstos en el artículo 105 del RH (el subsanable y el subsanador) —fuera de los casos de convalidación—, tales títulos intermedios quedan perjudicados en favor de aquellos con base en la preferencia o prioridad ganada mediante el primer asiento de presentación practicado, preferencia que se comunica al título que reconstruye el tracto del primero.

Resolución de 17-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de Castro del Río

DILIGENCIA DEL LIBRO DE ACTAS: REQUISITOS

Como ha dicho este Centro Directivo (*Vid.* Resoluciones citadas en los «Vis-tos») la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, reformó el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, y con el único ob-jetivo de descargar a los órganos jurisdiccionales de funciones que no tenían la condición de tales, encomendó a los Registradores de la Propiedad la tarea de diligenciar los libros de actas de las comunidades de propietarios, en la forma que reglamentariamente se determinara.

Como criterio general, basta con que se acredite la formalización del título constitutivo de una comunidad de propietarios con elementos inmobiliarios, instalaciones o servicios comunes para que puedan legalizarse sus libros de actas en el Registro de la Propiedad, y ello aunque no esté formalizado en escritura pública el título constitutivo ni esté inscrito en el Registro de la Propiedad.

La interpretación favorable a facilitar la toma de razón de los acuerdos de determinadas comunidades no puede llegar al extremo de admitir la legalización de cualquier tipo de comunidad ordinaria, aun cuando se dote de estatutos o normas, si no cumple las condiciones para la aplicabilidad de la normativa antes reseñada. A este respecto debe recordarse que el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil es aplicable, según expresa el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales, y b) participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Resolución de 18-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 105 RH.

Conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos»), al tratarse en este caso de un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que no es la demandada como deudora procede la denegación de la anotación solicitada, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación (cfr. arts. 20 y 38 de la LH y 140.1 del Reglamento para su ejecución). En segundo lugar, en los casos de falta de tracto sucesivo por falta de inscripción del título del disponente, siendo este causahabiente del titular registral, quedan modalizados los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de prioridad. El artículo 105 del RH, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultas se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso la demanda de nulidad del testamento) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado.

El artículo 105 del RH no excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de defectos cuya subsanación requiera una titulación susceptible de presentación y despacho autónomo, y no documentación meramente complementaria en el sentido del artículo 33 del RH, que no es objeto de asiento de presentación propio, sino que precisamente contempla ese supuesto y solo ese, ya que el defecto cuya subsanabilidad prevé es justa y precisamente la falta de tracto, cuya subsanación presupone la presentación de un título material traslativo de los previstos en el artículo 2 de la LH, por cualquiera de las vías formales contemplados en el artículo 3 de la misma Ley. Además, el criterio por el que se califica como

subsana el defecto de falta de tracto cuando el disponente trae causa del titular registral y así lo alega en el título que presenta primero en el Registro, que establece el artículo 105 del RH, encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en el artículo 140, número 1, del RH, que ha sido sancionado mediante norma de rango legal a través del artículo 629, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual, en relación con el embargo de bienes inmuebles, establece que «si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria».

Resolución de 18-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de Fraga

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: ERROR EN LA COPIA DE LA ESCRITURA QUE CAUSÓ LA INSCRIPCIÓN.

La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la LH, que contempla diversos supuestos. En el supuesto de hecho planteado no existe error del Registro y la inexactitud es motivada por un error en la copia del título inscrito. Es doctrina reiterada por este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 19 de junio de 2010 y 7 de marzo de 2011), que cuando la rectificación de errores o inexactitudes se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes, por su naturaleza, de la voluntad de los interesados, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación registral ni inexcusable la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la LH, pues bastará para llevar a cabo la rectificación la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido. Debe concluirse que en nada afectará a los acreedores puesto que la nueva inscripción que se practique tendrá efectos desde la nueva presentación de la copia autorizada junto con la diligencia de subsanación, sin procederse a cancelar las anotaciones preventivas de embargo (cfr. arts. 17, 71 y 76 de la LH), mientras no se ordene, por la autoridad judicial en la tercería que corresponda, la cancelación de las mismas, todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir el Notario por la expedición de una copia autorizada errónea.

Resolución de 19-10-2016

(BOE de 10-11-2016)

Registro de la Propiedad de Armilla

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aque-

llos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. En el supuesto de que el error proviniera de la tramitación de un expediente administrativo, tampoco procedería la rectificación del Registro por mera solicitud, sino que se precisaría rectificación del expediente administrativo que dio lugar a la certificación administrativa que sirvió de título inscribible.

Por lo que en el presente expediente, no tratándose de un error de concepto cometido en la inscripción, o en otros asientos referentes a ella, que «resulten claramente de la misma», sino derivado de una eventual omisión en el proyecto de reparcelación, no puede entenderse suficiente la instancia privada y por tanto, no constituyendo, en este caso, supuesto que permita la extensión del asiento de presentación de un documento privado, conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario en relación al artículo 3 de la Ley.

Resoluciones de 19-10-2016

(BOE de 11-11-2016)

Registro de la Propiedad de Sant Mateu

RECURSO GUBERNATIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA INTERPONERLO. HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2016 EN MATERIA DE INTERESES DE DEMORA.

Cuando se trata de plazos de meses (o años) el cómputo ha de hacerse según el artículo 5 del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual, aun cuando se inicie al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición, el plazo concluye el día correlativo a tal notificación, en el mes (o año) de que se trate. El sistema unificado y general de cálculos así establecido resulta el más apropiado para garantizar el principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la alegación por el recurrente de no haber recibido notificación de la calificación y las noticias que tiene de la misma son solo por referencias de terceros, dejando constancia de que jamás ha dado autorización para que la notificación deje de hacerse de manera ordinaria de correo con acuse de recibo, debe ser rechazada porque el Registrador ha dejado demostrado en su informe, mediante listado de su programa electrónico de gestión, que la notificación tuvo lugar por vía telemática el día 21 de junio de 2016 a las 11:03:52 horas.

La cuestión de fondo del recurso radica en determinar si la STS de 3 de junio de 2016, relativa a la determinación de cuándo los intereses moratorios de un préstamo hipotecario celebrados por profesionales con consumidores deben considerarse abusivos, es aplicable a las escrituras públicas de ese tipo de contratos, otorgadas antes de dicho fallo. La nulidad de una cláusula hipotecaria por abusividad y la consecuencia de que deba tenerse por no puesta, se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca se ha inscrito en el Registro de la Propiedad. Por tanto, si el carácter abusivo de los intereses moratorios puede ser invocado por los prestatarios, sobre la base del contenido de la STS de 3 de junio de 2016, no solo respecto de los préstamos o créditos autorizados con posterioridad a su fecha o a la de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» u otra medio oficial, sino también

respecto de préstamos o créditos anteriores a tales fechas; igualmente podrá ser calificado por el Registrador de la Propiedad cuando el título que las contenga, cualquiera que sea su fecha, se presenta para su inscripción.

Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, los intereses moratorios abusivos y el límite fijado por el artículo 114.3.^a de la LH operan en situaciones distintas, con diferentes reglas de juego, y obedecen a razones también diferentes. El Registrador puede rechazar una cláusula como abusiva cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del TS (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaria del derecho (art. 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que se hubiera procedido a practicar la inscripción de la hipoteca excluyendo la cláusula relativa a los intereses moratorios, dado que el recurrente no recoge este argumento, procede únicamente reiterar ahora el criterio de este Centro Directivo (Resoluciones de 14 de diciembre de 2010, 7 de noviembre de 2012, 18 de febrero, 12 de septiembre y 3 de octubre de 2014 y 21 de enero, 30 de marzo y 14 de mayo de 2015), mantenido a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según el cual la inscripción parcial de los títulos, en caso de calificación suspensiva o denegatoria de una parte de los mismos, si el pacto o estipulación rechazados afecta a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende, como ocurre respecto de la responsabilidad hipotecaria en cuanto al derecho real de hipoteca, exige la solicitud expresa del interesado o interesados (arts. 19 bis y 322 de la LH).

Resolución de 20-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de El Puerto de Santa María, número 2

RESOLUCIONES JUDICIALES: REQUISITO DE FIRMEZA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROTECCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.

El artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que «mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebel-día, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos». La firmeza, de los pronunciamientos judiciales, tal y como viene señalando este Centro Directivo de manera continuada no puede diseccionarse en cuanto a una posible diferente eficacia una para «efectos registrales» y otra a «restantes o plenos efectos», debiendo la misma ser única para todos los efectos posibles, por lo que la expresión firme «a efectos registrales» no resulta viable en el sistema procesal e hipotecario español, debiendo ser una firmeza a únicos efectos, por lo que la especificación de efectos en la firmeza no puede ser aceptada y el defecto, por ello, debe ser mantenido.

En el supuesto que nos atañe, se anota la traba del embargo en el año 1993 y como consecuencia del procedimiento de apremio se verifica la realización del bien y se adjudica a un licitador; que inscribe su derecho en el Registro. Ahora se pretende la inscripción de la sentencia que declara nulo el embargo de referencia así como el procedimiento de él derivado, sin la necesaria intervención como parte procesal del titular registral del bien, afectado por la pretensión ventilada ante los tribunales que ahora se pretende tenga reflejo en el Registro. El devenir de los acontecimientos, en los que el demandante de la nulidad del embargo no protegió su interés por medio de una anotación de demanda no puede producir efecto alguno frente a un nuevo titular registral, ajeno a dicho proceso —al menos en cuanto a lo que el contenido de los libros refleja— y por ello su resultado no puede perjudicarlo, debiendo para ello entablar las acciones que correspondan contra dicho titular registral en un nuevo procedimiento dirigido contra él, si ello fuera posible. Por estas consideraciones, el defecto debe ser igualmente mantenido.

Resolución de 20-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Sant Mateu

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

El artículo 326 de la LH determina que el plazo para la interposición de recurso es de un mes computado desde la fecha de la notificación de la calificación. El apartado último del mismo artículo determina que «el cómputo de los plazos a los que se refiere el presente capítulo se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Por su parte, el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 establece que «si el plazo se fija en meses o años, estos se computaran a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación (...) del acto de que se trate (...). Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes». Si se tiene en cuenta que en el supuesto objeto de este recurso, según el informe del Registrador de la Propiedad, la calificación se emitió con fecha 20 de junio de 2016 y fue notificada al recurrente con fecha 21 de junio de 2016 por vía telemática (lo cual se acredita con listado del programa registral de gestión y notificaciones), conforme a las anteriores reglas el plazo de interposición del recurso finalizó el día 21 de julio de 2016.

Resolución de 20-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Moncada, número 2

DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: PLAZO DE DURACIÓN.

Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre la vivienda familiar consignado en un convenio regulador de los efectos del divorcio, objeto de aprobación judicial, con la esencial característica de carecer de un plazo o término específico que concrete su duración.

Como recuerda la Resolución de 19 de enero de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en primer lugar, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento, aunque no hay razón para excluir la posibilidad de que el Juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (cfr. párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. Además el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado un derecho ocupacional, y por otro una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil).

El principio de especialidad o determinación registral instaurado en los artículos 9 de la LH y 51 del RH señala que todo derecho que acceda o pretenda acceder al Registro venga perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y tratándose de derechos de vida limitada, como es el derecho de uso, una de las circunstancias que debe concretarse por los interesados es su duración o término, ya sea esta fija o variable. Esta exigencia debe imponerse a todo tipo de documento que se presente en el registro, ya tenga origen notarial, judicial o administrativo, siendo por ello objeto de calificación por parte del Registrador; a tenor de lo señalado en los artículos 18 de la LH y 100 de su Reglamento, al tratarse de un título judicial. Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. El artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, cuyo ámbito de aplicación viene determinado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores (art. 2), establece, sin embargo, que, en todo caso, la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal, y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de uso. Si bien, esta ley no resulta temporalmente aplicable al supuesto, conforme a la norma transitoria segunda, por razón de la fecha de la resolución judicial.

En el caso planteado la indefinición temporal de su duración es evidente, por lo que el defecto tal y como ha sido señalado por el Registrador en su nota de calificación debe ser mantenido, atendiendo a que en el presente supuesto se atribuye a la esposa el derecho de uso, al amparo del artículo 96.3 del Código Civil, es decir, no habiendo hijos menores, que pudieran justificar la procedencia de ausencia de expresa limitación temporal.

Resolución de 21-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL 671 DE LA LEC.

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el Registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 60,35% del valor de subasta de la finca. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «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 aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por

todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las Resoluciones de este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 21-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Vigo, número 6

HIPOTECA: CADUCIDAD CONVENCIONAL.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*Vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. No siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca (y en este caso una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquel —*Vid.* la Resolución de 17 de octubre de 1994—). La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Resolución de 24-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Lleida, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: ARTÍCULO 657 DE LA LEC.

Como ya señaló esta Dirección General en su resolución de 21 de junio de 2005 (con criterio confirmado en otros fallos posteriores): « (...) este artículo (el 657 de la LEC.), que constituye una novedad en la regulación de los procesos de ejecución, establece la posibilidad, a instancia de parte, de que el Tribunal

se dirija a los acreedores que sean preferentes para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía. A la vista de lo que los acreedores declaren, el Tribunal, a instancias del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos del artículo 144 de la LH. Parece por tanto conveniente recalcar una vez más la necesidad de extremar el celo en la calificación de los documentos judiciales en virtud de los cuales se ordene extender la nota marginal indicativa de la disminución de responsabilidad por razón de una concreta carga inscrita, y ello no tiene otra justificación que los efectos que, incluso contra terceros, provoca su consignación en el Registro de la Propiedad. La remisión que hace el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al artículo 144 de la LH, y el desarrollo de este por el 240 del RH, ponen de manifiesto que la minoración de responsabilidad que publica el Registro, no es un mero dato informativo, sino que supone una manifestación de la llamada publicidad material, provocando los efectos derivados de los principios hipotecarios, y de las presunciones de veracidad y exactitud de los asientos registrales.

Conforme a lo establecido en el artículo 657.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes reseñado son requisitos para que mediante mandamiento expedido por el letrado de la Administración de Justicia se haga constar en el Registro el saldo pendiente actualizado de las cargas anteriores a los efectos de lo dispuesto en el artículo 144 de la LH, que tanto el ejecutado como los acreedores titulares de dichas cargas anteriores contesten al oficio que se les ha dirigido al efecto con arreglo al artículo 657.1 y que haya conformidad, en cuyo caso el letrado de la Administración de Justicia expedirá el mandamiento correspondiente. Si contestan y no existe tal acuerdo, se les convoca a una vista ante el Tribunal, que deberá celebrarse en los tres días siguientes y resolverse mediante auto. Ello es congruente además con el artículo 144 de la LH, al que hace referencia de forma expresa. Es decir, para la expedición del mandamiento previsto en la citada norma, se requiere una especial cautela, dada la trascendencia que tiene la nota marginal que se extiende ya que, aunque no tenga efectos cancelatorios, sí afectará y mucho a la posterior realización de la subasta. En el caso objeto de recurso, el que no ha contestado, ni se ha personado en el proceso, ha sido el acreedor titular de la hipoteca respecto de la que se pretende hacer constar que su saldo pendiente es cero euros. Debe, por tanto, prevalecer, en el presente caso, la protección de un derecho (hipoteca en garantía de una cuenta de crédito) que figura inscrito a favor de una determinada entidad.

Resolución de 24-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

SEGREGACIÓN: REPRESENTACIÓN GRÁFICA.

En primer lugar, en cuanto a la exigencia de georreferenciación de la porción expropiada, el artículo 9 de la LH en su redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debida-

mente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Como ya afirmaron las Resoluciones de 2 y de 21 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación.

Como ha señalado este Centro Directivo en las Resoluciones 7 de julio y 2 y 21 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 de la LH).

El tratamiento registral de los supuestos de desplazamientos de la cartografía catastral se contemplan en el apartado 5 del punto séptimo de la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 que dispone que «cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, este se remitirá al Catastro por el Registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe». En consecuencia, para la apreciación por el Registrador de tal desplazamiento de la cartografía (más aún si como indica el Registrador en su nota el desplazamiento es «patológico») se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al registro para su inscripción.

Resolución de 24-10-2016
(BOE de 18-11-2016)
Registro de la Propiedad de Osuna

CONVENIO REGULADOR: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.

En el sentido señalado, tal y como resulta de las Resoluciones contempladas en los «Vistos» el convenio regulador —atendiendo al caso en cuestión— se puede configurar como un contrato privado, firmado entre los cónyuges para adoptar las medidas reguladoras de la separación y divorcio, objeto de aprobación por parte de la autoridad judicial, y cuyo acceso al Registro es posible siempre que en él se contengan medidas de ámbito inmobiliario, susceptibles de acceso a los libros, y que las mismas se encuentren dentro del ámbito de aplicación previsto en el artículo 90 de nuestro del Código Civil. Ahora se plantea la posible incorporación en el convenio regulador del acto de declaración de varias obras nuevas existentes sobre dos bienes que es incluyen dentro de esa liquidación, teniendo en cuenta que dichas construcciones no habían accedido antes al Registro.

Si bien la adecuada descripción de dichas construcciones en el convenio resulta imprescindible para que con ello se pueda elaborar una valoración adecuada —trámite esencial el de la valoración para una correcta formación de haberes y adjudicaciones a los partícipes en la comunidad conyugal—, este hecho no implica que la incorporación de la descripción de la construcción resulte necesario para la completa liquidación del régimen económico-matrimonial, permitiéndose su acceso al Registro, sino que será después, el adjudicatario de la finca el que, en el título ordinario para ello (es decir, la escritura pública notarial) deba, si así lo desea, al ser la inscripción de la obra nueva un asiento de naturaleza voluntaria y declarativa, proceder a la formalización de la declaración de la obra nueva, aportando y cumpliendo para ello los requisitos que para estos casos señalan, entre otros, el artículo 202 de la LH (y en su ejecución las disposiciones del Real Decreto 1.093/1997, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística), la normativa urbanística y del suelo, así como de la ordenación de la edificación que en cada caso pudieran resultar aplicables. Por todo ello, el defecto debe ser mantenido, no obstante, lo cual, puede solicitarse la inscripción parcial de las adjudicaciones sin la inscripción de las obras nuevas.

Resolución de 25-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 34

DONACIÓN: EL DONATARIO REPRESENTA AL DONANTE.

El artículo 1712 del Código Civil distingue entre mandato general y el mandato especial según que comprenda «todos los negocios del mandante» o «uno o más negocios determinados». Por otra parte, el artículo 1713 del mismo Código establece que el «mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración» y que para realizar actos «de riguroso dominio», como sin duda es la donación, «se necesita mandato expreso». Es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo según la cual en el caso de realización de actos de riguroso dominio no es necesario que el poder especifique los bienes sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas, siendo suficiente que se refiera genéricamente a los bienes del poderdante.

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, extirpe 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 ordenamiento jurídico con un claro respaldo constitucional y que no puede ni debe ser restringido innecesariamente. 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).

Resolución de 25-10-2016

(BOE de 18-11-2016)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA CON SUBAPODERAMIENTO: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

El Registrador suspende la inscripción solicitada por entender que la reseña identificativa de la escritura de la que nace la representación del subpoderdante es insuficiente dado que constan su fecha, Notario autorizante y datos de inscripción en el Registro Mercantil, pero no se hace referencia alguna a las facultades representativas de dicho subpoderdante, por lo que, de consulta al Registro Mercantil ha comprobado que aquel representante carece de facultad para subapoderar, pues no aparece expresamente conferida, como exigen los artículos 261 y 296 del Código de Comercio.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Al tratarse de un poder otorgado por vía de sustitución en favor del otorgante, es suficiente que junto a la reseña de la inicial escritura de apoderamiento y de la de sustitución de poder, con indicación de los datos antes referidos, se exhiba únicamente copia autorizada de esta última y se exprese por el Notario autorizante de la escritura calificada el juicio de suficiencia congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en dicho título y con el mismo contenido de este. En cambio, según el criterio de este Centro Directivo, (cfr. las Resoluciones de 10 de febrero de 1995, 9 de abril de 2003 y 11 de junio de 2004) no es necesario que se exhiba a este Notario la copia autorizada de esa escritura inicial de apoderamiento ni que este exprese el juicio de suficiencia de facultades representativas referido a dicha escritura, por tratarse de extremos que quedan bajo la fe pública del Notario autorizante de la escritura de sustitución del poder.

Según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por

resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el Notario y el Registrador de la Propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos, sin que pueda considerarse que una interpretación de los mismos realizada por el Registrador que difiera de la que haya realizado el Notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto le atribuye la ley y sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la suficiencia (*Vid.*, por todas, la Resolución de 11 de diciembre de 2015). La cuestión fue expresamente resuelta por la resolución de 11 de junio de 2004 de esta Dirección General, que, para un caso idéntico al presente, se pronunció en los siguientes términos: «Para que el mandato se reputé comisión mercantil el artículo 244 de dicho Código [Código de Comercio] requiere la acumulación de dos circunstancias: que tenga por objeto un acto u operación de comercio y que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista. Aunque el Banco vendedor y poderdante es empresario, es lo cierto que la legislación bancaria citada en los vistos le impone un objeto social exclusivo, el propio de las Entidades de Crédito. Y aunque las Entidades crediticias pueden realizar otras actividades conectadas más o menos directamente con su objeto social, difícilmente reunirán las características económicas del acto de comercio (interposición en el tráfico, habitualidad, ánimo de lucro). Tampoco desde un punto de vista estrictamente jurídico puede el Banco realizarlos de forma permanente, a través de una organización estable y adecuada al efecto y con ánimo lucrativo. Pero es que también falta en este caso la primera circunstancia, que tenga el carácter de acto u operación de comercio la realizada en ejecución de la comisión mercantil. Se trata de un mandato de carácter civil, al que le es de plena aplicación lo previsto en el artículo 1.721 del Código Civil, según el cual «el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido...». En consecuencia, el juicio de suficiencia emitido por el Notario autorizante es plenamente congruente con la elevación a público de documento privado de compraventa que se verifica mediante la escritura calificada.

Resolución de 24-10-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Aguilar de la Frontera

DONACIÓN: EFECTOS DE LA DONACIÓN CON RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER.

La donación, aun cuando estuviere sometida a la reserva prevista en el artículo 639 del Código Civil, otorga al donatario la propiedad de los bienes, que incluso podrá transmitir sin perjuicio de que aquellos, aun en poder de terceros, queden sujetos al ejercicio del derecho del donante, salvo que se trate de adquirentes protegidos por la buena fe (arts. 34 y 37 de la LH). Señala la Resolución de 23 de octubre de 1980 que «considerando que la donación con reserva de la facultad de disponer aparece regulada en el artículo 639 del Código Civil y ha de ser tratada como una donación sujeta a condición resolutoria dado que su actual propietario puede verse privado del dominio del bien transmitido, si se ejerce por el donante la facultad que se reservó, y en consecuencia no puede

desconocerse, como ya ha sido declarado por este Centro Directivo, que cabe practicar la anotación preventiva de embargo sobre el inmueble donado, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del propietario».

Lo que diferencia la reserva de la facultad de disposición de la condición resolutoria propiamente dicha, es que en el primer caso la extinción de la primitiva transmisión depende exclusivamente de la voluntad del reservista, que decide libremente ejercer la disposición reservada. Es también acertada la postura del Registrador al exigir la intervención del acreedor favorecido por el embargo, dado que, al extinguirse el derecho del donatario gravado con la reserva de la facultad de disposición, ha desaparecido el objeto de la traba, por lo que la posterior ejecución, caso de efectuarse, resultara infructuosa.

Resolución de 26-10-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Padrón

DERECHO FORAL DE GALICIA: PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo («Vistos») que 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 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 STS de 21 de julio de 1986, es de aplicar a estas particiones el artículo 1068 del Código Civil.

Así pues, sentado que se trata de un testamento particional, lo que no se objeta por el Registrador, hay que determinar si es necesaria la concurrencia de todos los herederos para el otorgamiento de la escritura. Siendo que se cumplen todas las fases de la partición, debe revocarse el segundo defecto señalado en la calificación, dado que no será necesario la intervención de los herederos.

La segunda cuestión, recogida como primer defecto en la calificación, es la de adjudicar en la partición hecha en el testamento, bienes de carácter ganancial previa la liquidación de la sociedad conyugal. Pero hay que recordar a efectos de este expediente, que tratándose de una sucesión de causante aforado a Derecho Civil gallego, la legítima tiene una naturaleza especial «*pars valoris*», lo que permite que en esa liquidación de bienes comunes, el legitimario ostente solo un derecho al valor. Además, resulta del conjunto de la regulación gallega en materia sucesoria la voluntad legislativa de evitar situaciones de bloqueo derivadas de la no concurrencia de algún heredero o legitimario a la partición. Centrados

en el supuesto de este expediente, tenemos que en el testamento se adjudican a la heredera «todos los derechos que corresponden a la testadora en la finca...». En consecuencia nos encontramos en el caso de adjudicación del derecho que corresponde a la testadora en un bien ganancial y el efecto, conforme al Derecho gallego, es el de que se entiende referida a la mitad de su valor y siendo que presta su consentimiento el cónyuge superviviente, a la mitad indivisa de la finca.

Resolución de 26-10-2016
(BOE de 22-11-2016)
Registro de la Propiedad de Sepúlveda

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

Como se ha señalado en la Resolución de 8 de septiembre de 2016, la doctrina que esta Dirección General ha venido manteniendo sobre la exigencia del libro del edificio ha sido recogida en varias Resoluciones (cfr. «Vistos») señalando, resumidamente, que no se pretende tutelar el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma. Expuesta la doctrina mantenida hasta ahora por este Centro Directivo, se estima su revisión, consecuencia de los cambios introducidos por la reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en el que se modifica el artículo 202 y en su párrafo tercero señala que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». En base a este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Requisito que viene confirmado por el artículo 9.a) de la LH. Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito.

Resolución de 26-10-2016
(BOE de 22-11-2016)
Registro de la Propiedad de Balaguer

HIPOTECA: MODIFICACIÓN DEL VALOR DE LA FINCA A EFECTOS DE SUBASTA Y RANGO HIPOTECARIO.

La única cuestión planteada en el presente recurso consiste en dilucidar las consecuencias registrales del pacto de la modificación o subsanación del precio

en que los interesados tasan la finca hipotecada para que sirva de tipo en la subasta, cuando la hipoteca a la que se refiere se encuentra ya inscrita y según el Registro de la Propiedad existen derechos reales o cargas posteriores a la misma y anteriores a la escritura de modificación presentada.

En primer lugar, se estima por esta Dirección General, con la generalidad de la doctrina, que el precio en que los interesados han tasado la finca en la escritura de constitución de hipoteca, para que sirva de tipo a la subasta, puede ser objeto de modificación posterior por acuerdo entre el acreedor y el deudor (y el hipotecante no deudor, en su caso).

La alteración del tipo o del valor a efectos de subasta de la finca hipotecada, por tanto, no es que no genere en sí misma una alteración del rango de la hipoteca a la que se refiera, por no estar incluida en los dos supuestos citados, es que ni siquiera tiene la consideración de circunstancia susceptible de provocar una novación de la obligación garantizada porque opera en el ámbito meramente procesal. Por tanto, en términos de estricto rango hipotecario, la modificación del tipo de la finca hipotecada a efectos de subasta, para adaptarlo al valor de mercado, no requeriría del consentimiento de los titulares registrales posteriores.

Es indudable que si la finca se ha transmitido a un tercero, se haya subrogado o no en la obligación garantizada, será necesaria siempre su intervención o consentimiento. Tratándose de titulares de derechos inscritos o cargas de rango posterior, la doctrina se encuentra dividida, así algunos autores —fundamentalmente procesalistas y civilistas— consideran necesario también el consentimiento de los mismos por cuanto no les es indiferente la valoración que a efectos de subasta se pretenda hacer constar en el Registro a posteriori. Esta opinión parecería confirmarse con la dicción de los artículos 639.4, 640.3 y 641.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, concluyen estos autores, que el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores, durante la fase de seguridad de la hipoteca, es innecesario, ya que la inscripción del valor de tasación no atribuye por sí misma derecho alguno a esos titulares hasta la utilización de los correspondientes procedimientos, pues, hasta ese momento, el ejecutante puede desvirtuar esa expectativa acudiendo a otros procedimientos distintos para llevar a cabo la ejecución. Todo ello sin perjuicio que de *«lege ferenda»* sea conveniente regular expresamente esta modificación posterior del tipo de subasta.

Por último, señalar dos aspectos que inciden en la innecesidad del repetido consentimiento de los titulares registrales de cargas posteriores. El primero radica en la circunstancia de que esa modificación del tipo de subasta responde a una causa adecuada (semejante a la causa de la acción de devastación) consistente en la necesidad o conveniencia de ajustar dicho tipo de subasta al valor de mercado de la finca hipotecada en un momento posterior a la constitución de la hipoteca. El segundo aspecto consiste en que esa nueva tasación del inmueble hipotecado, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, «no podrá ser inferior; en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario» (arts. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH), es decir, tasación realizada por entidad homologada, con una antigüedad no superior a seis meses, y ajustada al método regulado por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía, en su redacción del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril; lo que garantiza una valoración objetiva y que la modificación del tipo no se producirá en fraude de los terceros interesados.

Resolución de 26-10-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA EN LAS HIPOTECAS PARA GARANTIZAR DEUDAS FISCALES.

Lo que resulta en este supuesto, no obstante, el carácter ambiguo del párrafo final de la estipulación quinta, es que el tipo máximo de intereses de demora a efectos de la cobertura hipotecaria resulta ser el interés legal de dinero vigente en cada momento incrementado en un 25%, previsto en el artículo 26 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Ello resulta de una interpretación sistemática de las expuestas estipulaciones tercera y quinta y de la normativa aplicable, de la que resulta que, el tipo de interés moratorio garantizado y el número de años que comprende su cobertura, tienen carácter imperativo para la Administración, que no puede ni aumentarlos ni disminuirlos, salvo en los supuestos legalmente establecidos.

La garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). Y ello es así porque el máximo de cinco años a que se refiere el párrafo segundo del artículo 114 de la LH no está dirigido a operar en el plano de la definición del derecho real de hipoteca a todos los efectos, sino en el de la fijación del número de anualidades por intereses que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros (Resolución de 3 de diciembre de 1998).

En conclusión, tratándose de hipotecas constituidas a favor de la Administración Tributaria no se considera exigible la fijación de un tipo máximo para los intereses de demora a efectos hipotecarios porque: a) está determinado por ley, el tipo de interés moratorio que en cada periodo se puede imponer al sujeto pasivo incumplidor —objetivamente referenciado al interés legal del dinero—, y b) la Administración no goza de la facultad de fijar un tipo concreto máximo que, en un momento determinado de la vida de la hipoteca, pudiera ser inferior al legalmente aplicable, porque ello supondría dejar sin garantía una parte de esa obligación accesoria de intereses moratorios en contra de la legalidad tributaria vigente.

Resolución de 27-10-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

HERENCIA: LLAMAMIENTO SUJETO A CONDICIÓN.

La primera cuestión, a los efectos que nos interesa ahora, estriba en si es posible que uno solo de los herederos sin concurrencia de otros pueda interpretar

por sí solo el testamento y con ello decidir el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones impuestas a la institución de herederos. Así pues, en general, la pretensión del único heredero —no hay sustitución vulgar en este supuesto para los otros premuertos— que además es albacea, de decidir por sí, sin intervención de las otras personas nominalmente designadas como favorecidas acerca del cumplimiento o incumplimiento de disposiciones, encaja dentro de sus atribuciones que le corresponden en cuanto continuador de la voluntad de la causante, ya que no incide en la posición de terceras personas, puesto que los otros dos instituidos no tienen capacidad para suceder.

En cuanto al acta de manifestaciones de testigos incorporada a la escritura, que corrobora lo expresado con el heredero y determina el cumplimiento de la condición. Ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 16 de abril de 2013, reiterada por la reciente de 13 de julio de 2016, que este tipo de actas tienen como contenido el juicio que emite el Notario sobre la notoriedad de un hecho, es decir sobre una serie de circunstancias por las cuales ese hecho no necesita prueba. El Notario no da fe de la verdad de ese hecho ni de la exactitud de su notoriedad sino que se limita a expresar un juicio sobre esa notoriedad. Da fe, entre otros extremos, de las declaraciones de los testigos pero no de la verdad o evidencia del hecho aseverado por los mismos. El Notario no percibe el hecho notorio de «*visu et auditu*», sino mediatamente. No afirma la evidencia personal de un hecho, sino un juicio de valoración de pruebas. Son actas de percepción de declaraciones o de documentos, con el añadido del juicio de notoriedad, algo que es compatible con la función de jurisdicción voluntaria atribuida a los Notarios. El artículo 80.2 del RH, determina que «el acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella». Ciertamente, este precepto reglamentario está pensado para las sustituciones hereditarias; pero, debe entenderse que en estos supuestos de llamamientos condicionales, también se produce una situación de indeterminación en cuanto a quién ha de ser el efectivamente llamado, dependiendo del cumplimiento o incumplimiento del hecho o acontecimiento condicional, cuyo cumplimiento o incumplimiento también puede acreditarse mediante acta de notoriedad. El artículo 209 del RN determina en su apartado 2.2, que «en el caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo». Se hace necesaria, al menos, una citación efectiva y fehaciente a los demás herederos interesados, a los efectos de que puedan realizar las manifestaciones u oposiciones que puedan amparar su derecho.

Resolución de 27-10-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 7

SENTENCIA: INSCRIPCIÓN.

Una finca registral consta inscrita por mitad y proindiviso, a favor de dos cónyuges, don F. M. M. y doña J. P. M. También consta anotación preventiva

letra A de derecho hereditario a favor de don J. A. M. P., de la cual resulta el fallecimiento de uno de los titulares registrales (el marido) y el procedimiento seguido a instancia de don J. A. M. P., contra los otorgantes de la escritura (que no consta inscrita) de aceptación de herencia, inventario y partición o adjudicación, del referido titular registral. En fecha de 28 de junio de 2011 recayó sentencia estimatoria y declarativa de que don J. A. M. P. es heredero forzoso y legitimario y que le corresponde la mitad de un tercio de la herencia de su padre, condenando al otro heredero (don F. J. M. P.) y al albacea a la rectificación de la escritura de aceptación de herencia (no inscrita). Y ahora se presenta testimonio de un auto judicial de ejecución de la referida sentencia por la que se ordena, entre otras cosas, rectificar determinadas inscripciones registrales de otras fincas, y adjudicar a don J. A. M. P. el pleno dominio de una sexta parte indivisa de la finca registral número 26.909 (trasladada de la finca registral número 24.826) del Registro de la Propiedad de Marbella número 7.

No obstante las dificultades que resultan del indicado auto de fecha 12 de mayo de 2016, interpretado en su contexto, aportándose la escritura de herencia causada por el fallecimiento de don F. M. M. autorizada por la Notaria de Marbella, doña Amelia Bergillos Moretón, el día 1 de abril de 2008, junto con el indicado auto de ejecución de sentencia de 12 de mayo de 2016, y siempre que exista solicitud de inscripción parcial (cfr. arts. 19 bis de la LH y 425 del RH) podrá practicarse la inscripción de una sexta parte indivisa de la mitad indivisa por herencia causada al fallecimiento de don F. M. M., denegándose respecto de la mitad indivisa de titularidad de doña J. P. M.

Resolución de 2-11-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LA DGRN FRENTE A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. DONACIÓN: ACEPTACIÓN EN VIDA DEL DONANTE.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los Registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la LH y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la LH.

La aceptación por el donatario es válida y eficaz aun cuando el donante después de haber donado haya sido incapacitado o haya sido declarado ausente. Cuestión distinta es que, aceptada la donación, el donante (o el tutor, en caso de incapacitación, y el defensor del ausente, en caso de declaración de ausencia) conserve la facultad de revocarla hasta que conozca la existencia de esa aceptación (art. 623 del Código Civil español y artículo 531.8.1 del Código Civil de Cataluña). En tanto la aceptación no llega a conocimiento del donante, subsiste durante la vida de este la posibilidad de revocación (SSTS de 22 de febrero de 1940 y 14

de mayo de 1966). Esta facultad se extingue con la muerte del donante, y no se transmite a los herederos. Pero la aceptación no produce efecto «si no se hiciese en vida del donante» (art. 633, párrafo segundo, del Código Civil; *vid.* en sentido análogo el artículo 531-7 del Código Civil catalán). El no tener la aceptación de la donación el carácter de acto personalísimo, puede aceptar el propio donatario o hacerlo persona que tengan atribuido el poder de representación de dicho donatario con facultades para aceptar donaciones. La aceptación por medio de representante voluntario presupone la existencia de poder. Es indiferente que ese poder se haya conferido antes o después del otorgamiento de la donación. En el caso de falta de poder de representación o en el caso de insuficiencia de poder, para que la aceptación produzca efecto se requiere la ratificación (arts. 1259, 1727 y 1892 del Código Civil), sea por el donatario, sea por quien tenga el poder suficiente para ratificar en nombre de este; y se requiere, además, que esa ratificación se produzca durante la vida del donante.

Resolución de 2-11-2016
(BOE de 22-11-2016)
Registro de la Propiedad de La Roda

HERENCIA: PARTICIÓN JUDICIAL.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los «Vistos» señalando que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa la protocolización notarial que viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando señala: «Pasado dicho término sin hacerse oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas». Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la LH se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

Resolución de 7-11-2016
(BOE de 22-11-2016)
Registro de la Propiedad de Lillo

HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Se debate en este recurso la determinación del «*dies ad quem*» para el cómputo de un plazo de caducidad conforme al artículo 82 de la LH de una hipoteca en la que existe la siguiente condición: «La compareciente se obliga a pagar a los tenedores de los citados títulos el valor nominal de los mismos a su vencimiento; no obstante si al concluir el plazo señalado no se pagasen las obligaciones emitidas, se entenderá, si no exigen los tenedores de las mismas el reembolso o

pago, y hasta que lo exijan, prorrogada la obligación de pagar de año en año, en un máximo de diez años».

La constitución de una hipoteca en garantía de varias obligaciones hipotecarias supone, como sostuvo este Centro Directivo en Resolución de 18 de diciembre de 1966, que «cuando los diversos títulos garantizados están llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia, y cuando cada una de las obligaciones cartulares pueda ser exigida aisladamente y promover la ejecución hipotecaria separadamente, el supuesto contemplado no es ya el de constitución de una hipoteca única sobre varias fincas en garantía de un único crédito, sino el de constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados». De admitir la cancelación por caducidad de la hipoteca en garantía de obligaciones cuyos tenedores no fueron requeridos de pago, como se verá, se produciría su absoluta indefensión y la cancelación anticipada de su derecho en contra de lo pactado como día final para el ejercicio de sus acciones hipotecarias. El ejercicio de la acción hipotecaria respecto de quince obligaciones no implica a) ni el requerimiento de pago de los obligacionistas no ejecutantes ni b) el vencimiento de la totalidad de las obligaciones de la emisión dada su igualdad de rango (arts. 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, 155, párrafo segundo, de la LH, 668.3, 669.2 y 670.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 227 del RH) y dada la configuración de tantas hipotecas como obligaciones que, como se ha visto, se sostiene por este Centro Directivo, tal pretensión vulneraría la exigencia implícita, en el principio de subsistencia de la hipoteca en garantía de los títulos que no han ido a la ejecución en tanto que carga preferente (cfr. arts. 156 de la LH y 227 de su Reglamento, citados).

Resolución de 7-11-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Alcoy

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SUCESIÓN PROCESAL DEL EJECUTANTE.

Por medio de la anotación preventiva de embargo, lo que accede al Registro no es el crédito que motivó el embargo, sino el embargo mismo, la medida cautelar, y tiene por objeto preservar el buen fin de la ejecución. Corresponde al Juez apreciar la sucesión procesal del demandante (art. 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no debe haber obstáculo para practicar la prórroga de la anotación de embargo, por cuanto, como ha quedado expresado, lo que accede al Registro es la medida cautelar ordenada en el proceso de ejecución, esto es, cuando la personalidad del acreedor ha sido reconocida judicialmente, esa legitimación no puede ser calificada por el Registrador, aunque no coincida con el titular registral de la anotación. Esta es una diferencia sustancial entre un procedimiento de ejecución ordinario y un procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados.

Resolución de 7-11-2016

(BOE de 22-11-2016)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA CUANDO NO SE HA PACTADO NADA AL RESPECTO.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo debatida en este expediente, debe abordarse el problema de si se entiende acreditada la legitimación del recurrente para interponer el recurso, cuando el poder concedido por el interesado se otorgó después de la interposición del recurso, y falta una posterior ratificación de tal interposición por parte de la entidad acreedora o por parte del propio apoderado recurrente una vez que se le ha conferido facultades representativas suficientes. Las Resoluciones de 21 de octubre de 2011 y 19 de enero de 2015 admiten que el documento que acredite la representación se presente en el Registro después de interpuesto el recurso, y entienden que el documento que conceda a posteriori la representación al recurrente, si se ha aportado dentro del plazo que existe para subsanar defectos, debe interpretarse como una ratificación o una convalidación retroactiva (cfr. artículo 1.727 del Código Civil) de lo actuado por el representante; sin necesidad de tener que formular una posterior ratificación expresa del recurso en los términos que exige, en este caso, la Registradora calificante.

Conviene señalar en primer lugar que, como señala la Registradora de la Propiedad, la regla general en el sistema registral español es que no cabe la posibilidad de extender la garantía hipotecaria a conceptos cuya obligación de pago no resulte de la propia escritura de préstamo hipotecario, ya que la accesoriadad del derecho real de hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 104 de la LH y 1.857 del Código Civil) exige una precisa determinación de este, tanto en cuanto a su existencia, presente o futura, como a su cuantía, y también de las obligaciones accesorias y/o complementarias que adicionalmente se pretendan garantizar; de tal manera que puede afirmarse que sin obligación pactada y determinada no puede existir hipoteca (*Vid.* Resoluciones de 9 de enero de 2002, 11 de octubre de 2004, 25 de abril de 2005, 26 de enero de 2012, y 28 y 29 de mayo de 2014) y que no es posible la discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (dos Resoluciones idénticas de 9 de octubre de 2015).

La indemnización en que se traducen los intereses moratorios no opera porque haya sido pactada por las partes, sino porque la Ley expresamente atribuye ese efecto al incumplimiento y lo cuantifica de forma subsidiaria. Así, el artículo 1108 del Código Civil dispone que «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal», lo que se traduce en materia de hipotecas en que si las partes, como ocurre en el supuesto objeto de este recurso, no pactan la exclusión del devengo de intereses moratorios y tampoco señalan la cuantía de los mismos (con las limitaciones legales y jurisprudenciales que procedan en el ámbito del consumo: artículo 114, párrafo tercero, de la LH y STS de 3 de junio de 2016), el prestatario en caso de incumplimiento estará obligado a pagar los intereses moratorios correspondiente al interés legal del dinero fijado oficialmente cada año y, en consecuencia, tal obligación podrá ser

garantizado con la hipoteca. Ahora bien, en este ámbito de consumo debe tenerse en cuenta que cuando tuviere lugar la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios, bien por exceder del resultado de sumar dos puntos al interés remuneratorio pactado (criterio objetivo de abusividad fijado por la STS de 3 de junio de 2016), bien por ser contraria al artículo 114, párrafo tercero, de la LH (exceder de tres veces el interés legal del dinero cuando concurren los presupuestos de su aplicación), el efecto que se produce, según la doctrina del TS (*Vid.* SSTs de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 23 de diciembre de 2015, y 18 de febrero y 3 de junio de 2016), es la no aplicación al consumidor de la cláusula abusiva de intereses de demora con mantenimiento del contrato en lo demás si ello fuera posible sin la misma (art. 6.1 de la Directiva 13/93), la imposibilidad de moderación o integración judicial de la cláusula (art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y la inaplicación de la citada normativa nacional supletoria en defecto de pacto, porque la ineficacia de la cláusula de intereses moratorios se impone coactivamente al profesional como una sanción.

Es cierto que el contrato de hipoteca no contiene un pacto específico relativo al devengo y cuantía de los intereses de demora, pero tampoco recoge ningún pacto que lo excluya ni expresa ni deductivamente, por lo que ello bastaría para que la conclusión que debería extraerse, con base en todo lo expuesto hasta aquí, sería la voluntad de las partes de someterse al régimen legal subsidiario del artículo 1108 del Código Civil, consistente en la aplicación de intereses moratorios a un tipo igual al del interés legal del dinero. Pero es que, además, del examen de las distintas cláusulas de la escritura de constitución de hipoteca resulta una voluntad clara de las partes en tal sentido, y así, con carácter genérico, en la cláusula decimotercera, acreedor y deudor se remiten a la aplicación de la legislación común española en lo que fuera menester, remisión entre la que se encuentra por supuesto el citado artículo 1108 del Código Civil

Resolución de 3-11-2016

(BOE de 23-11-2016)

Registro de la Propiedad de Escalona

REFERENCIA CATASTRAL: NO CONSTITUYE REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN.

Los efectos del incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral se regulan específicamente bajo este enunciado en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. La claridad con la que se pronuncia esta disposición no deja lugar a interpretación alguna sobre la posibilidad de inscribir el documento aunque no se haya aportado documento acreditativo de la referencia catastral, circunstancia esta que en ningún caso puede considerarse defecto que impida la inscripción, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Dirección General (resolución de 7 de agosto de 2006). Esta conclusión no se ve alterada por las modificaciones que se han introducido en la Ley Hipotecaria y en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Resolución de 7-11-2016

(BOE de 23-11-2016)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

OBRA NUEVA: REQUISITOS. BASES GRÁFICAS: DESPLAZAMIENTOS EN LA CARTOGRAFÍA CATASTRAL.

Cuando, como sucede en este caso, han caducado los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del RH permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el Registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado esta Dirección General, el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la LH. Además, dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. art. 198 de la LH), solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada. Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara. Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador (en el presente caso, en cuanto a la ubicación de la edificación), no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

El tratamiento registral de los supuestos de desplazamientos de la cartografía catastral se contempla en el apartado 5 del punto séptimo de la resolución Conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 que dispone que «cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento

o giro de la cartografía catastral, este se remitirá al Catastro por el Registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe». En consecuencia, para la apreciación por el Registrador de tal desplazamiento de la cartografía (más aún si como indica el Registrador en su nota el desplazamiento es «patológico») se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al registro para su inscripción. En todo caso debe recordarse que conforme al artículo 10.1 de la LH la base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad. No corresponde al Registrador, en el ejercicio de su función calificadoradora, revisar de oficio dicha cartografía catastral.

En cuanto al defecto relativo a la exigencia de licencia de primera ocupación, debe partirse del artículo 28.1.b) del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que exige para inscribir escrituras de declaración de obra nueva terminada, entre otros requisitos, «(...) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna (...)». La legislación urbanística aplicable es la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 214, dispone que están sujetas a declaración responsable. En este sentido, tanto el artículo 71.bis Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente al tiempo de la presentación del documento, como el actual artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, disponen que se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. En el presente caso, no resultan acreditados los requisitos de la declaración responsable exigidos por la legislación urbanística aplicable, no obstante lo cual no podría mantenerse el defecto tal y como ha sido formulado en la nota de calificación, ya que no es exigible la licencia de primera ocupación, sino la declaración responsable. Pero además, es preciso tener en cuenta que es igualmente doctrina de este Centro Directivo que cuando resulta de la documentación presentada que la finalización de la obra se ha producido en fecha determinada y esta es anterior al plazo establecido para que la Administración ejerza su acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, no procede exigir aquellas otras licencias o autorizaciones exigidas por la legislación sectorial considerando aplicable, por identidad de ra-

zón, lo previsto en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo (Resoluciones de 14 de abril y 4 de mayo de 2011, y 17 de enero y 1 de marzo de 2012).

Procede analizar el tercer defecto relativo a que es preciso que el arquitecto afirme que la obra concuerda con la realidad, de conformidad con lo que dispone el apartado 2 del artículo 19 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana. Para precisar el contenido de la exigencia relativa al certificado técnico debe acudir al artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo conforme al cual, para inscribir escrituras de declaración de obra nueva los Registradores exigirán «certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo». Considerando la dicción de este precepto, basta con que el certificado exprese que la descripción de la obra se ajusta al proyecto sin que sea necesaria ninguna mención adicional, razón por la cual el defecto debe ser revocado.

Por último, exige el Registrador aclaración sobre si ha existido un cambio en el director de la obra, al estar expedido el certificado relativo a las coordenadas de la edificación por técnico distinto al que consta en la licencia de obras. Esta Dirección General (cfr. resoluciones citadas en «Vistos») ha interpretado de forma amplia el modo en que pueden acreditarse dichas coordenadas de la edificación, de manera que pueden contenerse bien en una certificación catastral descriptiva y gráfica, o en un certificado técnico, ya sea en formato GML u otro. Por ello, en ningún caso puede deducirse del precepto que en caso de acreditarse mediante certificado técnico deba este ser suscrito por el mismo que dirigió la obra o el proyecto. Por tanto, este defecto también debe ser revocado.

Resolución de 14-11-2016

(BOE de 30-11-2016)

Registro de la Propiedad de Carmona

HERENCIA: PSEUDO USUFRUCTO TESTAMENTARIO.

Es claro que no estamos ante una condición resolutoria en sentido propio, sino a lo que la doctrina denomina «pseudousufructo testamentario». Dicha disposición testamentaria es definida por la doctrina científica como aquella institución testamentaria en usufructo vitalicio, en la cual se silencia la atribución de la nuda propiedad respecto a los bienes usufructuados, pese a designarse las personas a quienes corresponderán en pleno dominio dichos bienes una vez extinguido el usufructo, siempre y cuando vivan en el momento del fallecimiento del usufructuario, ya que solo en ese momento quedarán determinadas.

Centrándonos en el fondo del asunto, la transmisión del usufructo a favor de los hijos se produce con el primer llamamiento, y la de la nuda propiedad está pendiente del cumplimiento de la condición de que sobrevivan a los usufructuarios. Por lo tanto, la adquisición de esa nuda propiedad se producirá al cumplimiento de la condición y no por la renuncia del usufructuario, que no la anticipa; durante esa situación de pendencia, hay otros hermanos y sobrinos pendientes de que se cumpla o no para ver si adquieren y en su caso, en qué proporción lo van a hacer. En consecuencia, no procede cancelar la condición resolutoria por caducidad en virtud del artículo 82.5.o o el artículo 210.1.8.a de la LH como pretende el recurrente.

Es por ello que dicha cancelación podría obtenerse mediante el procedimiento general regulado en el artículo 210 de la LH relativo al expediente de liberación de cargas y gravámenes o bien acreditando el fallecimiento de la usufructuaria acompañada de acta de notoriedad (cfr. art. 82 del RH) en relación a la existencia e identificación de los sucesores, a los efectos de entenderse cumplida la condición impuesta en el testamento.

Resolución de 14-11-2016

(BOE de 30-11-2016)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

AGREGACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN.

El artículo 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria, afectando por tanto a la finca resultante una agregación como se plantea en el presente expediente. Por tanto, es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados. Como ya afirmó la Resolución de 8 de junio de 2016, en ninguno de estos preceptos, ni en el artículo 199.1, se habla expresamente de que, además de aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica, haya de describirse en el título la finca según lo

que resulta de tal certificación. En el presente caso, según alega el recurrente, se pretende completar la descripción literaria con la representación gráfica catastral incorporada al título y que se afirma corresponder con la finca resultante de la agregación. Sin embargo, las diferencias de superficie entre tal representación gráfica y descripción literaria exceden del 10% a que se refiere el artículo 9.b) de la LH, por lo que no se aprecia la correspondencia exigida en este precepto. No es admisible la alegación del recurrente en el sentido de que no debe tenerse en cuenta a efectos de este cómputo la superficie de 55,95 metros cuadrados que se dice serán cedidos para viales.

Sí sería inscribible si resultare del título que la agregación es la porción restante tras una segregación ya efectuada con tal finalidad de cesión para viales, aunque estuviera pendiente de formalizar. Debe recordarse que en tal caso podría acceder al Registro la operación afectante solamente la porción restante que resultase tras la modificación hipotecaria que se hubiera efectuado. Como ha señalado este Centro Directivo en las Resoluciones de 7 de julio y 2 y 21 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación.

Resolución de 14-11-2016

(BOE de 30-11-2016)

Registro de la Propiedad de Monóvar

INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA: PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH

Debe decidirse en este expediente si es inscribible la representación gráfica catastral de una finca una vez tramitado el expediente del artículo 199 de la LH. El Registrador suspende la inscripción, considerando que de los documentos aportados y de la oposición de un colindante resulta que existe un conflicto en cuanto al derecho de propiedad de parte de la base gráfica aportada, entiende que lo procedente es que dicho conflicto se resuelva por acuerdo entre las partes enfrentadas o, en su defecto, en la vía judicial.

Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016), según el artículo 199, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto cuarto de la resolución-circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el Registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Además, según el precepto corresponde al Registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no

haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse, como pretende el recurrente, en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del Registrador.

El artículo 342 del RH dispone que «también podrán expedir los Registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la LH. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho expediente registral, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

Resolución de 14-11-2016

(BOE de 30-11-2016)

Registro de la Propiedad de Piedrabuena

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es la de si procede acceder a la inmatriculación de una finca por la vía del nuevo artículo 205 de la LH en virtud de escritura pública de compraventa de fecha 18 de abril de 2016, acompañada del título de adquisición de los vendedores, que es escritura pública de adjudicación de herencia de fecha 16 de diciembre de 2015, dándose la circunstancia de que el fallecimiento de la causante de dicha herencia se produjo el 27 de junio de 2015.

En cuanto al momento temporal en que debía haberse producido la previa adquisición por el ahora transmitente, no se exigía ninguna antelación mínima con respecto a la fecha del otorgamiento del título público traslativo y que opera como inmatriculador. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Con independencia del carácter atributivo, declarativo o especificativo que se predique de la partición, es evidente que en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo respecto del heredero en la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados (cfr. art. 1068 del Código Civil). Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el

artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia. Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General acerca de que queda fuera de toda duda el que no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el Registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados *ad hoc* de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos. Pero es que aun cuando hipotéticamente se tomase como fecha de inicio del cómputo la del fallecimiento de la causante de la herencia, resulta que, como reconoce la propia recurrente, tampoco ha transcurrido un año entre la fecha del fallecimiento de la causante de la herencia, acaecida el 27 de junio de 2015 y la escritura de compraventa otorgada por sus herederos, que es de fecha 18 de abril de 2016, sino que cuando se otorgó dicha compraventa faltaban todavía más de dos meses para completar el año requerido por el artículo 205 de la LH.

Dado que, como recordó la resolución de 5 de mayo de 2016, el título previo al inmatriculador ha de ser también calificado por el Registrador, resulta necesario acompañar a la escritura de adjudicación hereditaria, como exigió la Registradora, el certificado de defunción de la causante, su testamento y el certificado del Registro de Últimas Voluntades.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 12-9-2106

(BOE 5-10-2016)

Registro Mercantil de Castellón

LIQUIDADOR. CONVERSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

De conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, en la tramitación del recurso no pueden ser tenidos en cuenta documentos no calificados por el Registrador y aportados al interponer el recurso.

El artículo 376.1 de la Ley de Sociedades de Capital aborda el problema de la designación inicial de los liquidadores, tratando de eliminar un incierto periodo transitorio entre la disolución y el nombramiento de liquidadores. Hay que atender primero a la voluntad de los socios expresada en los estatutos; en segundo lugar a la designación inicial de los liquidadores en la misma junta que acuerde la disolución, y solo en defecto de ello, conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores. Solo en último término y en los casos previstos en la Ley (arts. 377 de la Ley de Sociedades de Capital y 128 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) puede producirse la designación judicial o, en su caso, la designación por el Registrador Mercantil de liquidador.

En el caso debatido, la junta acordó la disolución y que los liquidadores fueran designados por el órgano judicial. Con ello podría entenderse que su voluntad fue la de excluir la conversión en liquidadores de los anteriores administradores. Al devenir

imposible la voluntad de la junta por la negativa judicial a la designación de liquidador, la situación es equiparable a no haber designado la junta liquidador alguno, y la consecuencia ha de ser, por tanto, la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores, sin que sea preciso ulterior acuerdo de la junta.

En los supuestos de conversión automática de administrador en liquidador no se precisa aceptación alguna, aunque no existe obstáculo en que, siquiera sea de manera formal y no sustantiva, un administrador quiera afirmar o reafirmar la sustitución de su condición de administrador en liquidador, ni en que tal manifestación de voluntad pueda reflejarse en el Registro Mercantil.

A pesar de constar ya el cese del administrador como consecuencia de la disolución no hay obstáculo para acceder a una nueva constancia del cese en este caso en que se produjo por ejercicio de la acción de responsabilidad, porque esta causa de destitución impide que respecto de este administrador opere la automática conversión en liquidador.

Resolución de 15-9-2016

(BOE 4-10-2016)

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife II

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO. AUDITOR INSCRITO.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior, siendo necesaria solo la presentación de las cuentas de los tres últimos ejercicios.

El nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de otro por el Registro. Para ello es imprescindible, según reiterada jurisprudencia, que la designación por parte de la sociedad sea anterior a la petición del minoritario y que se garantice a este socio el derecho de información que le concede la Ley, bien sea por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del informe o por su incorporación al expediente.

La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación del documento objeto del recurso es la de existencia de un auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría. Mientras esta inscripción continúe vigente, el Registrador debe calificar en función del contenido del Registro, por lo que las cuentas han de venir acompañadas del informe del auditor cuando hubiera sido nombrado a solicitud de la minoría.

Resoluciones de 16-9-2016 y 20-10-2012

(BOE 4 y 6-10-2016)

Registro Mercantil de Valencia I, II, V y VI (14 resoluciones)

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPCIÓN.

De artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro Mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero de 2015 y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el Registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 19-9-2016
(BOE 6-10-2016)
Registro Mercantil de Zamora

CUENTAS ANUALES. CIERRE REAPERTURA.

El objeto del expediente del recurso es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No puede tenerse en cuenta una resolución recaída posteriormente por lo que no pudo ser tenida en a la hora de calificar el documento presentado.

Se plantea en el supuesto contemplado si puede reabrirse la hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas, teniendo en cuenta que estas se presentaron para su depósito cuando ya se había producido el cierre y fueron calificadas negativamente habiendo sido recurrida esta calificación.

La sola presentación de las cuentas pendientes no reabre el Registro, mientras las mismas no sean debidamente depositadas.

En ningún caso es procedente que no se produzca el cierre o más bien que se reabra el Registro por el hecho de que la calificación de las cuentas haya sido recurrida y que esa reapertura persista hasta la resolución del recurso. No es aplicable el punto 2 del artículo 378 RRM, pues parte de la base de que cuando se presentan las cuentas el Registro todavía no ha sido cerrado; ni el punto 3 que es una mera consecuencia del recurso que, en su caso, se plantee; ni el 5 pues lo que trata es de impedir el cierre y no que se reabra la hoja de la sociedad. Una vez cerrado el Registro, la única forma de conseguir su reapertura es acudir al punto 7. Si las cuentas ya han sido aprobadas, la única forma de poder practicar una inscripción en la hoja de la sociedad, es previa la práctica del depósito de cuentas pendiente. La presentación de cuentas a depósito y en su caso el recurso contra la calificación negativa del Registrador, solo enerva el cierre provisional del Registro si la misma se produce antes de que haya tenido lugar el cierre, es decir antes de que haya transcurrido un año desde el cierre del ejercicio de que se trate.

Resolución de 3-10-2016
(BOE 18-10-2016)
Registro Mercantil de Barcelona VI

JUNTA GENERAL. ESTATUTOS. LUGAR DE CELEBRACIÓN.

Los estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la Junta en otro término municipal distinto al del domicilio social. Pero el lugar de celebración no puede quedar indeterminado y al arbitrio del órgano de administración. Por un lado debe estar debidamente determinado para posibilitar

a los socios un mínimo de predictibilidad y garantizarles la posibilidad de asistir personalmente. Y por otro, debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo. Por ello es admisible una cláusula estatutaria consistente en que «las Juntas Generales (...) se celebrarán en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio o, de forma alternativa, en el término municipal de Madrid (...)».

Resoluciones de 6-10-2016

(BOE 21-10-2016)

Registro mercantil de Valencia I, III, IV, V. (5 resoluciones)

LEGALIZACIÓN LIBROS EMPRESARIOS. ENCRIPTACIÓN.

Del artículo 18.1 de la Ley 14/2013 resulta que los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse, tras su cumplimentación, dentro de los 4 meses siguientes al cierre social; y han de presentarse telemáticamente al Registro Mercantil.

La resolución se remite a las Instrucciones de la propia DGRN de 12 de febrero de 2015 y 1 de julio de 2015 y transcribe literalmente gran parte de la resolución de consulta de 23 de julio de 2015, para concluir que, si se remiten los libros en forma cifrada o encriptada cumpliendo los requisitos y previsiones de las mencionadas Instrucciones, no puede denegar el Registrador su legalización en base a su particular criterio de la seguridad jurídica preventiva ni en base a su particular interpretación o visión del principio de legalidad.

Resolución de 10-10-2016

(BOE 1-11-2016)

Registro de Bienes Muebles de Zaragoza, número I

LICENCIA DE TAXI. PRENDA.

Se plantea la posibilidad de inscribir en el Registro de Bienes Muebles la constitución de una prenda sobre una licencia de taxi concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza. La LHMPSD permite la constitución de prenda sin desplazamiento sobre los derechos que correspondan a los titulares de licencias siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. En este caso, la norma especial que rige la materia es el Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Autotaxi de Zaragoza, del que se deduce que si bien la transmisión de la licencia de taxi precisa de autorización del Ayuntamiento sin embargo, dicha transmisión debe ser autorizada si concurren los requisitos establecidos por la propia norma. En consecuencia debe entenderse admitida la posibilidad de constituir prenda sobre licencia de taxi, sujeta a la condición suspensiva de la obtención de la autorización del Ayuntamiento, por cuanto no puede decirse que en estos casos estemos en presencia de verdaderas «conditio iuris», dado que además la transmisión se llevará a efecto, en su caso, con su ejecución hipotecaria. En este sentido quien esté interesado en participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario, deberá comunicarlo al Ayuntamiento al objeto de obtener la oportuna autorización, que se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos en la normativa Municipal.

Resolución de 17-10-2016
(BOE 10-11-2016)
Registro Mercantil de Burgos

DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.

Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de unos acuerdos que, prescindiendo de dicha situación, pretenden la modificación del contenido registral en lo que se refiere al objeto social.

Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición.

El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo las modificaciones que su junta general, como órgano superior de formación de la voluntad social, estime oportunas.

Resolución de 18-10-2016
(BOE 10-11-2016)
Registro Mercantil de Pontevedra I

ESTATUTOS. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. PODER DE REPRESENTACIÓN.

Los estatutos son los que deben configurar la atribución del poder de representación en el caso de administración mancomunada con el único límite de que en todo caso deben exigir la concurrencia de al menos dos administradores. Cuando existe la posibilidad de nombramiento de más de dos administradores mancomunados los estatutos deben concretar la forma de su ejercicio atribuyéndolo a dos cualesquiera, concretando a quiénes se atribuye, exigiendo la actuación de un número superior o la totalidad de ellos, etc.

Resolución de 19-10-2016
(BOE 12-11-2016)
Registro Mercantil de La Rioja

SOCIEDAD CIVIL. SOCIEDAD PROFESIONAL. CUOTAS. COMIENZO DE OPERACIONES. IMPUESTO. PROVISIÓN FONDOS.

Se trata de una escritura de reactivación y modificación de denominación, domicilio y estatutos de una sociedad civil por su adaptación a la forma de sociedad civil profesional.

No son aplicables en este caso los artículos de la LSC relativos a la fecha de comienzo de las operaciones pues la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, por no haberse pactado otra cosa.

La sociedad profesional puede constituirse como sociedad civil rigiéndose en ese caso por lo dispuesto en la Ley de Sociedades Profesionales y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada, es decir por el Código Civil. La ley de Sociedades Profesionales no exige de forma expresa la constancia de la cuota de cada socio, sin duda por pensar el legislador que ello ya sería exigido por la Ley aplicable a la forma social elegida. Pero se deduce la necesidad de que conste dicha cuota, pues su no constancia llevaría a una dificultad o incluso a una imposibilidad de aplicación de una serie de normas contenidas en la propia Ley: que la mayoría del capital y del número de votos o la mayoría del patrimonio social y del número de socios sean socios profesionales (art. 4.2); que los beneficios y las pérdidas se imputen en proporción a la participación de cada socio (art. 10.1); criterios de valoración de las cuotas de liquidación a los socios en caso de separación o exclusión (art. 16). Por su parte, el Código Civil, tampoco exige expresamente, en caso de sociedad civil, que conste la cuota o aportación de cada socio, pero también resulta de varios de sus preceptos: 1689 y 1665, sobre la parte de cada socio en pérdidas y ganancias; 1683 (aunque no aplicable al caso de sociedad profesional sí a las restantes sociedades civiles) del que resulta que debe existir una cuota para determinar las ganancias del socio que desarrolle el objeto social; 1699 y 1700 sobre la posibilidad de que el acreedor de uno de los socios pueda pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social; 1708 que aplica para la liquidación de la sociedad las reglas de las herencias y en estas es fundamental el saber la cuota de cada uno, incluida la del socio de industria. También sirve como elemento interpretativo el Código de Comercio (arts. 125, 138, 140 y 141 y 2019.7.º RRM) que lo exige para las colectivas, que están próximas a las civiles. Y en el caso contemplado resulta también la necesidad de los propios estatutos, al señalar que las ganancias se repartirán y las pérdidas se soportarán en proporción a sus respectivas aportaciones. En conclusión, en toda sociedad profesional en la que por su forma social no sea necesario una aportación de capital que sería la que fijara la participación de cada socio, debe determinarse, respecto de los socios profesionales, que su aportación sea debidamente evaluada para concretar su eventual participación en beneficios y pérdidas y para fijar igualmente los derechos políticos que, en su caso, el socio profesional ostenta en la sociedad.

La falta de provisión para el pago del BORME constituye defecto subsanable, sin que sea necesario expresar su importe en la nota de calificación.

En los casos en que, a juicio del Registrador, sea evidente la no sujeción o la exención del impuesto de la operación documentada, podrá, bajo su responsabilidad permitir el despacho del título sin acreditar la debida autoliquidación o declaración, pero la existencia de esta facultad no supone el levantamiento automático del cierre registral cuando la misma no sea ejercitada y asumida por el Registrador en su debido control en el ámbito fiscal de los documentos presentados.

Resolución de 24-10-2016
(BOE 18-11-2016)
Registro Mercantil de Madrid XIX

ACUERDOS SOCIALES. CONTRADICCIÓN. DECLARACIONES DEL PRESIDENTE DE LA JUNTA.

Se trata de la elevación a público de determinados acuerdos y el Registrador suspende por resultar del acta notarial aportada que la presidente de la Junta no consideraba adoptados los acuerdos debidamente. Aunque el presidente es quien debe declarar válidamente constituida la misma, determinando qué socios asisten presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como proclamar el resultado de las votaciones de forma que las manifestaciones u observaciones de los asistentes recogidas en la propia acta no pueden tener a efectos registrales el mismo valor que aquellas, el Registrador no queda vinculado por la actuación del presidente cuando la declaración de este resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil. Eso sucede en el supuesto analizado, en el que la negativa expresada por la presidenta a que los acuerdos se hayan producido, no puede quedar amparada en conjeturas sobre una eventual y futura declaración de nulidad de determinados negocios jurídicos. De mantener la solución contraria quedaría al arbitrio del presidente la formación misma de la voluntad social sin fundamento legal alguno.

Resolución de 26-10-2016
(BOE 22-11-2016)
Registro Mercantil de Burgos

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ANUNCIO. OPERACIÓN ACORDEÓN. ACUERDO SUBSANATORIO DE OTRO ANTERIOR.

La exigencia legal de que en todo anuncio de convocatoria de junta general para adoptar acuerdos de modificación de estatutos se expresen, «con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse» (art. 287 LSC), tiene por objeto no solo permitir a los socios asistentes el ejercicio consciente del derecho de voto, sino también el control por los ausentes de la legalidad de los acuerdos que se adopten y la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria. La Dirección General ha exigido una mayor precisión en la convocatoria cuando, como consecuencia del acuerdo a adoptar, pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, como en el caso de reducción a cero, o cuando como consecuencia del acuerdo van a ser alterados el conjunto de los derechos y obligaciones del socio o resulte su exclusión. Deben distinguirse aquellos supuestos en los que la violación de la previsión legal conlleva indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados, de aquellos otros en los que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros, no procede la sanción de nulidad. Debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio. Este criterio ha sido confirmado en la modificación de la LSC por la Ley 31/2014, que solo considera susceptibles de impugnación aquellos acuerdos en los que concurre una causa cualificada de nulidad y siempre que el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe.

En el supuesto contemplado el anuncio de convocatoria en principio no es correcto pues no señalaba que la reducción es a cero pero el socio disidente conoció —o pudo conocer con antelación suficiente— el concreto alcance y efectos de la modificación estatutaria propuesta.

Por otra parte la eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la LSC vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación, siempre sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y de los derechos adquiridos por terceros (art. 20 del Código de Comercio). En este caso el primer acuerdo ha sido sustituido por el segundo, de idéntico contenido, adoptado con las mayorías suficientes y su eficacia se retrotraería a la fecha de su adopción.

El hecho de que tras la operación acordeón la sociedad siga incurso en causa de disolución no constituye una causa de disolución automática, sino que debe ser acordada en junta general, y en modo alguno determina un posible cierre registral.

Resolución de 2-11-2016

(BOE 23-11-2016)

Registro Mercantil de Valladolid

JUNTA. CONVOCATORIA. PÁGINA WEB.

El régimen legal vigente al tiempo de la convocatoria de la junta general cuyo acuerdo sirve de respaldo a la solicitud de depósito de cuentas objeto de calificación impone, de forma imperativa, que la convocatoria de la junta se realice en la página web de la sociedad, pero siempre que esta hubiere sido creada, inscrita y publicada en los términos del artículo 11.bis de la misma Ley. No basta con la mera indicación de un dominio de internet en una nota marginal en la hoja registral, conforme al artículo 9 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico, cuyos efectos son de mera publicidad con el fin de garantizar que la vinculación entre el prestador de servicios, su establecimiento físico y su «establecimiento» o localización en la red, que proporciona su dirección de Internet, sea fácilmente accesible para los ciudadanos y la Administración pública. Por ello en este caso la Junta General debería haber sido publicada en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.

Resolución de 3-11-2016

(BOE 22-11-2016)

Registro Mercantil de Pontevedra I

ADMINISTRADOR. RENUNCIA. FORMA DE ACREDITAR LA CONVOCATORIA.

La renuncia al cargo de administrador realizada por el único que quede, es inscribible siempre que el renunciante convoque junta para que provea al respecto.

Cuando se trata de medios públicos de convocatoria, (diarios, boletines oficiales, web de la sociedad) en la escritura de elevación a público de los acuerdos debe testimoniarse el anuncio publicado o protocolizar testimonio notarial del

mismo (art. 107 RRM), para que el Registrador pueda calificar la regularidad de la convocatoria en cuanto a su antelación, pues constará la fecha de la inserción del anuncio y el cumplimiento en el mismo de todos los requisitos legales, así como que los acuerdos adoptados se adecúan al orden del día que consta en el anuncio.

Cuando se trata de medios privados de convocatoria, aunque se inserte el anuncio en la escritura o en la certificación, ello no basta para que el Registrador pueda comprobar que se ha remitido efectivamente a todos los socios con la antelación debida y en la forma que establecen los estatutos. Por ello, en la certificación debe hacerse constar expresamente la fecha y el modo concreto en que se ha efectuado la convocatoria cuando no se trate de junta universal, sin que baste la remisión a los estatutos (arts. 97.1.2 y 112.2 RRM). Ello se debe a la competencia del Registrador para calificar la validez de los actos inscribibles (art. 18 CCom). En el caso debatido habría bastado con que el administrador manifestara que se envió por correo certificado con acuse de recibo al otro único socio. En tal caso, la renuncia podría ser inscrita aunque no consten legitimadas las firmas que figuren en el acta (puesto que no es necesaria la celebración de la junta en este caso para obtener la inscripción), ni en el anuncio de la convocatoria ni en la comunicación postal. El sistema de carta certificada con acuse de recibo no acredita fehacientemente el contenido de la comunicación ni la legitimidad de la firma del autor del escrito remitido. Pero, tanto la Dirección General como el TS tienen declarado que, acreditada la remisión y recepción de la comunicación postal, incumbe al socio la carga de la prueba de la falta de convocatoria.

Resolución de 7-11-2016

(BOE 23-11-2016)

Registro Mercantil de Burgos

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. SECRETARIO. CUALIDAD DE CONSEJERO.

El cargo de secretario del consejo de administración de una sociedad puede ostentarlo una persona que no sea consejero. No obstante, tal exigencia puede venir impuesta en los estatutos con base en la atribución legal al propio consejo de la facultad de autoorganización, como ocurre en el caso analizado en el que el precepto estatutario establece que el nombramiento de secretario debe efectuarse entre los miembros del consejo. No se utiliza la expresión por «ellos» y en el inciso final se manifiesta que «...siendo los restantes vocales» lo que supone que el secretario ha de ser consejero.

Resolución de 14-11-2016

(BOE 30-11-2016)

Registro Mercantil de La Rioja

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. CONVOCATORIA. COMPETENCIA.

Se discute la admisibilidad de la siguiente cláusula estatutaria: «El Consejo se reunirá siempre que lo solicite un Consejero o lo acuerde el Presidente, o quien haga sus veces, a quien corresponde convocarlo. En el caso de que lo solicitara un Consejero, el Presidente no podrá demorar la convocatoria por un plazo superior a quince días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud».

La LSC mantiene la diferencia antes existente entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada en cuanto a la necesidad de regular en estatutos las reglas de convocatoria del Consejo de administración. Sin embargo, para ambos tipos de sociedades se establece que el consejo de administración será convocado por el presidente o el que haga sus veces y se reconoce a los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo la competencia para convocarlo (art. 246 LSC).

Los estatutos de sociedades limitadas pueden contener disposiciones sobre competencia para convocar el consejo más favorable para los consejeros, como ocurre en este caso, pero no pueden restringir la legitimación que les reconoce el artículo 246.2. Dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida, pues le falta incluir la salvedad de lo establecido en el artículo 246.2.

No basta con la consideración de que esa norma imperativa se aplica en cualquier caso, pues la cláusula debatida, como concreta previsión estatutaria, podría interpretarse en el sentido de que la voluntad de los fundadores ha sido obviar esa regla legal y sustituirla por la plasmada en la redacción de aquella.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar*

Right to be heard and the maturity of the child: judicial protection in the family area.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El menor tiene derecho a ser oído y escuchado en los procesos judiciales que les afecten en el ámbito familiar, como persona con capacidad para decidir siempre que tengan suficiente madurez independientemente de su edad, y discapacidad, y que conduzcan a una decisión que les afecten en su esfera personal o familiar. Tal derecho es una manifestación del principio de supremo interés del menor que tiene especial incidencia en el Derecho de familia.

ABSTRACT: *The minor has right to be heard in the judicial procedures in the family area that affect them, as person with aptitude to decide when they have sufficient maturity independently of his age, and disability, and leading to a decision affecting them in their personal or family area. This right is a manifestation of the principle of supreme interest of the minor who has special emphasis on family law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser oído y escuchado. Guarda y custodia compartida. Adopción. Patria potestad. Menor.

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

KEY WORDS: *Right to be heard. Guardianship and joint-custody. Adoption. Parental authority. Minor.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.—II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO: 1. CONTENIDO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO DE 2015. 2. EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO: EL SUFICIENTE JUICIO DE 1996.—III. EXPLORACIÓN DE LOS MENORES: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. GUARDA Y CUSTODIA: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES. 3. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES. 4. LA SEGUNDA VICTIMIZACIÓN EN EL MENOR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS TSJ Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Tras las rupturas de parejas matrimoniales o simples uniones de hecho (hetero u homosexuales) las principales víctimas son los niños que ven, cada vez con mayor anticipación en sus vidas, como su mundo cambia, su círculo social varía y comienzan otro tipo de disputas familiares tras la separación de sus progenitores.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹, ya concretaba en su artículo 9.1.º el *derecho a ser oído del menor... que lo podrá ejercitar cuando tenga suficiente juicio*.

El legislador se ve avocado a la introducción de este derecho garantista del menor intentando otorgarle un adecuado marco jurídico de protección que surge de diversos Tratados Internacionales ratificados por España fundamentalmente la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo. Objetivo prioritario también de otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño².

La propia Exposición de Motivos de la LOPJM de 1996 indicaba que «pretende ser la primera respuesta a estas demandas, abordando una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil...(cuyo) contenido trasciende los límites de este para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general». Poderes públicos que se encuentran obligados específicamente por el mandato constitucional contenido en el artículo 39 CE.

Se insiste en la evolución social que «ha provocado un cambio en el *status social del niño* y como consecuencia de ello se ha dado un *nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia*. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos³».

Por ello se introdujo la *condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad*. Así, el concepto «ser oído... si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan, e introdujo la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos cuyas limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva y centrarse más en los procedimientos que se adecuarán a la edad del sujeto («*En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este, cuidando de preservar su intimidad*»).

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,⁴ ha modificado el precepto poniéndose de manifiesto que «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 CE». Es más se refirió al informe del Defensor del Pueblo titulado «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor; revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014»⁵.

Pues bien el citado precepto modificado, el artículo 9, desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del *menor a ser oído y escuchado* de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual⁶; y con los criterios recogidos en la Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Además, se *sustituye el término juicio por el de madurez* y se *introduce la preferencia de sus comparecencias y audiencias* en los procedimientos judiciales o administrativos, marcándose *el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor*.

Se establece expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su edad o discapacidad, *tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación* en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006.

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.

El cambio se produce, según la propia Exposición de Motivos «tanto en la presente ley orgánica como en la ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros».

Esta Ley Orgánica 8/2015 *modifica también el apartado 2 del artículo 10 añadiendo la posibilidad de facilitar a los menores el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades para plantear sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. Además se refuerza la tutela*

judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial»⁷.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ que tuvo en cuenta el informe de la Fiscalía General del Estado en su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, regula los derechos de los menores en su Título I, “de los derechos y deberes de los menores”, se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 5, en el sentido de que *«los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo...»⁹.*

Importante ha sido también la publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰ que indica en su Exposición de Motivos que *«El interés del ciudadano ocupa un lugar central entre los objetivos de esta Ley... pues se establecen instrumentos sencillos, efectivos y adecuados a la realidad social a la que se aplican, en el caso de que requieran la intervención de los tribunales de justicia a través de cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria... Se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria de manera que el ciudadano se vea amparado con el grado de efectividad que demanda una sociedad cada vez más consciente de sus derechos y cada vez más exigente con sus órganos públicos...»¹¹.*

Ahora, según ha informado Europa Press, *«La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados ha dado luz verde a una proposición no de ley, impulsada por el PP, que reclama la elaboración de un protocolo para la orientación sobre la forma de examinar, interrogar u obtener testimonio de los menores de edad inmersos en un proceso judicial, reforzando las garantías de sus derechos y especialmente el derecho a ser escuchado, evitando su segunda victimización. La propuesta pide, además, el impulso de las ‘salas amigables’, creando en el entorno judicial un espacio apto para los menores de edad como colectivo «especialmente vulnerable»¹² (entorno amigable puesto de manifiesto por el Informe del Defensor del Pueblo de 2014).*

Pues bien en este breve comentario jurisprudencial vamos a perfilar la evolución de los tribunales en el desarrollo del derecho a ser oído del menor, su puesta en práctica y la asunción de funciones por los mismos en los procesos que afectan al menor en el ámbito del derecho de familia, específicamente en los temas de guarda y custodia y de derecho de visita.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO

1. CONTENIDO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO DE 2015

Cualquier toma de contacto en el procedimiento judicial, toda prueba realizada por los distintos equipos judiciales y más aún toda decisión judicial debe respetar el derecho fundamental del menor objeto de estudio. Esto significa en la práctica que:

El *equipo psicosocial técnico* del juzgado oírán y escucharán al menor y le examinarán debiendo concretar su voluntad y plasmarla en su informe, ya que incide directamente en la esfera personal del mismo. Informe encaminado a ayudar al juzgador a obtener un pronunciamiento protector del menor alejado de los deseos y reclamaciones de los progenitores.

El Ministerio Fiscal interviene en defensa de los intereses de los menores que están en una posición de debilidad; siendo su posición de imparcialidad,

aunque teniendo presente su obligación de proteger el superior interés del menor conocido a través de la escucha de la opinión del menor teniendo que velar por que sea tenida en cuenta. En caso de discrepancia se nombrará un defensor judicial.

Por otro lado hay que ser conscientes de la capacidad de iniciativa del menor para acceder al juez y al fiscal en el proceso matrimonial que dependerá en gran medida de su edad, capacidad de juicio y de la buena (o deficiente) información que le hayan facilitado sus padres (pensemos en la solicitud al Juez de obtención del derecho de relación). Cuestión diferente es el grado de acceso de los menores a estas instituciones, la vía adecuada y los resultados.

Respecto al entorno amigable, la forma de conducir la audiencia del menor, el especial cuidado que ha de ponerse en determinar el grado de libertad del niño y su exposición a eventuales presiones, la evaluación de los potenciales riesgos a los que se enfrenta, así como la determinación de su grado de madurez son temas importantes de regular pues ha de prestarse particular atención al conflicto de lealtades que puede padecer el niño a consecuencia del enfrentamiento de sus progenitores.

El juez directamente debe oír al menor antes de decidir; no es un error considerar que su decisión está fundamentada en la preferencia de la comparecencia del menor. El menor ha de ser escuchado cuando se adopte una decisión que le afecte en la fase cautelar del proceso, y, cuando se introduzcan elementos nuevos con independencia del momento procesal en que se esté.

Se exige al juez su deber de motivar las resoluciones, especialmente la justificación de las razones explicativas por las que no se ha escuchado al menor —lo que solo podrá fundamentarse en la falta de juicio propio o en la renuncia del niño. Aunque el juez no está vinculado por la opinión del niño sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación. Lo que el menor dice, teniendo en cuenta su grado de madurez, debe integrarse y quedar reflejado de forma pormenorizada en la argumentación que sustenta la resolución judicial. El trámite establecido resulta incuestionable, ineludible; no es facultad del juez sino obligación del juez («En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia») convocar a su presencia al menor y al fiscal para explorar su voluntad relacionada con la posible custodia de ambos padres¹³.

El derecho a ser oído es un Derecho Fundamental del menor, y todo cuanto se ha dicho son normas rectoras de actuación legal para el Juez, el Fiscal y el Equipo Técnico, por ejemplo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil y antes de acordar la custodia compartida¹⁴, o en otras cuestiones de derecho de familia donde el juez de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal llamará al menor (arts. 156,¹⁵ 177,¹⁶ 231¹⁷ y 237¹⁸ del Código Civil).

Si comparamos la ley de 1996 con la actual modificación producida tras la LO de 2015 al introducir los términos *ser escuchado* y *suficiente madurez* nos alertan sobre: que las palabras del menor tienen significado, y el tiempo en que se dicen o pronuncian (edad y madurez) condicionan su interpretación.

En el caso de la guarda y custodia compartida: es un requisito preferente y un derecho fundamental de obligado cumplimiento para todos los profesionales (jueces, fiscales, psicólogos, educadores, etc) pues el artículo 92.6 del Código Civil indica que «velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos». El juez debe motivar su decisión contraria a la exploración del menor; pero siendo lo normal su práctica, no se requiere, en tal caso, justificación alguna.

2. EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO Y ESCUCHADO: EL SUFICIENTE JUICIO DE 1996

La antigua redacción del artículo 9 de la LOPJM 1/1996 reconocía *el derecho a ser oído a todo menor* sin distinción, es decir, a toda persona desde su nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad de 18 años, pero para el ejercicio de ese derecho se le imponía un presupuesto: *tener suficiente juicio*. De manera que la capacidad general del menor de manifestar su opinión ante una decisión que le afectase (guarda y custodia, derecho de visitas...) podría tener efectos jurídicos en la medida que aquella capacidad general fuera evolucionando y *se concretase en una capacidad de entender y querer de forma razonada* —que debía valorarse en función de la decisión concreta a tomar. De ahí que varias veces el propio Código Civil establezca la necesidad de la preceptiva audiencia del menor. No obstante la LOPJM de 1996 concedió una mayor intervención a los hijos menores en las cuestiones que les afecten y amplía el ejercicio del derecho por el menor.

En cuanto al significado de la expresión introducida de *suficiente juicio*, la doctrina lo interpretó de forma amplia y flexible, intentando que el procedimiento de *oír al menor* se utilizase el mayor número de casos posibles. La jurisprudencia consideró que el «suficiente juicio» del menor equivalía a un «discernimiento para actuar las facultades volitivas: inteligencia y voluntad», que directamente se presume existente a partir de la edad de doce años y se valora libremente por el juez para los menores de esa edad. Grado de discernimiento que se aprecia en las exploraciones efectuadas al mismo, junto con dictámenes de los equipos técnicos que si bien se configuran como medios de prueba, sustituyen en ocasiones al trámite de audiencia del menor¹⁹.

Al ser el derecho a ser oído un derecho de la personalidad, el menor tiene capacidad para ejercitarlo por sí mismo siempre que tenga suficiente juicio. A falta del mismo, el ejercicio corresponde a los representantes legales, que serán los padres (art. 162 del Código Civil), y si ambos han fallecido su tutor (art. 267 del Código Civil)²⁰.

El cambio fundamental se produce con la modificación de la LO 8/2015, que continua reconociendo el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado pero se *sustituye el término juicio por el de madurez*. De modo que el titular del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta es cualquier menor, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor, pues debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio.

Nos interesa cuando el derecho se ejercita en un juicio relativo a cuestiones de derecho de familia, concretamente guarda y custodia o derecho de visita: donde será llamado por el juez de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal (arts. 92, 156, 177, 231 y 237 del Código Civil). Aunque, la ley autoriza a los hijos menores a acudir al juez por propia iniciativa en determinados casos, y aquí *curiosamente* no se impone el límite del suficiente juicio (arts. 158, 160, 167 y 248 del Código Civil).

La evolución legislativa y jurisprudencial determina *la tendencia a reconocer plenamente la titularidad de los derechos de los menores y una capacidad progresiva para ejercerlos*. De manera que, alcanzado el juicio suficiente, el menor puede ejercitar el derecho por sí, sin intromisiones de sus representantes legales pues la Exposición de Motivos de la LOPJM de 1996 ya afirmaba que «la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos».

III. EXPLORACIÓN Y RECEPCIÓN DE SOLICITUDES DE LOS MENORES

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Se refieren a la conveniencia o no de practicar la exploración de los menores los artículos 777.5 LEC²¹ en relación con el 92.6 del Código Civil antes de acordar la guarda y custodia compartida, y con el artículo 160,3 del Código Civil²², referido a la solicitud del derecho de visitas, y también en relación con la adopción y la tutela. En este breve análisis vamos a referirnos únicamente a las dos primeras cuestiones.

La STS de la Sala Primera de 20 de octubre de 2014 nos recuerda que «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que *cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos* en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio»²³.

En este mismo sentido se había pronunciado previamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005²⁴ que estudió un recurso de amparo al haberse conculcado la tutela judicial efectiva vulnerándose el derecho del menor a ser oído en un procedimiento de separación matrimonial. Menor que con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la AP habiendo alcanzado también la hermana pequeña la edad necesaria para que su opinión fuera tenida en cuenta. Resolviendo sin ser oídos, el otorgamiento de su guarda y custodia a la madre, modificando lo acordado en las medidas provisionales en las que previamente se había atribuido al padre²⁵.

Pues bien se determina la anulación de las Sentencias de instancia y apelación para que *se dé audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto*.

Indicando además que para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada ya que si no se vulneraría el artículo 24.1 CE²⁶, tal y como ya indicó en la STC de 25 de noviembre de 2002²⁷.

2. GUARDA Y CUSTODIA: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES

Hay dos figuras jurídicas donde el derecho del menor a ser escuchado es trascendental porque así lo ha configurado la legislación ya analizada, y caso a caso es estudiado por la jurisprudencia.

El primero de ellos es el supuesto de GUARDA Y CUSTODIA. El artículo 92 del Código Civil, con su nueva redacción²⁸, introduce expresamente el *derecho a ser oído como mandato general* en su apartado 2.º del Código Civil indicando que «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, *velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*». Posteriormente, el citado artículo 92 en su párrafo 6.º dice, refiriéndose al momento de acordar el régimen de guarda y custodia, que: «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar

informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»²⁹.

La propia Jurisprudencia del TS reitera hasta en más de una docena de ocasiones que vamos a indicar³⁰, que la obligación judicial a la hora de adoptar cualquier medida sobre la custodia, (art. 92,2.º y 6.º del Código Civil) —y transcribo literalmente sus argumentaciones— en «la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y *se orienta en interés del menor*; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la LOPJM/1996, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *define ni determina...*».

Así, y por orden cronológico hacia atrás se va a repetir la misma doctrina mantenida en el párrafo anterior. La STS de 12 de septiembre de 2016, indica además en su FJ 2.º que «la jurisprudencia de esta sala, ...teniendo en cuenta que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la Sentencia que se recurre». La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia»³¹.

La STS de 27 de junio de 2016 se refiere a que «(La custodia compartida) exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel ...»³². En idéntico sentido la STS de 30 de mayo de 2016³³ donde se mantiene la atribución al padre de la custodia del hijo común de los litigantes por ser lo más beneficioso para el menor.

La STS de 17 de marzo de 2016³⁴ incide en los deseos expresados por el menor³⁵, pues «Se constata que el Tribunal, tras valorar las pruebas practicadas, que *objetivamente no existiría inconveniente para conceder la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente, pero, sin embargo, con sensibilidad orientada al interés del menor...* De este modo el Tribunal de apelación, y así también lo entiende el Ministerio Fiscal, considera que el interés del menor queda más beneficiado, por ahora, *conciliándose los dos deseos que expresa respecto de la relación y comunicación con sus progenitores*».

Teniendo en cuenta la edad de la menor y aprovechando la modificación de las medidas, el TS en Sentencia de 4 de febrero de 2016³⁶, afirma que «no se advierte un solo motivo negativo para privar a la hija de compaginar la custodia entre ambos progenitores, según resulta de la Sentencia. Ambos se han implicado en el cuidado de la hija antes y después del divorcio y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura...»³⁷.

La STS de 28 de enero de 2016³⁸ indica que (la SAP) petrifica la situación del menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, con nueve años de edad, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual establece un amplio

régimen de visitas, tratando de conciliar «el interés de menor con el indudable y siempre beneficioso derecho del mismo a relacionarse con su padre», impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. *La adaptación del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre ...* En idéntico sentido que la anterior la STS de 30 de diciembre de 2015³⁹, critica a la SAP alegando las mismas consideraciones.

Interesante resulta la STS de 9 de octubre de 2015⁴⁰ que desestima la solicitud de atribución al padre de la custodia de sus hijos menores, aunque *estos han manifestado su voluntad de vivir con él, pues no expresan motivos serios que justifiquen dicha voluntad*. No constan hechos o conductas que pudieran perjudicarles, habiendo ejercido la madre la guarda y custodia de forma adecuada. La Sentencia recurrida ha tenido en cuenta los intereses de los menores y ha examinado las pruebas practicadas y *aunque la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, el conflicto existente con la madre es lógico en cierta manera por la edad que tienen y no puede servir por sí mismo de justificación para modificar su guarda*.

Afirma que «Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 9 LOPJM 1996, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, *salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores*. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»⁴¹.

El interés del menor, añade la Sentencia citada, «exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. *Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar*.

La STS de 25 de abril de 2014⁴² recuerda que «la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar,... exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincenti-

varla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel»... Y critica a la SAP que «Omite que *los hijos han demandado de forma muy importante a sus padres la existencia entre ellos de dialogo y respeto* y que como sostuvo el *Ministerio Fiscal*, con cita del informe del equipo psicosocial, este cambio no va a suponer una variación que altere la forma de vida de los mismos dada la proximidad de los domicilios de los progenitores en lo que se refiere al centro escolar y realización de las actividades que vienen desarrollando, sin necesidad de cambiar de ambiente, por lo que no se advierte ningún riesgo que desaconseje el cambio instado».

También se afirma que se prima el interés del menor en la STS de 12 de diciembre de 2013⁴³, en su FJ 2.º donde reconoce que existe entre los progenitores un vínculo afectivo normalizado, y que *los hijos quieren compartir su vida con su padre y con su madre. Omite, sin embargo, que como consecuencia de la ejecución de la Sentencia durante diecisiete meses se ha desarrollado sin problema alguno el régimen de guarda y custodia compartida*.

La STS de 19 de julio de 2013⁴⁴ establece un régimen guarda y custodia compartida respecto a los hijos comunes de los litigantes por ser lo más beneficioso para el interés de estos. *Aunque el informe psicológico es favorable a mantener la custodia materna, no se opone a un sistema compartido*. Ha de tenerse en cuenta el *vínculo afectivo de los menores con ambos progenitores*, la cercanía del domicilio del padre al colegio de los niños y a la vivienda de la madre, así como la existencia de un régimen de visitas muy amplio. *El Ministerio Fiscal ha informado a favor de la custodia compartida. Con ella se garantiza la participación de ambos progenitores en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en igualdad de condiciones*. Se acuerda un régimen de estancias de quince días⁴⁵.

Ya en 2005, la STS, de 14 de febrero⁴⁶ en su FJ 3.º afirma que «habiendo transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, *el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída*, conforme resulta del derecho que establece la LOPJM (art. 9-3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770-6.º, 774 y, especialmente artículo 775 LEC, *procede acordar la audiencia de dicha menor*, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se librará el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera, que el *Ministerio Fiscal, ordene, en su caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas*, dado que el proceso se siguió aplicando por analogía las mismas empleadas en la separación matrimonial».

En cuanto a la *Jurisprudencia Menor*, sigue a pie juntillas esta doctrina, y por ello recogemos solo las más recientes en la materia:

En Asturias la SAP, de 22 de julio de 2016⁴⁷ sigue la doctrina establecida por el TS recogiendo textualmente que «conviene tener presente que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 LOPJM, definen ni determinan de forma apriorística la solución más favorable para el menor, de modo que en la indagación de este en el derecho comparado se utilizaban «criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; *los deseos manifestados por los menores competentes*; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»⁴⁸. En el supuesto enjuiciado *la Sentencia se apoya en el imparcial dictamen del equipo sicosocial adscrito a los Juzgados, que*

tiene el valor añadido del importantísimo caudal de experiencia que proporcionan los años examinando supuestos similares; es así que el dictamen refleja la menor implicación paterna en el cuidado del niño y la ausencia de un programa o plan coherente de custodia compartida para el supuesto que le fuera efectivamente otorgada; son pues dos obstáculos más que considerables para reputar que esa sea la opción que mejor responda al superior interés del menor, sin posible parangón con la hipotética sobreprotección que el apelante imputa al otro progenitor⁴⁹.

Acertadamente pone de manifiesto la SAP de Barcelona de 5 de julio de 2016⁵⁰, que: «Debe recordarse en cuanto a la exploración de los menores, *sobre el valor que debe darse a las voluntades y deseos manifestados por los hijos menores en la exploración*, «Hay que tener en consideración la Sentencia del TSJC de 9 de enero de 2014 que después de referirse a la audiencia de los menores cuando tengan *suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años* que viene impuesta, por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 12); por el artículo 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE del año 2000; por el artículo 9 LOPJM, por el artículo 770,4 LEC y a la doctrina del TC que en relación con el artículo 24.1 CE, ha establecido que *el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser escuchado en el procedimiento* (judicial o administrativo) que le afecte, señala que «El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta aunque no puede erigirse en elemento decisorio»⁵¹.

También afirma la SAP de Vizcaya, de 30 de junio de 2016⁵² que: «Lo que se pretende es *aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial* y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Por último, acentúa la SAP de Córdoba, de 29 de junio de 2016⁵³ que: «*Téngase además presente, que si las normas (art. 9 de LOPJM, art. 92-6 del Código Civil y art. 770-4.º LEC imponen que el menor que tenga suficiente juicio— y en todo caso si fuere mayor de doce años—sea oído a la hora de determinarse judicialmente el régimen de custodia y guarda (pero ello no como un mero acto de trámite sino a efectos «de tener debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez»)*, claro resulta, que la voluntad del menor debe de tener especial relevancia cuando se trata de decidir un aspecto tan importante para él como es la determinación de cómo y quién debe de asumir la guarda y custodia. *No quiere decir ello, tal y como decíamos en Sentencia de 26 de noviembre de 2015, que la opinión y deseos del menor linealmente constituyen el criterio exclusivo y determinante en esta materia, sino que en casos como el de autos (en que los menores tiene suficiente madurez y se expresan con libertad de criterio y de un modo razonado) la opinión del menor si debe ser considerada como criterio de especial relevancia; máxime cuando, tal y como efectivamente aquí acontece, concurre una circunstancia objetivamente constatable objetiva como la antes mencionada*».

3. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: ESCUCHA Y VALORACIÓN DE LOS MENORES

En cuanto al segundo tema interesante es el DERECHO DE RELACIÓN O VISITAS con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados (art. 160 del Código

Civil) sobre el que el menor *no solo será escuchado sino que deberá atenderse por el Juez su solicitud cuando así lo pida*. Hemos recogido alguna de las Sentencias más interesantes.

Así referida a un supuesto de una suspensión del régimen de visitas de una madre con su hija menor en acogida, la STS de 4 de noviembre de 2013 en su FJ 3.º indica que⁵⁴: «Ciertamente es que el artículo 9 LOPJM, establece el *derecho del menor a ser oído* «tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» y que *«se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio»*, y cierto es también que el artículo 154.2 del Código Civil establece este mismo derecho, antes de adoptar decisiones que les afecten, *«si los hijos tuvieran suficiente juicio»*. Pues bien, aun admitiendo que la madre no es ningún tercero en este procedimiento para solicitar que su hija menor ejerza el derecho a ser oída en el curso de las actuaciones, y que la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la *no admisión o la no práctica de exploración* la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor por la supresión del régimen de visitas a favor de su madre, y lo que dicha parte alega como causa de su recurso no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, que tiene en cuenta el deseo de la menor de mantener estos contactos, los que sin embargo se niegan por razones directamente vinculadas a su interés, que no se identifica necesariamente con lo expresado por ella, pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social. La considera, por tanto innecesaria, máxime cuando *había sido explorada* «en el curso de las pruebas periciales por parte del Gabinete Psicosocial, así como *ha manifestado su opinión de forma clara* a lo largo de todo el procedimiento administrativo»

Se establece un derecho de visita de la abuela que ejerce una influencia negativa sobre el menor, en la STS de 11 de junio de 1998⁵⁵. Recientemente la LO 15 de enero de 1996, el artículo 9 regula el *derecho a ser oído* tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social»; y en la de 17 de septiembre de 1996, se decía: «...ello no quiere decir que sea desconozca por el órgano colegiado el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que *han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto*, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los Jueces pueden adoptar (art. 158 del Código Civil) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias

cambien y oyendo al menor; según se desprende de la LO 1/1996 de 15-1, de protección jurídica del menor; aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España»⁵⁶.

Tras la publicación de la LOPJM 1/1996, la STS de 11 de junio de 1996⁵⁷ recoge las novedades legislativas indicando que «debe partirse del cambio operado en el estado litigioso ya que la edad del menor (nacido el 18 de enero de 1982) era solo de siete años al tiempo de plantearse la demanda, mientras que al presente el menor ha cumplido los catorce años lo que coloca al *entonces infante en el inicio de la pubertad, y ante un mayor grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones*. La propia demandada y recurrente, había previsto esta situación, ya que en el «suplico» de su escrito de contestación a la demanda sostiene «que una vez que Eduardo haya cumplido la edad señalada en el párrafo anterior, o bien si manifiesta su voluntad de estar más tiempo con sus abuelos y previo consentimiento de su madre, puede el menor cambiar ese régimen de visitas a su entera satisfacción, algún día del fin de semana, o en periodo de vacaciones, etc...». Las circunstancias, en efecto, se han transformado. Especialmente, debe tomarse en cuenta para valorar la nueva situación, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño (...) por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en *condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga*. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de *ser escuchado* en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Recientemente la LOPJM de 15 de enero de 1996 se preocupa del marco jurídico del menor en consonancia con la ratificación del ya citado Convenio como expresa en su «exposición de motivos». En concreto y, dentro del Capítulo II sobre los derechos del menor, el artículo 9 *regula el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*».

4. LA SEGUNDA VICTIMIZACIÓN EN EL MENOR⁵⁸

De toda la Jurisprudencia expuesta se observa que los menores se ven en primer lugar afectados por la crisis de pareja de sus progenitores, y, posteriormente, en segundo lugar, a fin de mejorar su participación y la defensa de sus intereses en los procesos judiciales en los que interviene, tienen que pasar por la exploración⁵⁹ y la obligación de decantarse por qué tipo de vida desean para su futuro eligiendo una guarda y custodia de uno u otro tipo, o solicitando el derecho de relación por sí mismos o por sus representantes legales o el Ministerio Fiscal, incluso en contra de la opinión de sus progenitores⁶⁰. Pues en los procesos civiles derivados de una crisis de pareja expuestos, la mayoría sobre guarda y custodia, y sobre el derecho de relación (en sentido amplio) el menor será el destinatario de la mayor parte de las medidas que se adoptarán, y por ello debe poder intervenir en un proceso en el que se van a tomar decisiones que, de una forma directa o indirecta, le van a afectar en su vida diaria durante muchos años.

Como hemos visto el Juez deberá, en última instancia hacer que el menor participe de forma activa y real siempre adoptando decisiones con base a su interés superior, pero no cabe duda de que en estos «procesos el menor se encuentra en mitad de múltiples profesionales que pueden tener intereses opuestos: abogados «defensores» de una y otra parte, equipos técnicos de los juzgados, médicos y psicólogos forense, servicios sociales de protección a la infancia, fiscales, jueces...».

De las Sentencias analizadas se pone de manifiesto que surgen multiplicidad de problemas de la práctica de los juzgados: Así el Juez deberá valorar de acuerdo con las novedades legislativas *si el menor tiene madurez para poder intervenir en los procesos matrimoniales*, o si realmente el Ministerio Fiscal representa y defiende al menor en estos procesos. También cuenta en el Juzgado con un equipo técnico de asistentes sociales, psicólogos, forenses que tienen práctica en cómo ha de hacerse y documentarse la exploración del menor, y si es más riguroso y debe valorarse prioritariamente el informe que haga este equipo, o el informe de la parte.

IV. CONCLUSIONES

La LOPJM de 1996 indicaba que *el menor tenía derecho a ser oído que lo podrá ejercitar cuando tenga suficiente juicio*. Posteriormente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, continua reconocimiento el derecho fundamental del menor a *ser oído y escuchado ...teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (sustituyéndose el término juicio por el de madurez) y dándose preferencia de sus comparecencias y audiencias en los procedimientos judiciales o administrativos, marcándose el límite de edad mínimo en doce años cumplidos como presunción de la madurez del menor*. Y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia desarrolla el derecho indicando que *«los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo...»*.

Esto significa que cualquier menor es titular del derecho a ser escuchado y su opinión debe ser tenida en cuenta, por lo que la escucha habrá de adaptarse a las particularidades de cada menor. Debe partirse de la presunción de que todo niño está en condiciones de formarse un juicio propio. La aplicación automática de criterios de edad para excluir el acto de escucha resulta improcedente. La escucha implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída, debiendo además razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor.

La normativa sobre los procesos de crisis familiar no concibe la escucha del menor como un derecho, sino como una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad. No está previsto un método para asegurar que la comunicación del niño con el juez y con el fiscal se produzca de manera general, temprana y normalizada, como parte de la ordenación del proceso.

Los conflictos en el derecho de familia pueden tener efectos perjudiciales sobre el bienestar de los menores además de los obstáculos que puedan surgir relacionados con su representación legal o con su declaración ante los tribunales. Las principales relaciones de los menores con el sistema judicial pueden ser de muy diversa índole: en caso de divorcio de sus padres, o de discrepancia sobre su custodia, o en el caso de adopción, o de tutela, o para ejercitar su derecho de visita con sus hermanos, abuelos, parientes y allegados... La información que ne-

cesitan los menores y sus representantes para ejercer sus derechos o defender sus intereses en los procedimientos judiciales debe ser adecuada. El acceso efectivo a la justicia y la participación de los niños en los procedimientos judiciales son requisitos básicos para garantizar un alto nivel garantista de los intereses jurídicos de los menores. Los profesionales que trabajan con y para menores deben recibir una formación adecuada sobre los derechos y necesidades de los menores (y sus diferentes edades) así como sobre los tipos de procedimiento adecuados para ellos. Igualmente deben recibir formación en cuanto a la comunicación con los menores según sus edades y fases de desarrollo, sobre todo si se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

Se trata de hacer que el sistema judicial sea más accesible para los menores. Si el sistema judicial es poco accesible pueden ser objeto de una multitud de restricciones o violaciones de sus derechos. Esto es lo que desde el punto de vista teórico se ha perseguido por las leyes que han modificado del Código Civil y la LOPJM (LO 12/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema...).

V. BIBLIOGRAFÍA

- BO JANÉ, M. y CABALLERO RIBERA, M.: El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?» *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial La Ley. (La Ley 2001, 22579).
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: La audiencia del menor en los procesos judiciales, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 7, Tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2015, 4591).
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I.: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los Tribunales de Justicia), en *Diario la Ley*. Sección Doctrina. 9 de octubre de 2014. (La Ley 2014, 6658).
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 11, Tercer trimestre de 2016, Editorial La Ley. (La Ley 2016, 5718).
- ROMERO COLOMA, A. M.^a: La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales, en *La Ley*, año XXXIII, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, p. 5.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662)
- STC, Sala Segunda, Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre de 2002, Rec. 1044/2000. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. (La Ley 2003, 178).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 119442).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 433/2016 de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 79268).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 355/2016 de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 59415).

- STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 166/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 2129/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (La Ley 2016, 20628).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 33/2016 de 4 de febrero de 2016, Rec. 3045/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 2443).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 9/2016 de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 1000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 753/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 217833).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2015 de 9 de octubre de 2015, Rec. 2842/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 139509).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 2014, 149445).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 200/2014 de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2014, 51101).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 761/2013 de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 196575).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 495/2013 de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 118670).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 97/2005 de 14 de febrero de 2005, Rec. 3331/1998. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 2005, 35489).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 1996, 7499).
- SAP de Asturias, Sección 6.^a, Sentencia 236/2016 de 22 de julio de 2016, Rec. 304/2016. Ponente: Jaime Ríaza García. (La Ley 2016, 122264).
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, Sentencia 166/2016 de 19 de julio de 2016, Rec. 185/2016. Ponente: José Francisco. López Pujante. (La Ley 2016, 122124).
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 546/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 734/2015. Ponente: María José Pérez Tormo. (La Ley 2016, 131799).
- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 420/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 206/2016. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. (La Ley 2016, 122635).
- SAP de Córdoba, Sección 1.^a, Sentencia 362/2016 de 29 de junio de 2016, Rec. 1182/2015. Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez. (La Ley 2016, 116739).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 164433).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (La Ley 1998, 6214).

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones,

- hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. Publicado en: «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 2014, páginas 6453 a 6462 (10 págs.)
- Resolución A 3-0172/92, por la que aprueba la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).
 - Observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Derecho del Niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12. 20 de julio de 2009. (<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf?view=1>)
 - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las regiones. «Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño». Bruselas, 15.2.2001. COM(2011) 60 final. Directrices del Consejo de Europa sobre acceso de los niños a la justicia — adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010, disponibles en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>
 - CE. Artículo 39
 - Código Civil
 - Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Publicado en «BOE» de 17 de enero de 1996.
 - Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)
 - Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613 (70 págs.)
 - Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.)
 - Informe de la Fiscalía General del Estado en su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores.
 - Informe del Defensor del Pueblo titulado «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014», <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

NOTAS

¹ Publicado en «BOE» de 17 de enero de 1996.

Derecho a ser oído. Artículo 9.1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su estera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de este, cuidando de preservar su intimidad.

2. *Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor; o, a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

3. *Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».*

² «Los procedimientos civiles, especialmente los litigios transnacionales, resultantes de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación legal pueden dar lugar a una restricción de este derecho. Especialmente, en los procedimientos para determinar la responsabilidad parental, los niños pueden ser rehenes de largos litigios judiciales transfronterizos entre los dos miembros de la extinta pareja. La legislación de la UE facilitaría el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de responsabilidad parental. Un requisito previo para que los niños puedan defender sus derechos en los litigios de Derecho de familia consiste en suministrar información a los niños y a sus progenitores sobre sus derechos conforme a la normativa de la UE y al ordenamiento jurídico nacional. Esta información debe ser fácilmente accesible y presentar explicaciones claras sobre los procedimientos aplicables. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, elaborará y mantendrá actualizadas hojas informativas sobre el Derecho de la UE y el ordenamiento jurídico nacional en materia de obligaciones de alimentos, mediación, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de responsabilidad parental. Por lo que respecta al secuestro de menores por sus progenitores, la Comisión prestará especial atención a la información facilitada por la Mediadora del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las regiones. «Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño». Bruselas, 15.2.2001. COM(2011) 60 final. Directrices del Consejo de Europa sobre acceso de los niños a la justicia — adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010, disponibles en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM>

³ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los Tribunales de Justicia), en *Diario la Ley*. Sección Doctrina. 9 de octubre de 2014. (La Ley 6658/2014)

⁴ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)

⁵ <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>

⁶ Hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de noviembre de 2010.

⁷ Artículo 9. *Derecho a ser oído y escuchado.*

«1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias»

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

⁸ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613 (70 págs.).

⁹ Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos».

«3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

...Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas».

¹⁰ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.).

¹¹ Esta Ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas, afectando a las mismas normas, como las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que darán una nueva regulación, entre otras cuestiones, al acogimiento y adopción de menores. Ello obliga a coordinar el contenido de estas leyes.

¹² La iniciativa ha salido adelante con el voto a favor de PP, PSOE, Ciudadanos, PNV y Grupo Mixto y la abstención del grupo confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

El propio portavoz de la comisión, Avelino De Barrionuevo, ha recordado que el texto presentado también incide en la necesidad de reforzar el sistema de protección de menores en el ámbito judicial, creando un nuevo registro central de delinquentes sexuales, reforzando mecanismos de prevención en la sustracción internacional de menores, incrementando las garantías en la integridad de aquellas personas que tienen como función la formación de menores, y extendiendo la especial protección de nuestro ordenamiento jurídico sobre menores afectados por violencia.

Desde el PSOE, la diputada Elvira Ramón ha criticado la proposición por ser «vaga», «carecer de aspectos concretos que se regulen» y ser «obvia» ya que su propósito se incluye en las legislaciones españolas y europeas. Aún así, ha mostrado su apoyo instando al Ejecutivo a «no solo traerla» a debate, sino también «a ponerla en marcha de forma concreta». Por su parte Ciudadanos, ha destacado la importancia de que esta propuesta cuente con una «correcta financiación», apostando por una «modernización de la justicia».

¹³ ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio: Guarda y custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo, en *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 11, Tercer trimestre de 2016, Editorial LA LEY. (La Ley 2016, 5718).

¹⁴ El número 6.º de dicho precepto nos dice «oír a los menores que tengan suficiente juicio», cuando debería decir: «oír y escuchar a los menores que tengan suficiente madurez». La interpretación adecuada de la norma nos lleva a esa traducción o transcripción para acomodarla a las nuevas exigencias del artículo 9 de la LOPJ 1/1986, tras la redacción de la LO 8/2015, de 22 de julio.

¹⁵ Artículo 156 del Código Civil redactado por el apartado veintinueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: *La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años,

atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Párrafo segundo del artículo 156 («BOE» 3 de julio). Vigencia: 23 de julio de 2015

¹⁶ Artículo 177 redactado por el apartado veintidós del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia 3. *Deberán ser oídos por el Juez:*

1.º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

4. Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.

¹⁷ La Ley 26/2015 se ha olvidado de «retocar» el artículo 231, que refiriéndose a la tutela indica que:

El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

Aunque considero que análogamente a los demás preceptos modificados por la Ley 26/2015, debería equilibrarse el límite de los doce años para que los menores de doce años fueran oídos y escuchados de acuerdo con su edad y madurez.

¹⁸ El artículo 237 del Código Civil dispone que *las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por estos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor.*

En este precepto no se impone el límite temporal de la edad del menor y tampoco se ha modificado por la ley 26/2015, por lo que considero que análogamente el Juez deberá oírle y escuchar al tutelado menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

¹⁹ BO JANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica: El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés? *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial La Ley. (La Ley 2001, 22579)

²⁰ En el trámite de audiencia el menor no es parte procesal, pues no actúa como demandante ni demandado, sino simplemente ejercita su derecho a ser oído, expresa su opinión sobre aquellas actuaciones que le pueden afectar a la esfera personal y patrimonial; y el juez tiene un criterio más para decidir que, es lo que es más beneficioso para el menor. Y, asimismo, se ha considerado que resulta innecesario la audiencia del menor, cuando hay constancia de su opinión en las manifestaciones que hizo al equipo psicossocial». BERRO-CAL LANZAROT, Ana Isabel: La audiencia del menor en los procesos judiciales, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 7, Tercer trimestre de 2015, Editorial La Ley, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2015, 4591).

²¹ Artículo 777, 5.º LEC, referido a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro: «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días».

Introducido por la 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.

²² El artículo 160,2.º del Código Civil referido al derecho de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, indica que «2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus abue-

los y parientes y allegados. Y en caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 413/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. (La Ley 2014, 149445).

²⁴ STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662).

²⁵ Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

Comprobada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del menor Alberto P. G., será de añadir que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, *dicho derecho a ser oído debe ahora extenderse a su hermana pequeña Natalia P. G., al haber alcanzado esta la edad necesaria para que también sea tenida en cuenta su opinión.*

Procede, otorgar parcialmente el amparo solicitado, anulando las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla a las que se ha hecho repetida referencia, y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a aquel en que estas se dictaron, para que, por parte de este órgano judicial, *se de audiencia sobre la atribución de guarda y custodia a los menores implicados, de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, antes de resolver definitivamente el recurso de apelación interpuesto.*

²⁶ «La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del artículo 24.1 CE, como hicimos en su momento en el caso que dio origen a la STC 221/2002, de 25 de noviembre, por las razones que se expresan en su fundamento jurídico 5». STC, Sala Primera, Sentencia 152/2005 de 6 de junio de 2005, Rec. 1966/2004. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. (La Ley 2005, 127662).

²⁷ STC, Sala Segunda, Sentencia 221/2002 de 25 de noviembre de 2002, Rec. 1044/2000. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez. (La Ley 2003, 178).

²⁸ 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.

²⁹ Publicado en «BOE» núm. 163 de 9 de julio de 2005.

³⁰ Las SSTs de 12 de septiembre de 2016, de 27 de junio de 2016, de 30 de mayo de 2016, de 17 de marzo de 2016, de 4 de febrero de 2016, de 28 de enero de 2016, de 30 de diciembre de 2015, de 9 de octubre de 2015, de 25 de abril de 2014, de 12 de diciembre de 2013, de 19 de julio de 2013, de 14 de febrero de 2005, de 11 de junio de 1996. Y la jurisprudencia menor que la sigue... entre las más recientes la SAP de Asturias de 22 de julio de 2016, SAP de Barcelona de 5 de julio de 2016, SAP de Vizcaya, de 30 de junio de 2016 y SAP de Córdoba, de 29 de junio de 2016.

³¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 526/2016 de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2016, 119442). Se confirma la custodia materna de la hija menor de los litigantes. No puede identificarse la custodia compartida con un reparto igualitario del tiempo de permanencia de la niña con uno u otro progenitor. Desde que nació la madre, que no trabaja, se ha dedicado en exclusiva a su cuidado, incluyendo el tiempo transcurrido desde la ruptura convivencial de los litigantes. Debe tenerse en cuenta que el padre viaja al extranjero por motivos laborales, *así como los deseos manifestados por la propia menor y el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con la hija común.* El TS desestima el recurso de casación for-

mulado por el padre y confirma la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a favor de la madre...

³² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 433/2016 de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. La Ley 2016, 79268. FJ 4.º.3.- Se establece un sistema de convivencia compartida de la hija menor con sus dos progenitores. No es obstáculo la conflictividad existente entre los litigantes, que se limita a las múltiples denuncias interpuestas por la madre por incumplimiento de los horarios relacionados con el régimen de visitas. Los desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifican *per se* que no se acuerde un régimen de custodia compartida si no perjudican a la menor. Ambos litigantes están capacitados para su cuidado y la menor afirma estar bien con los dos. Debe primar el superior interés de la niña.

³³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 355/2016 de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz, (La Ley 2016, 59415). Se mantiene la atribución al padre de la custodia del hijo común de los litigantes por ser lo más beneficioso para el menor. No se accede a la solicitud de la madre de establecimiento de un sistema de custodia compartida. Se tienen en cuenta los apoyos del padre para el cuidado del menor pues los abuelos paternos coadyuvarán a su atención, mientras que la madre carece de esa ayuda, así como la mayor vinculación afectiva del menor con la familia paterna. No es viable económicamente el plan propuesto de tres viviendas.

³⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 166/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 2129/2014. Ponente: Eduardo Baena Ruiz, (La Ley 2016, 20628).

³⁵ Deseos a los que se refiere el TS indicando que: (i) Los progenitores residen en lugares diferentes y el menor manifiesta que no le gustaría vivir una semana con cada progenitor. (ii) También expresó su deseo de estar más tiempo con su padre durante la semana y los fines de semana. (iii) Que en tal caso cree que su madre se pondría triste y no quiere que ello suceda. (iv) Lo pasa bien con su padre y familia de este. (v) En definitiva quiere vivir con su madre porque no quiere verla triste, provocándose en el menor un conflicto de lealtades. (vi) Conjugando todos esos datos, y en atención prioritaria al interés del menor, se inclina el Tribunal por respetar el deseo del hijo de conciliar ambos intereses, sobre todo si se tiene en cuenta el inconveniente de que cada progenitor reside en una localidad distinta, por muy cercanas que estén, así como que el centro escolar al que asiste el menor se encuentra en la que reside la madre. No obstante tal idoneidad la considera como tal «al menos de momento».

³⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 33/2016 de 4 de febrero de 2016, Rec. 3045/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana (La Ley 2016, 2443) Se establece un sistema de custodia compartida de ambos progenitores respecto de la hija menor por ser lo más beneficioso para ella. No es significativa su adaptación a la custodia materna *por su edad* y porque puede ser perjudicial al impedirle avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. Debe primar el superior interés de la menor. No hay ningún motivo para privarle de compaginar la custodia entre ambos progenitores, los cuales se han implicado en el cuidado de la hija antes y pueden seguir haciéndolo sin ningún problema tras la ruptura.

³⁷ Pues... *con el sistema de custodia compartida. a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, b) Se evita el sentimiento de pérdida, c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.*

³⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 9/2016 de 28 de enero de 2016, Rec. 2205/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana (La Ley 2016, 1000) establece un sistema de custodia compartida de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio. La adaptación de este a la custodia materna no es significativa *por su edad, 9 años*, y porque puede ser perjudicial al impedir avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. No hay ningún motivo para privarle de compaginar la custodia entre ambos progenitores, siendo una medida favorable a su superior interés.

³⁹ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 753/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana, (La Ley 2015, 217833) establece un

sistema de custodia compartida a favor de ambos progenitores respecto del hijo menor del matrimonio por ser lo más beneficioso para este. Su adaptación a la custodia materna no es significativa por su edad, 3 años, y porque puede ser perjudicial al impedir avanzar en su relación con su padre a partir de una medida que se considera normal e incluso deseable. No puede privarse al padre de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de su hijo. Los cambios de domicilio son una consecuencia lógica de este tipo de guarda, no pudiendo ser un motivo para no establecerla. A falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, será por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festivo).

⁴⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 551/2015 de 9 de octubre de 2015, Rec. 2842/2014. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2015, 139509)

⁴¹ La consideración de que uno y otro han manifestado que quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto, en una situación en que la edad de los hijos permite flexibilizar esta medida que, en sí misma, conlleva otras consecuencias con relación a la vivienda y a los alimentos, que no es conveniente modificar en la situación actual.

⁴² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 200/2014 de 25 de abril de 2014, Rec. 2983/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2014, 51101) Procede establecer un sistema de custodia compartida por ser lo más beneficioso para los hijos menores. No consta que ello suponga peligro alguno para los mismos. Ambos progenitores están capacitados para cuidarlos. No es obstáculo para establecer dicha custodia que los litigantes hayan rehecho su vida con nuevas parejas. No altera la forma de vida de los menores, ya adolescentes, dada la proximidad de ambos domicilios con el centro escolar. No es necesario que cambien de ambiente.

⁴³ Procede el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida por ambos progenitores. Es lo más beneficioso para el interés de los hijos menores. Durante año y medio este es el régimen que se ha venido desarrollando sin problema alguno. Es el más adecuado para el desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral de los menores y el más aproximado a la convivencia existente antes de la ruptura matrimonial. STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 761/2013 de 12 de diciembre de 2013, Rec. 774/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 196575).

⁴⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 495/2013 de 19 de julio de 2013, Rec. 2964/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 118670)

⁴⁵ Pues bien, lo que la Sentencia dice es que tal sistema de custodia no es favorable al interés de los menores, en base exclusivamente a un informe psicológico en el que se pone de manifiesto que estos se encuentran a gusto con la idea de seguir viviendo con su madre y con el régimen de visitas actual, a pesar de que el mismo informe señala que «esta situación actual no implica que la custodia compartida no fuese una opción beneficiosa para Pablo y Javier, ya que ambos progenitores son válidos para ejercer la guarda y custodia de los menores y presentan un alto grado de interés por el bienestar de los mismos», añadiendo que «para el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional de los menores es deseable un entorno más armónico posible, que garantice el derecho de los hijos a contar con una madre y un padre afianzando los vínculos de afecto y apego con ambos progenitores».

La Sentencia omite que los hijos «tienen un vínculo afectivo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos», sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con cada uno, aunque se reconozca que se encuentran a gusto con las visitas que tienen actualmente con su padre.

⁴⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 97/2005 de 14 de febrero de 2005, Rec. 3331/1998. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 2005, 35489) se atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija. Intervención necesaria del Ministerio Fiscal en defensa del interés del menor en todas las instancias del proceso. Audiencia de la hija por haber transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que pueda ser oída.

⁴⁷ SAP de Asturias, Sección 6.^a, Sentencia 236/2016 de 22 de julio de 2016, Rec. 304/2016. Ponente: Jaime Ríaza García. (La Ley 2016, 122264)

⁴⁸ La Sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 142, 154 y 159 del Código Civil atribuyendo a la demandante la custodia del hijo común, determinando el tiempo, modo y lugar en que el otro progenitor podría tenerle en su compañía...

⁴⁹ En idéntico sentido la SAP de Murcia, Sección 5.^a, Sentencia 166/2016 de 19 de julio de 2016, Rec. 185/2016. Ponente: José Francisco. López Pujante. (La Ley 2016, 122124)

⁵⁰ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 546/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 734/2015. Ponente: María José Pérez Tormo. (La Ley 2016, 131799).

⁵¹ La custodia compartida acordada responde a las peticiones del actor en su demanda inicial, aunque en la Vista cambió su petición. Incluso ambas partes lo manifestaron así ante los profesionales del Gabinete psicosocial, el Ministerio Fiscal también lo solicitó y *los hijos comunes en sus exploraciones manifestaron que querían estar los mismos días con su padre y con su madre, una semana con cada uno de ellos, que se entendían bien con ambos y los dos se ocupan de ellos. Añadieron que cuando estaban con el padre echaban de menos a la madre.*

⁵² La SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 420/2016 de 30 de junio de 2016, Rec. 206/2016. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. (La Ley 2016, 122635).

⁵³ SAP de Córdoba, Sección 1.^a, Sentencia 362/2016 de 29 de junio de 2016, Rec. 1182/2015. Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez. (La Ley 2016, 116739).

⁵⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 663/2013 de 4 de noviembre de 2013, Rec. 2646/2012. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (La Ley 2013, 164433). Impugnación por la madre biológica de la resolución administrativa que acordó la suspensión del régimen de visitas con su hija menor en acogida. La competencia para suspender el derecho de visitas de los padres con un menor acogido corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin que sea posible la suspensión de este derecho por decisión administrativa. Mantenimiento de la medida en vía judicial en atención al interés superior de la menor. *Decisión motivada de no explorar a la niña durante el procedimiento teniendo en cuenta su situación y evolución así como las ventajas e inconvenientes de este instrumento de convicción.*

⁵⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez. (La Ley 1998, 6214).

⁵⁶ Existe un rechazo, aunque con razones propias de la edad (me remito a la prueba de exploración de la menor) a la figura de la abuela materna... Ahora bien, desde este punto de vista, tampoco es de apreciar como positiva la supresión total de las visitas, dado que ello evidenciaría que el conflicto sigue ahí, y toda desvinculación con un nexo familiar solo puede producir desarrollos negativos a la larga, aunque sin duda y debido a las circunstancias apreciadas tal régimen no puede ser tan laxo como pretende la abuela...»; La Sala «a quo» razona su decisión con base a la siguiente integración de su convicción, según su FJ 3.º: «...ninguna prueba avala la total ruptura de la relación propia entre la abuela materna y nieta. Los informes psicológicos aportados no evidencian de forma clara y contundente que las visitas de la abuela sean perjudiciales para la menor; ni que necesariamente haya de producir un daño para ella las referencias a la familia biológica materna de la que procede, pues como muy bien dice la juez» «toda desvinculación con un nexo familiar solo puede producir desarrollos negativos a la larga».

⁵⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991. Ponente: José Almagro Nosete. (La Ley 1996, 7499). Versa el presente recurso sobre el régimen de visitas que reclaman los abuelos paternos del menor frente a su nuera, la madre del menor, en estado de viuda y, con anterioridad separada de su marido más tarde fallecido, padre del referido menor. La Sentencia recurrida que, por supuesto, no niega el derecho de los actores a relacionarse con su nieto revoca, sin embargo, el régimen de visitas que la Sentencia de primera instancia estableció que modifica por otro «más acorde con la situación» pues «atendiendo a máximas de prudencia y normalidad, es aconsejable establecer que los actores podrán visitar a su nieto y tenerlo en su compañía todos los jueves del año desde las dieciocho horas que será recogido en el domicilio de la madre, sea el habitual o el accidental en periodos vacacionales, hasta las veinte horas y treinta minutos del mismo día, que será retornado al mismo lugar en que se le recogió».

⁵⁸ Hemos utilizado el término *victimización* para referirnos a la audiencia del menor en el procedimiento o el inicio procedimental que puede ser traumática para el menor al volver a sufrir las consecuencias de la ruptura de pareja de sus progenitores y el cambio producido en su situación. Y para impactar al lector.

⁵⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales, en *La Ley*, año XXXIII, núm. 7956, 2 de noviembre de 2012, p. 5.

⁶⁰ Miles de niños pasan cada año por los juzgados en la UE por verse afectados por la crisis de pareja de sus progenitores. Según datos aportados por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE en su Informe sobre la situación de los menores de edad en los procedimientos judiciales, solo en 2010 y solo en once Estados miembros, cerca de 495.000 se vieron afectados por el divorcio de sus padres. Sostiene este Informe, que la justicia debe estar «más adaptada a la infancia» y que no se puede permitir que «los niños se sientan desconcertados o estresados cuando participan en procedimientos judiciales» o que «las audiencias sean traumáticas para los niños, tanto en los procedimientos penales como en los civiles», y conmina a los Estados miembros a «garantizar que los derechos de los niños en estas situaciones se respetan y se cumplen».

1.2. Derecho de Familia

La patrimonialización del derecho de familia. La acción de reembolso entre progenitores por los alimentos del hijo común asumido en exclusiva por uno de ellos

*The action of reimbursement between for
progenitors for the expenses assumed one of
them*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: En materia alimenticia, el artículo 148.1 Código Civil establece una excepción expresa a la retroactividad cuando dispone que, aunque la obligación de dar alimentos es exigible desde que la persona que tenga derecho a percibirlos los necesite para subsistir, solo se abonarán desde la fecha de la demanda en que se reclamen. Esta norma es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores por la remisión del artículo 153 del citado cuerpo legal. Consecuencia de ello, se ha planteado ante la determinación de la filiación paterna no matrimonial la posibilidad de poder reclamar por la vía del artículo 1158 del Código Civil al progenitor cuya filiación ha quedado determinada, los alimentos debidos al hijo y abonados en su totalidad por el otro progenitor desde un momento anterior a la demanda, en concreto, desde el nacimiento del hijo. Asimismo, se ha cuestionado ante situaciones de ocultación de paternidad y de percepción indebida de alimentos el poder considerar subsumible tales supuestos en figuras tales como el cobro de lo indebido, enriquecimiento sin causa o abuso del derecho. Sobre tales materias se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *In matter of food, the article of the civil code establishes an express exception of the retroactivity of the food when he arranges that though the food obligation is demanded since the person who has right to perceive them needs to survive only they will subscribe from the date of the demand in which they proclaim themselves. This norm is also of the application to the food obligation of the minor children for the reference of the article 153. Consequence of it has stood firm before the determination of the paternal not matrimonial filiation the possibility of being able to claim for the route of the article 1158 of the civil code the progenitor whose filiation has remained certain the food for the son and paid in its totality by another progenitor from a moment previous to the demand in I make concrete from the birth of the son. Likewise one has spoken before situations of negative paternity and of collection not owe of the food the power to apply the figures of undue payment, unjust enrichment. On such matter to is going to centre on the present study.*

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos. Nacimiento y exigibilidad. Retroactividad. Reembolso. Modificación. Cobro de lo indebido. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad civil.

KEY WORDS: *Pension of food. Birth and demand. Modification. Undue payment. Undue enrichment. Civil responsibility.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL NACIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO ENTRE PROGENITORES POR LAS CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS POR UNO DE ELLOS.—IV. EL COBRO DE LO INDEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La prestación alimenticia familiar se configura como una relación jurídica obligatoria entre dos sujetos unidos por vínculos conyugales o de parentesco, que tiene por objeto la prestación por el deudor de los medios precisos para proveer las necesidades del acreedor. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 33) define la obligación alimenticia como «aquella relación jurídica que une a dos partes en virtud de la cual una de ellas debe prestarle a la otra lo necesario para su subsistencia»¹. Una definición en la que no solo se engloba la obligación alimenticia típica de «alimentos entre parientes», sino también cualquier otra obligación de carácter alimenticio. Los alimentos se dividen en dos grandes categorías: alimentos legales y alimentos voluntarios. Los primeros, son aquellos que nacen por imperativo de la ley, y surgen cuando el supuesto de hecho que determina la relación tiene lugar, y ello con independencia de la voluntad de los sujetos a los que vinculan. Así, los que son consecuencia directa del matrimonio, y se refiere el artículo 68 del Código Civil, cuando impone a los cónyuges el deber de socorrerse mutuamente, obligando a cada uno de ellos a atender a las necesidades materiales del otro. Mientras se mantiene la convivencia, tal deber se materializa en el levantamiento de las cargas del matrimonio asumidas de forma conjunta y a través de las respectivas aportaciones (art. 1318 del Código Civil), sin que tal obligación de alimentos entre los cónyuges se configure, por tanto, como una obligación autónoma e independiente. Una vez que, la convivencia se rompe, es cuando opera la obligación de alimentos entre parientes como obligación independiente; de forma que, en las situaciones de crisis matrimonial, y mientras se mantenga el vínculo matrimonial, el deber de socorro, se transforma en una estricta obligación de alimentos². Del mismo modo, la satisfacción de las necesidades de los hijos menores de edad se sustancia en el deber general de los padres de mantener a sus hijos, y, por ende, de alimentarlos, derivado de la relación paterno-filial (art. 154 del Código Civil), y reconocido en el artículo 39.3 de nuestra Constitución³. Un deber que, conviene precisar, no está vinculado a la patria potestad, sino deriva de la relación de filiación (matrimonial o no, y adoptiva), pues, son, igualmente, exigibles, aunque los padres no ostenten la patria potestad (arts. 110 y 111 del Código Civil). Cuando la patria potestad se extingue, con la emancipación o la mayoría de edad de los

hijos, el estado de necesidad en que puedan incurrir estos, se deriva para su cobertura a la obligación legal de alimentos entre parientes, en su condición de descendientes (art. 143 del Código Civil) de quienes hasta ahora han ostentado la patria potestad. De todas formas, estas obligaciones legales de base estrictamente familiar, integradas en los deberes conyugales y deberes paterno-filiales, constituyen un modo de financiación de las necesidades en general de los miembros del grupo familiar, previo a las estrictamente alimenticias, y de diferente régimen y configuración, como son las obligaciones de alimentos entre parientes. Aunque, tales obligaciones conyugales o paterno-filiales tienen una regulación específica, en lo no previsto en la misma, se aplica subsidiariamente el régimen general de alimentos entre parientes, como se deduce del artículo 153 del Código Civil que predica esta subsidiariedad respecto a «lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate»⁴. Por otra parte, esta obligación de alimentos entre parientes tiene, asimismo, una importante relación con los alimentos a los que se refieren los artículos 90 y 93 del Código Civil.

En este contexto, se ha cuestionado desde cuando nace y es exigible la prestación de alimentos —retroactividad de los alimentos— y, por otra parte, existe una tendencia hacia la patrimonialización del derecho de familia, en concreto, en el ámbito de la pensión de alimentos de los hijos donde se ha planteado la posibilidad de trasladar la aplicación de determinados institutos jurídicos propios del derecho de obligaciones como el ejercicio de la acción de reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos ante una reclamación de paternidad, el enriquecimiento injusto, abuso del derecho o el cobro de lo indebido o devolución de las cantidades satisfechas en los casos de impugnación de la paternidad, o de ocultación de la misma, y, asimismo, la aplicación en este último supuesto de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la determinación del momento de nacimiento y exigibilidad de la prestación de alimentos y en la posible aplicación en el ámbito de la prestación alimenticia de tales institutos jurídicos propios del campo del derecho de obligaciones.

II. NACIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 148 DEL CÓDIGO CIVIL

Como señala la doctrina tres son los presupuestos que se exigen para surja la obligación de alimentos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar; 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo; 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 del Código Civil); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con lo que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo⁵.

En cuanto al primero de los requisitos, resulta esencial que los sujetos estén unidos por una relación conyugal o de parentesco⁶. En el artículo 143 se enumeran taxativamente quienes están obligados a darse alimentos. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo esta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador. Solo las personas unidas por matrimonio, las que desciendan unas de otras, o

las que tengan los progenitores en común, o, incluso solo uno de ellos (art. 144.4 del Código Civil) pueden ser sujetos recíprocamente de esta obligación legal. Cualquier otro tipo de relación queda al margen de la misma.

Ahora bien, aunque el parentesco sea un requisito imprescindible para que surja la obligación, no genera más que la posibilidad de una obligación potencial, que no será definitiva, si no se acompaña de la concurrencia del resto de los requisitos expuestos, que son los que, en definitiva, determinarán, si aquella nace, y, en consecuencia, quien asumirá el papel de acreedor y de deudor de esta obligación.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. El estado de necesidad que padece un sujeto, viene determinada por la insuficiencia de medios para subsistir. Por ello, para constatar, si realmente existe una situación de necesidad, y la determinación de la cuantía en que se concreta la obligación, se ha de verificar por el Juez, tanto la carencia actual de medios para atender a su mantenimiento, como la imposibilidad de conseguirlos⁷.

Junto al estado de necesidad del acreedor, es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a esa necesidad, esto es, disponer de recursos suficientes⁸.

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación⁹. Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia, exigible¹⁰. Se dispone en este sentido en el artículo 148.1 del Código Civil que «la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos...». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor; incluso, previo requerimiento extrajudicial.

Si bien, el citado artículo 148.1 parece aparentemente entrar en contradicción cuando a continuación señala que «estos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Se indica un momento distinto para el abono de los alimentos, esto es, para su exigibilidad. Señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 269-274) que, al respecto caben dos interpretaciones en torno al binomio nacimiento y exigibilidad de la obligación de alimentos¹¹. Una primera, supone que, la obligación nace con la necesidad y la obligación es exigible desde ese momento, sin que sea precisa una Sentencia judicial que la determine. El alimentista necesitado tiene derecho a la prestación de alimentos antes de que el juez se pronuncie en la correspondiente resolución, esto es, desde que tiene necesidad de alimentos. No obstante, es posible que el alimentante obligado cumpla voluntariamente con su obligación alimenticia y, en consecuencia, nos encontramos ante un verdadero cumplimiento sin que haya de repetirse lo pagado —en esencia, proceder a la devolución de lo pagado—. Estamos ante el cumplimiento de un deber jurídico y no de una simple obligación de contenido ético, moral, pero antes de la decisión judicial que, fije la cuantía, e, incluso, desde la misma interposición de la demanda, ya estamos ante una obligación jurídicamente exigible, susceptible de cumplimiento voluntario por parte del alimentante. La resolución judicial lo único que constata es la existencia de una obligación que, ya ha nacido en un momento anterior, cuando surge la necesidad

en el alimentista¹². Y, la segunda posición opta por considerar que, el nacimiento de la obligación no tiene lugar cuando surge la necesidad del alimentista, sino que esta determina el momento a partir del cual se puede exigir la prestación de los alimentos —judicial o extrajudicialmente—. De forma que, hasta que no haya Sentencia judicial, no hay obligación de prestarla, y, en consecuencia, no tiene el alimentista derecho a recibirla. Por lo que, el nacimiento y la exigibilidad de la prestación de alimentos tiene lugar cuando se dicta la correspondiente resolución judicial. Aquí, a diferencia de la posición anteriormente expuesta, coinciden ambos momentos, y, donde el cumplimiento voluntario y por ende el nacimiento de la obligación, operan en momentos distintos de su exigibilidad o cumplimiento forzoso. Así, de tener lugar un cumplimiento voluntario de los alimentos por parte del alimentante, no constituye el cumplimiento de una auténtica obligación jurídica y exigible, a lo sumo se estará ante una obligación natural¹³. Igualmente, una reclamación extrajudicial tampoco surtirá efecto, pues, como hemos indicado, desde esta perspectiva no estamos ante una obligación civil. En este contexto, la doctrina de forma casi unánime ha entendido que la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, o más concretamente, de la necesidad del futuro alimentista, y es exigible desde ese momento, sin que sea preciso una reclamación judicial¹⁴. No se acepta que, la interposición de la demanda sea el momento inicial de la obligación, de su nacimiento, como si antes no tuviera relevancia jurídica, y, en consecuencia, de la negación de un posible cumplimiento voluntario, sino simplemente tal momento procesal marca cuando debe efectuarse su abono, esto es, cuando resulta exigible¹⁵. El derecho de alimentos, por tanto, surge desde el momento en que el acreedor los necesita, pues, realmente lo que hace el citado precepto es señalar dos momentos distintos en la relación jurídica: uno el momento en que el derecho nace y es exigible por su titular y otro, el momento a partir del cual los alimentos fijados judicialmente deben ser abonados al alimentista. Se disocia el momento de nacimiento de la obligación de su exigibilidad¹⁶. Y estamos ante una obligación civil y exigible desde que surge la necesidad en el alimentista, que representa el momento de su nacimiento¹⁷. En todo caso, la Sentencia estimatoria de los alimentos reconoce y declara la existencia de la obligación exigible desde que tiene lugar la situación de necesidad, pero sin que esta tenga eficacia retroactiva para el tiempo anterior a la demanda —aunque la necesidad pueda justificar su exigibilidad—¹⁸, pues, los efectos de la misma no van más allá del momento de interposición de la demanda, evitando que la duración misma del proceso perjudique los intereses del demandante¹⁹. La negación de la eficacia retroactiva de la demanda se ha explicado tradicionalmente por la vigencia del principio *in praeteritum non vivitur*, por lo que, se consideraba que si los alimentos eran necesarios para la subsistencia, ello debía conllevar su inmediata exigibilidad, sin comprender los posibles alimentos de épocas anteriores a la reclamación y, asimismo, por consideraciones puramente pragmáticas²⁰.

Desde el momento que, la obligación nace con la concurrencia de los presupuestos, puede exigirse su cumplimiento judicial o extrajudicialmente. El deudor obligado a prestar los alimentos, puede hacerlo voluntariamente antes de la intervención del Juez o sin ella, en cuyo caso estaríamos ante un verdadero cumplimiento de una obligación civil, sin posibilidad de repetir lo pagado. Si opta el alimentista por no cumplir con su obligación, será necesaria su exigencia mediante requerimiento extrajudicial o actuación judicial, incurriendo el deudor en mora a partir de tal momento. Como acertadamente dispone BELTRÁN DE HEREDIA (1982, 44-45) como «en todo derecho subjetivo, habría que distinguir

entre derecho y acción, en definitiva, entre cumplimiento voluntario y cumplimiento forzoso». Por ello «si el alimentista ante la petición de alimentos por parte del alimentario, por vía extrajudicial, comienza a prestarlos, este cumplimiento de una obligación civil en la prestación que realiza será irrepetible. Este cumplimiento puede no ser voluntario y habría que recurrir a la reclamación judicial, como ocurre en todo derecho subjetivo previsto de obligación civil»²¹.

No obstante, la negativa a cumplir puede determinar entre otras consecuencias, el que sea considerada como causa de desheredación a los efectos del artículo 853.1 del Código Civil desheredación de los hijos y descendientes «*por haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente*»; del artículo 854.2 desheredación de los padres y ascendiente por «*haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo*»; y, del artículo 855.3 desheredación del cónyuge por «*haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge*»; o como causa de revocación de las donaciones por ingratitud conforme establece el artículo 648.3 del Código Civil «*si le deniega indebidamente los alimentos*»²².

Ahora bien, si el alimentante no cumple voluntariamente la prestación, bien porque desconoce la situación de necesidad del alimentista, o conociendo la misma no quiere cumplir con la prestación en tanto no se le exija judicialmente o extrajudicialmente, el alimentista podrá solicitar la prestación de alimentos judicialmente, si quiere que se le presten por el alimentante obligado a ello. De forma un tanto «egoísta» al alimentante le interesa esperar a que se le reclame judicialmente los alimentos que, cumplir voluntariamente.

En este debate, nacimiento y exigibilidad de la obligación, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995²³ tras el reconocimiento de paternidad señala que «...La reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago) aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad, efectivamente pero no los exigió. Precisamente, para este supuesto el artículo 148.1 del Código Civil establece que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», lo que se concreta en los alimentos que sean solicitados, como es el caso ahora «*sub iudice*», aunque ya con anterioridad derivaran de una relación de patria potestad reconocida en Sentencia firme, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. Por tanto, no debe confundirse tiempo de nacimiento y tiempo de exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, clásica «*in praeteritum non vivitur*» y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin alimentos que ahora pide; prescindiendo de las circunstancias que rodean en ese tiempo pretérito». La Sentencia judicial será la que fije la cuantía y modalidad de pago de la pensión, por lo que, como se dispone en la citada resolución, carece de sentido solicitar alimentos para satisfacer necesidades pretéritas, que ya no requieren ser atendidas y cuya cuantía se hallaba indeterminada, ya que la determinación de la prestación de alimentos tiene lugar precisamente en la correspondiente Sentencia. De forma que, solo se conciben los alimentos para satisfacer necesidades presentes y futuras del alimentista.

Por lo que, el legislador dispensa al deudor alimentante de la prestación de pensiones pasadas, pretéritas en las que se entiende que, el alimentista necesitado ha podido vivir sin ellas. Se trata de evitar, aplicando la clásica «*in*

praeteritum non vivitur» que, se reclame una importante cantidad en concepto de deuda atrasada que, en muchas ocasiones se desconoce su cuantía. Como señala DELGADO ECHEVARRÍA (1991, 536) «la condena al pago de cantidades acumuladas supondría una carga insoportable para él, mientras que no serviría para las necesidades futuras del alimentista al estar por hipótesis cubiertas por las pensiones ordenadas para el futuro»²⁴. La obligación nace y es exigible desde que se dan los presupuestos legales, si bien, con la particularidad que, si se reclaman judicialmente, no se abonarán las pensiones, sino desde la interposición de la demanda.

Si los alimentos fueran solicitados y reconocidos judicialmente, el alimentista tiene derecho a las cantidades devengadas, operando la prescripción de cinco años (art. 1966 del Código Civil)²⁵. Sin embargo, carece el alimentante de acción para reclamar las prestaciones debidas y no pagadas por el alimentante voluntario que presta alimentos, pero que en un momento determinado deja de hacerlo²⁶.

Ahora bien, sería recomendable adoptar una posición equilibradora de los intereses del alimentista y alimentante y, en consecuencia optar por la prestación de alimentos cuando el propio alimentante conoce la necesidad, es consciente de su existencia y no hay inacción por parte del alimentista en cuanto se plantea por este una reclamación extrajudicial. Compartimos por ello la posición de aquellos autores que, en la línea del artículo 237-5 del Código Civil catalán, consideran que el abono de los alimentos podría retrotraerse al momento de la reclamación extrajudicial debidamente probada, cuyo incumplimiento constituye en mora al deudor²⁷.

En todo caso, el incumplimiento consciente del obligado a alimentos ante los requerimientos extrajudiciales del necesitado, puede, asimismo, para algunos autores dar lugar a una obligación de indemnizar al alimentista por los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, en particular, cuando aquel se vio obligado a incurrir en deudas para proveer su mantenimiento, que resultan luego impagadas²⁸. Tal indemnización, como señala MARTÍNEZ RODRÍGUEZ (2002, 284-285) tendrá su causa, además de «en el deber general de indemnizar por los daños causados por el retraso en el cumplimiento de una obligación (art. 1101 del Código Civil), en la necesidad de no dejar impune de responsabilidad al deudor que, con su comportamiento ha provocado que el cumplimiento de la obligación devenga imposible al no atender a tiempo la reclamación, e incluso, en la necesidad de compensar, de alguna forma, al acreedor del perjuicio que le ocasiona el excesivo rigor del artículo 148.1, al privarle de los alimentos anteriores a la demanda»²⁹.

En cualquier caso, si la prestación de alimentos ha sido anticipadamente satisfecha por un tercero, procede frente al mismo el correspondiente reembolso en los términos señalados en el artículo 1894.1 del Código Civil³⁰. Sobre el alimentante recae una obligación que surge de la existencia de una necesidad, por lo que si los asume un tercero, tiene este derecho a reclamárselos al obligado, aunque el alimentista no hubiese interpuesto demanda³¹.

Ahora bien, el artículo 148.1 del Código Civil resulta, igualmente, aplicable a los alimentos de los hijos menores. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993³² señala, al respecto que, «la norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda», y aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero del Código Civil sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad

(art. 154.1), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así el artículo 145.3 y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 del Código Civil)—, no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte solo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». Por su parte, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 3 de octubre de 2008³³ considera aplicable el artículo 148.1 del Código Civil cuando se reclama alimentos en un juicio de separación, nulidad y divorcio, pese a que tiene normas específicas procesales y sustantivas. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 2011³⁴ en unificación de jurisprudencia fija como doctrina que «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Se reitera tal doctrina jurisprudencial en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 30 de octubre de 2012³⁵ y de 27 de noviembre de 2013³⁶ que, también en unificación de doctrina, señala que, el artículo 148.1 debe aplicarse a la reclamación de alimentos por los hijos menores de edad cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada. Dispone, precisamente, esta última Sentencia que «(...) cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, esto es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del Código Civil, como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta, descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos a los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos. La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que, subyace en este tipo de obligaciones a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esta Sala en las numerosas Sentencias, destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda. En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala (...) ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada. Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada».

Lo expuesto sintetiza la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que se ha sostenido desde hace años sin fisuras y se reitera sucesivamente en las Sentencias de 4 de diciembre de 2013³⁷, de 23 de junio de 2015³⁸, en relación con la reclamación de alimentos para hijos menores de edad

en procedimientos de nulidad, separación y divorcio y de 14 de julio de 2016³⁹ en lo relativo a la determinación de filiación no matrimonial, que ha recibido, asimismo, el aval del Pleno del Tribunal Constitucional en Auto de 16 de diciembre de 2014⁴⁰ —en una cuestión de constitucionalidad planteada por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) de 4 de marzo de 2014 con el objeto de aclarar la posible contradicción existente entre el artículo 39.3 de la Constitución española el artículo 148.1 *in fine* del Código Civil y, en consecuencia si este último precepto está afectado por una inconstitucionalidad sobrevenida—, y, siendo compatible con la precedente Sentencia de este mismo Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005⁴¹, ha quedado confirmada por las dos Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil de 29 y 30 de septiembre de 2016⁴² en supuesto de determinación judicial de filiación no matrimonial que, aplicó esta doctrina a favor del padre frente a la acción de reembolso ejercitada por la madre que, había prestado los alimentos ella sola. La primera resolución tras referirse a la vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015, que vino a establecer que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida», señala que «cierto es que el artículo 148 del Código Civil establece una mínima retroactividad hasta la fecha de interposición de la demanda y no desde una posible reclamación extrajudicial, por un determinado periodo, como ocurre en el Código Civil de Cataluña, siendo así que hasta ese momento los alimentos ya se han prestado o han sido atendidos por quien los reclama, y como tales se han consumido, desapareciendo la necesidad. Se trata, sin embargo, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la Sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del Código Civil, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar una situación que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 CE; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código Civil, que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos». Y, refiriéndose al Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014 dispone que «es cierto que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del

progenitor que cumplió su obligación *ex* artículo 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor, que puede formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor; y la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta además proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». La segunda Sentencia del Pleno señala, asimismo, que «este caso se refiere a la obligación de prestar alimentos que, como una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1 del Código Civil y, aunque la naturaleza y el régimen jurídico de dicha obligación son sustancialmente diferentes a los de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, es también de aplicación a aquella obligación lo que dispone la frase final del artículo 148.1 Código Civil; «pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda»; porque, a tenor del artículo 153 del Código Civil: «Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código (...) se tenga derecho a alimentos, salvo (...) lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate». Ahora bien manifiesta que «el legislador ordinario bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 del Código Civil, que exceptuase la aplicación de lo que ese precepto siempre ha dispuesto a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad que los artículos 110 y 154.1 del Código Civil imponen al padre y a la madre. Pero no ha considerado oportuno hacerlo así». En consecuencia, entiende que, esta Sala debe mantener la doctrina jurisprudencial expuesta y que se contiene en la numerosa jurisprudencia citada. Además, considera que, «la norma del artículo 148.1 *in fine* Código Civil no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible —como ese mismo artículo empieza diciendo— «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.1 del Código Civil)». Por lo que «cabe discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil concede al deudor de alimentos. Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima «*in praeteritum non vivitur*». Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1.^a del Código Civil. A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir. La *ratio* de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.1 del Código Civil, lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del artículo 1966.1.^a del Código Civil) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe, deudor de alimentos. Así lo ha explicado la doctrina científica más

autorizada en la materia; que, sin embargo, critica al legislador por no haber llevado la «retroactividad» de los alimentos a la fecha de una reclamación extrajudicial de los mismos, y por no haber tenido en cuenta si el retraso en la reclamación se debió, o no, a una causa imputable al deudor de los alimentos como establece el artículo 237-5 del Código Civil catalán». Por todo ello concluye que, «no corresponde a esta Sala aconsejar al legislador civil estatal la adopción, o no, de normas semejantes; y, en un Estado de Derecho, los Jueces y Magistrados no pueden hacer descansar sus resoluciones en tales razones, decidiendo en contra de lo que dispone la ley aplicable al caso, interpretada por ellos conforme a los criterios que el artículo 3.1 del Código Civil establece (art. 117.1 CE; art. 3.2 del Código Civil)».

De nuevo esta doctrina del *dies a quo* de los alimentos a los hijos menores en el supuesto de nulidad, separación y divorcio que deben prestarse desde el momento de interposición de la demanda se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 2016⁴³.

En todo caso, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad por parte de los progenitores representa una de las concreciones del deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad» establecido en el artículo 39.3 CE, imponen al padre y a la madre los artículos 110 y 154.1 del Código Civil. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 2015⁴⁴ señala al respecto que, la obligación de alimentos a los hijos menores de edad constituye «un deber insoslayable inherente a la filiación que resulta incondicional de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención». Por otra parte, aunque la naturaleza y el régimen jurídico de esta obligación es sustancialmente diferente de la obligación de alimentos entre parientes regulada en el título VI del libro I del Código Civil, sin embargo, como señala la citada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, es también de aplicación a aquella obligación el artículo 148.1 del Código Civil porque, a tenor del artículo 153 del citado cuerpo legal: «*Las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código (...) se tenga derecho a alimentos, salvo (...) lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*», y, además, el artículo 112 del mismo texto legal, señala que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario, como sucede con la deuda alimenticia, pues ello iría en contra del artículo 148.1 del Código Civil. Este precepto se aplica tanto a la reclamación de alimentos en procesos de nulidad, separación y divorcio y, en los relativos a la determinación de la filiación no matrimonial. De forma que, los alimentos solo se pueden reclamar desde la interposición de la demanda. En todo caso, coincido con la profesora CUENA CASAS (2013, 1497) que, resulta un tanto injusto aplicar la máxima «*in praeteritum non vivitur*» cuando el progenitor conoce la existencia del hijo menor de edad y no le atiende. En este supuesto, no parece lógico que, solo se deban abonar los alimentos a partir de la interposición de la demanda cuando tal deber no necesita ser reclamado. Si, en cambio, sería procedente reclamar los alimentos en caso de reclamación judicial de paternidad. En todo caso, quizá, como añade la citada autora, la fijación de la pensión alimenticia en el trámite de medidas provisionales (art. 103 del Código Civil) resolvería más de un supuesto y además tales gastos constituirían cargas del matrimonio (art. 1318 del Código Civil)⁴⁵. O, en fin, reclamar judicialmente ante los alimentos, acumulando la ac-

ción correspondiente a la acción de reclamación de la paternidad⁴⁶. Además, el artículo 768.2 LEC dispone que *«reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado»*.

De todas formas, en algunas resoluciones se excluye el efecto retroactivo tanto en aquellos supuestos en que, aun rota fácticamente la unidad familiar, el alimentante ha venido haciendo frente a las necesidades de los hijos en el periodo transcurrido desde el inicio del pleito hasta la resolución provisional o definitiva del mismo, como en aquellos otros en que se ha mantenido hasta el auto de medidas provisionales, la cohabitación de los esposos bajo el mismo techo, asumiendo quien posteriormente resulta obligado por la resolución judicial el pago de los gastos generados en el entorno familiar; pues, actuar de otro modo implicaría la exigencia de un doble pago, lo que entraría en abierta colisión con la institución de enriquecimiento sin causa, elaborada jurisprudencialmente entorno al artículo 1887 del Código Civil, así como con el artículo 149 del mismo texto legal, dentro de la regulación de los alimentos, que contempla la posibilidad de que el alimentante cumpla su obligación recibiendo y manteniendo en su propia casa al titular del derecho⁴⁷. En fin, en otras se dispone que, en caso de que en la demanda no se determine la fecha a partir de la cual debían prestarse alimentos, la regla general es que se establezcan con efectos desde la Sentencia de primera instancia⁴⁸.

Por otra parte, de fijarse la pensión en convenio regulador concurren, igualmente, dos posturas en relación a la fecha de exigibilidad⁴⁹. Así, para unos, es la fecha en que se suscribió el convenio; para otros, de forma minoritaria, la fecha de aprobación judicial del convenio⁵⁰.

Ahora bien, en este contexto, cabe plantearse si cuando la Sentencia modifica una pensión previamente fijada, resulta también de aplicación a este supuesto el artículo 148.1 del Código Civil, esto es, si opera en las sucesivas resoluciones en las que se pueden modificar los pronunciamientos anteriores, una vez fijada la pensión de alimentos, bien por estimación de un recurso o por tratarse de una Sentencia de modificación de medidas. Centrándonos en este último supuesto planteado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008⁵¹ señala que, sobre tal cuestión *«sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: «los efectos y las medidas prevista en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la Sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo»*, y en el artículo 774.5 de la LEC *«los recursos que conforme la ley se interpongan contra la Sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta»*, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dictan, momento en que sustituye a las dictadas anteriormente». Por otro lado, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal de 26 de octubre de 2011⁵² en relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una Sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, precisa que, *«hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales a las que también se refiere la recurrente al artículo 106 del Código Civil, además, del artículo 774.5 de la LEC. Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores, por lo que será solo la primera resolución que fije la pensión*

de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación». Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 abril de 2014⁵³ fija como doctrina la siguiente: «cada resolución despegará su eficacia desde la fecha en que se dicte, y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Esta doctrina se reitera en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 18 de noviembre de 2014⁵⁴, de 19 de noviembre de 2014⁵⁵, de 23 de junio de 2015⁵⁶; de 6 de octubre de 2016⁵⁷; y, de 25 de octubre de 2016⁵⁸ por lo que, esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la mencionada cuestión jurídica.

En todo caso, no existe un criterio unánime en las distintas Audiencias Provinciales que, siguen, en principio, tres soluciones distintas y posibles en lo que se refiere a la determinación de la eficacia —retroactiva o no— de las resoluciones por las que se modifica o suprime una pensión fijada en Sentencia firme anterior⁵⁹: 1. Las que establecen el inicio de los efectos en el momento de interposición de la demanda instando la supresión o modificación⁶⁰; 2. Las que fijan el inicio de los efectos en la Sentencia de primera instancia que, acuerda la reducción o extinción de la pensión de alimentos⁶¹; y, 3. La que fija en el momento de la Sentencia firme —la de segunda instancia, si ha existido apelación— negando efecto retroactivo. En esencia, desde la firmeza de la Sentencia que declara la modificación o supresión —en la línea de la doctrina del Tribunal Supremo—⁶².

Por otra parte, en relación con los recursos que se interpongan contra la Sentencia que fije la pensión no suspenderá las medidas acordadas en esta (art. 774.5 de la LEC). La pensión alimenticia que se fije en medidas definitivas y en primera instancia es inmediatamente ejecutiva, no siendo aplicable el régimen de ejecución provisional. En consecuencia, la pensión fijada en tales medidas desplegará sus efectos desde la interposición de la demanda hasta la Sentencia que ponga fin al pleito en primera instancia, aunque sea objeto de recurso de apelación, la Sentencia que se dicte en apelación y que sustituye a la de primera instancia desplegará sus efectos desde que se dicta; de forma que, no puede solicitarse ni adiciones a lo ya abonado en caso de ser la cuantía de la pensión fijada en la Sentencia de apelación superior a la de primera instancia, ni devolver nada en caso de ser la cuantía de la pensión fijada inferior a la de primera instancia⁶³. Las cantidades entregadas en concepto de alimentos tienen la naturaleza de consumibles y por tanto, afectos a necesidades vitales, debiendo considerarse que su importe se destina a dar cobertura a las necesidades del alimentista, con lo que casa mal con la obligación retroactiva de la devolución. Únicamente el abuso del derecho, el enriquecimiento injusto o el destino distinto a los fines alimenticios permitirá esa devolución⁶⁴. De todas formas, desde un punto de vista procesal, resulta imposible que, los efectos de la apelación se puedan retrotraer a un momento anterior; pues, lo determinado en la misma solo surte efecto, como hemos señalado, desde el momento en que adquiere firmeza la Sentencia de apelación, por lo que las cantidades abonadas conforme lo acordado en primera instancia están amparadas por tal título judicial. La Sentencia de apelación podrá modificar la medida de pensión de alimentos, de no confirmarse lo adoptado en instancia. Por lo que lo acordado en instancia no se entenderá modificado sino desde la apelación. De ser confirmatoria la Sentencia de segunda instancia, los efectos se retrotraerán a las Sentencias de primera instancia —ponga fin al proceso de

adopción o modificación de medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio—⁶⁵. En esencia, no existe norma alguna que autorice retrotraer al momento de la demanda o a cualquier otro momento anterior a la firmeza de la Sentencia que, ponga fin al proceso de adopción o modificación de las medidas en los procesos de nulidad, separación o divorcio⁶⁶. El Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 6 de octubre de 2016 en su *Fundamento de Derecho segundo* también se refiere a esta cuestión pues, considera que, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta debe ser la misma y se encuentra en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que se podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones será eficaces desde que se dicten momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asiente en el artículo 106 del Código Civil y artículo 774.5 de la LEC, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte.

Cuestión distinta es que los alimentos se han recibido consecuencia de una resolución provisionalmente ejecutada, establecida en otro tipo de procedimiento, en cuyo caso la posible devolución de los recibido en exceso podría tener amparo legal en el artículo 533.1 de la LEC que, establece que, si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuera de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, el letrado de la administración de justicia procedería al sobreseimiento de la ejecución provisional, y el ejecutante debe devolvería la cantidad que hubiera percibido⁶⁷.

Ahora bien, se hayan o no solicitado medidas provisionales estas quedan sin efecto por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 de la LEC)⁶⁸.

Por su parte, el artículo 233.7-3 del Código Civil catalán prevé una medida dirigida a favorecer los acuerdos extrajudiciales en los procesos de mediación, al posibilita que la resolución que modifica las medidas, pueda retrotraer sus efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.

En cuanto a la actualización de las pensiones, como señalamos, se suelen fijar las mimas con carácter anual y operan desde la fecha de la Sentencia, salvo que la misma o el convenio fijen otra distinta. Los incrementos de la pensión procedentes de la actualización operan de forma automática, acumulándose los mismos a la pensión alimenticia inicial, sin la exigencia de una expresa solicitud del preceptor⁶⁹. En caso de apelación y de confirmarse, el *dies a quo* a partir del cual ha de operar la actualización es el de la Sentencia de primera instancia que la declara⁷⁰. El artículo 148.1 del Código Civil resulta aplicable a las pensiones declaradas por primera vez, pero no a las actualizaciones que constituyen una mera ejecución material de un acuerdo firme⁷¹. Y aunque ha habido resoluciones de las Audiencias Provinciales que, han declarando que, los efectos de la actualización se producen *ex nunc* a partir del momento en que procesal o extraprocesalmente en que, las partes haciendo uso de esa previsión revisora, se fija el nuevo importe sin que quepa retrotraer con efectos *ex tunc* el aumento o disminución a aquellos periodos transcurridos sin efectuar la revisión. Sin embargo, la clara evolución de la jurisprudencia en esta materia hace que se considere que, los incrementos

reclamados como consecuencia de actualizaciones de la pensión que fueron establecidos en Sentencia firme, operen automáticamente sin necesidad de solicitud expresa, pues, su atribución no precisa de ulterior resolución, ya que viene la actualización expresamente establecida en la parte dispositiva de la Sentencia⁷².

Finalmente, la falta de mención en el convenio regulador o en la Sentencia sobre el sistema de actualización de la pensión no impide que, la pensión se actualice en ejecución de Sentencia, aplicando el criterio subsidiario de actualización como es el IPC. De todas formas, en caso de hijos menores de edad en relación con la actualización de la cuantía, no rige el principio de justicia rogada, por lo que el juez puede sobre el principio de orden público, acordar todas aquellas medidas que sean necesarias para proteger el interés de los hijos, lo que le habilita para fijar la forma de actualización de la pensión, aunque no hayan solicitado ni fijado nada las partes⁷³.

III. LA ACCIÓN DE REEMBOLSO ENTRE PROGENITORES POR LA CANTIDADES ABONADAS EN CONCEPTO DE ALIMENTOS POR UNO DE ELLOS

Al margen de los obligados al pago, el Código Civil posibilita que el cumplimiento proceda de un tercero, esto es, de una persona que, sin estar obligada, paga de forma voluntaria y a sabiendas una deuda ajena. A este respecto, el artículo 1158.1 del Código Civil dispone que «*puede hacer el pago cualquier persona*». El fundamento de este precepto y de la consiguiente legitimación del tercero «está en la función satisfactiva del pago, siendo la prestación fungible, el interés del acreedor queda igualmente, satisfecho ya pague el deudor o persona distinta»⁷⁴. Por esta razón, «no cabe el pago por tercero cuando la prestación es infungible, como sucede en las obligaciones de hacer personalísimas (art. 1161), pues en tal caso solo el deudor puede ejecutar la prestación que satisface el interés del acreedor»⁷⁵. En todo caso, es preciso que el tercero que paga lo haga cumpliendo los requisitos objetivos del pago y realice correctamente la prestación debida. Por tanto, mediando los requisitos comunes a todo pago, el cumplimiento realizado por el tercero constituye un pago válido. E incurrirá en mora el acreedor que se hubiera negado a recibir la prestación que un tercero le ofrece —*mora creditoris*—⁷⁶. En todo caso, el tercero que paga, ha de hacerlo con ánimo de extinguir la obligación, ha de tener *animus solvendi* y de pagar una deuda ajena, pues, si está cumpliendo una deuda propia no hay pago por tercero⁷⁷. Como señala MARÍN LÓPEZ (2013, 8487) en este caso «habrá que acudir a las reglas de cobro de lo indebido, quedando el acreedor obligado a restituir al tercero la prestación recibida, salvo en el caso previsto en el artículo 1899 que, es el único, además, en el que el tercero que pagó indebidamente dispone de una acción de regreso contra el deudor»⁷⁸.

Ahora bien, para la validez del pago por tercero es indiferente la voluntad del deudor al respecto, y asimismo, los motivos por lo que el tercero cumple la obligación; sin embargo, en la relación entre tercero y deudor, a la hora de fijar el contenido de la reclamación, sí que resulta necesario tener en cuenta la actitud y voluntad del deudor —consentimiento, ignorancia u oposición— en orden al pago realizado por el tercero. Así, si el tercero hubiera pagado con conocimiento y sin oposición del deudor, podrá reclamar de este lo que hubiese pagado —acción de reembolso (art. 1158.2 del Código Civil)—, además de poder subrogarse en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor por quien ha

pagado —acción subrogatoria (art. 1159 *a sensu contrario*)—; si el tercero paga ignorándolo el deudor, podrá reclamar de este lo que hubiera pagado —acción de reembolso, sin poder subrogarse en la posición del deudor—; y, si el tercero paga, oponiéndose el obligado al cumplimiento, solo podrá repetir del deudor aquello en que hubiera sido útil el pago —*actio in rem verso* (art. 1158.3 del Código Civil)—. En este supuesto la oposición del deudor debe ser explícita y anterior o al tiempo del pago⁷⁹.

En este contexto, se ha planteado la posibilidad de aplicar el artículo 1158 del Código Civil, y por ende, ejercitar una acción de reembolso exigiendo los alimentos satisfechos exclusivamente por un progenitor desde el nacimiento del hijo menor de edad hasta la fecha en que se determinó la filiación sobre la base de lo dispuesto en los artículos 112 y 154 del Código Civil, esto es, con efectos retroactivos, cuando la filiación queda determinada respecto del otro en virtud de reclamación judicial de la filiación.

La posición de las Audiencia Provinciales ha sido diversa. Por un lado, las que se muestran favorables al reembolso de las cantidades satisfechas argumentando que, la Sentencia que determina legalmente la filiación tiene naturaleza declarativa, de modo que los efectos que se derivan de la relación paterno-filial, constatada conforme a Derecho, se retrotraen al momento en que la procreación tiene lugar, siempre que sea posible según su naturaleza y la Ley no disponga otra cosa, no pudiendo considerarse como disposición legal contraria a la retroactividad el artículo 148 del Código Civil, puesto que el régimen jurídico aplicable a los alimentos del artículo 110 es el del artículo 154 y no el contenido en los artículos 142 y siguientes, todo ellos, del Código Civil, considerando la doctrina que, en el concreto artículo 148 solo resulta aplicable en algunos casos y con limitaciones. La acción prevista en el artículo 1158 exige como presupuesto, que quien reclama, haya pagado voluntariamente una deuda ajena y cuantifique y justifique el importe satisfecho cuyo reintegro interesa, siendo este último requisito también exigible cuando la reclamación sea amparada en la doctrina sobre enriquecimiento injusto o en el artículo 154 del Código Civil. Por lo que, el progenitor que, antes de presentar la demanda de reclamación de paternidad, ha venido satisfaciendo los alimentos del hijo menor de forma exclusiva, podrá ejercitar la acción de reembolso prevista en el citado artículo 1158, acción personal sometida al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil frente al otro progenitor, por recaer la obligación de alimentos sobre ambos progenitores (art. 154 del Código Civil). Si bien dicha reclamación no será en concepto de alimentos, pues por la naturaleza de esta prestación, es evidente que los alimentos consumidos no pueden devolverse, sino por cumplir una deuda ajena —Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 8 de enero de 2008, de 2 de mayo de 2012 y de 5 de julio de 2013⁸⁰; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.^a, de 10 de enero de 2012⁸¹; y, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.^a Melilla, de 25 de noviembre de 2013⁸²—. Otras, por el contrario, rechazan dicho planteamiento, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.^a, de 8 de abril de 2013⁸³ en el que se ejercita una acción de reembolso por cobro de lo indebido que se rechaza —que ha sido objeto de recurso de casación concluido mediante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2015 en la misma línea—; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 15 de junio de 2015⁸⁴ que, sobre la cuestión de si se pueden reclamar alimentos con efectos retroactivos desde la fecha de nacimiento hasta la fecha en que se determina la filiación, la respuesta es negativa.

En esta última tendencia, se ha posicionado el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las ya mencionadas Sentencias de 29 y 30 de septiembre de 2016 negando el reembolso por la vía del artículo 1158 del Código Civil al progenitor que ha satisfecho los alimentos en exclusiva desde el nacimiento del hijo menor hasta la Sentencia de determinación de la filiación no matrimonial, alegando la primera de las resoluciones que «según dispone el artículo 148 del Código Civil, en ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que, como afirma la STS 320/1995, de 8 de abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos (Sentencia de 14 de junio de 2011)». Y añade «como dice el Tribunal Constitucional (ATC Pleno de 16 de diciembre de 2014) es cierto que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación *ex* artículo 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero la retroactividad de la obligación de prestación de alimentos al menor no se orientaría a su asistencia, como fin constitucionalmente relevante del artículo 39.3 CE, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades ya fueron cubiertas, sino a resarcir al progenitor cumplidor, que puede formular demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación frente a una deuda generada a su favor por el progenitor incumplidor, y la limitación temporal de la exigibilidad de los alimentos, ante el incumplimiento voluntario por parte del progenitor no custodio, resulta además proporcionada para evitar una situación de pendencia que no sería compatible con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». Por su parte, la segunda resolución alega al respecto que «la norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil no implica que la obligación de alimentos entre parientes no exista y sea exigible —como ese mismo artículo empieza diciendo— «desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos». Y la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a los hijos menores de edad nace y es exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces legalmente determinada (art. 112.1 del Código Civil). No son, así, exactas las declaraciones contenidas en las Sentencias de instancia en el sentido de que, en el periodo relevante, don Cosme no tenía la obligación de prestar alimentos a Hipólito: la tenía, lo supiese, o no —supiese, o no, que era el progenitor de Hipólito—, o albergase, o no, dudas razonables al respecto durante cierto tiempo. Lo exacto es decir que, conforme al artículo 148.1 *in fine* del Código Civil, finalizado el periodo relevante Hipólito carecía de acción para exigir a su padre el abono de los alimentos correspondientes a dicho periodo: al periodo que medió entre el día su nacimiento y el 6 de mayo de 2012. Inexacto nos parece también que la desestimación de la demanda se justifique con la afirmación de que doña Clara estaba legalmente obligada a la prestación alimenticia a su hijo en toda su extensión, y que, por lo tanto, no pagó una deuda ajena. La demanda tampoco podría haber prosperado, si la actora hubiera fundado jurídicamente su pretensión en el artículo 1145.2 del Código Civil, sobre la base de considerar solidaria la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad. Ni, tampoco, si la hubiese fundado en una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145 del Código Civil, sobre la base de considerar mancomunada aquella obligación. Por lo que, «la justificación exacta para la desestimación de la demanda es la que alegó la representación de don Cosme en su contestación y reiteró, con las

mismas palabras, en su oposición al recurso de apelación: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido. Si el legislador, con la norma del artículo 148.1 *in fine* del Código Civil, ha querido proteger al deudor de alimentos —don Cosme, en el presente caso— frente al acreedor de los mismos —Hipólito, en nuestro caso—, denegando a este acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación —en este caso, el nacimiento de Hipólito—, y la fecha en que se interpuso la demanda —el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso—, comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos —en este caso, doña Clara— en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a este que le reembolse su importe». Para el Tribunal Supremo en ambos casos resulta claro que, si el propio beneficiario de los alimentos carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior a la demanda, con mayor motivo no la tiene su madre a través de la acción de reembolso contra el padre.

Sobre tales bases, no cabe duda que el artículo 148.1 del Código Civil conserva su redacción originaria de 1889 y determina que la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán, sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Como se observa la «*ratio legis*» del precepto es la inexigibilidad del derecho de alimentos antes de plantear la reclamación correspondiente ante los tribunales, que responde a la máxima «*in praetritum non vivitur*», pues, como el alimentista ha sobrevivido hasta la fecha con otros medios, ya no es necesario abonarlos. De otra parte, se trata de una norma que responde al principio «*favor debitoris*», pues, la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado supondría para el alimentante en muchos casos una carga insoportable. Al ser una norma preconstitucional se planteó en su momento su posible inconstitucionalidad sobrevenida en relación con lo dispuesto en el artículo 39.3 de la CE, siendo resuelta de forma favorable su constitucionalidad por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014. Por su parte, con anterioridad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sendas resoluciones dictadas en unificación de doctrina y que hemos aludido a ellas en líneas precedentes, dispusieron la aplicabilidad del citado artículo 148.1 a la reclamación de alimentos a los hijos menores de edad en situación de crisis del matrimonio o de pareja no casada y ante la reclamación de alimentos por los hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada. Precisamente, en esta línea, se han pronunciado las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil, de 29 y 30 de septiembre de 2016 en sendos procesos de reclamación de alimentos tras la determinación de una filiación no matrimonial, donde se protege al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada —hasta cinco años de pensiones a tenor del artículo 196.1 del Código Civil, a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era o por qué importe, deudor de alimentos. Es cierto que el legislador bien podría haber añadido un nuevo párrafo al artículo 153 del Código Civil que, exceptuase la aplicación de la regla establecida en el artículo 148.1 cuando se trata de prestar alimentos a los hijos menores de edad que, los artículos 110 y 154.1 del citado cuerpo legal imponen a los progenitores. La realidad es que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores por parte de sus progenitores nace y resulta exigible desde el nacimiento del hijo, aunque la filiación no esté entonces determinada y, por tanto, tal filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos, pero siempre

que, la retroactividad sea compatible con la naturaleza de esos efectos y la ley no disponga lo contrario (art. 112 del Código Civil). Y, precisamente, en materia alimenticia, el Código Civil establece una excepción expresa a la retroactividad cuando dispone en su artículo 148.1 que, aunque la obligación de dar alimentos es exigible desde que la persona que tenga derecho a percibirlos los necesite para subsistir, solo se abonarán desde la fecha de la demanda en la que se reclamen. Esta norma, prevista en el régimen jurídico general de los alimentos entre parientes, es también de aplicación a la obligación de alimentos a los hijos menores por mandato del artículo 153 del Código Civil. Además, el Tribunal Constitucional (en Auto del Pleno de 16 de diciembre de 2014) consideró al respecto que una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica. Por otra parte, coincido con aquella parte de la doctrina que, apunta tener en cuenta, a los efectos de reclamar determinadas cantidades en concepto de alimentos, el conocimiento de la situación de necesidad por el alimentante, a si el retraso en la reclamación, precisamente, se debe o no a causa imputable al mismo, o en fin a dotar de una mínima retroactividad hasta una posible reclamación judicial en la línea de lo dispuesto en el artículo 237 del Código Civil catalán. De todas formas, para evitar los posibles perjuicios para el alimentista, se pueden solicitar la prestación de alimentos en medidas provisionales o las provisionales o coetáneas y acumular la acción de reclamación de alimentos a la de reclamación de paternidad.

En este contexto, asimismo, se exige en nuestro Código Civil que para que prospere una acción de reembolso debe existir una deuda exigible y líquida y la cuantía de la pensión y por ende, de los alimentos se establece en la Sentencia. En todo caso, lo que se reclama son cantidades pagadas cuyo importe corresponde al progenitor abonar desde el nacimiento mismo del hijo, con lo que no sería desdeñable el ejercicio de una acción de reembolso sujeta al plazo de prescripción de cinco años, pero de nuevo el artículo 148.1 determina la exigibilidad de las cantidades a abonar en concepto de alimentos desde la interposición de la demanda. Por lo que, la aplicabilidad del citado artículo 1158.1 en este ámbito, choca con el límite infranqueable del artículo 148.1, incluso un eventual cumplimiento voluntario por parte del progenitor previo a la reclamación judicial, que luego se torna en un incumplimiento. No puede exigirse judicialmente tal cumplimiento, pues, solo tiene deber jurídico desde la fecha de interposición de la demanda. Además, si el propio beneficiario de los alimentos —el hijo— carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior a la demanda, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso interpuesta contra el padre. Sin duda, puede haber una obligación moral a cargo de quien finalmente sea declarado padre —en la correspondiente acción de reclamación de paternidad— por los gastos de manutención y educación anteriores a esa fecha —interposición de la demanda—, y desembolsados por la madre, pero lo cierto es que la ley no le concede a esta acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase.

Por lo que *de lege ferenda* resultaría necesario una modificación del artículo 148.1 en el sentido de extender la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza al menos desde la interpelación al obligado de un modo fehaciente —reclamación extrajudicial—, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, o exceptuar del régimen general de los alimentos entre parientes el deber de alimentos a los hijos menores de edad e, incluso, facilitar la acción de reembolso de lo gastado por el proge-

nitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente con el límite de la prescripción de cinco años; si bien, esta labor corresponde realizarla al legislador.

IV. EL COBRO DE LO INDEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y ABUSO DEL DERECHO EN LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

La doctrina y jurisprudencia exigen en relación con el pago de lo indebido los siguientes presupuestos⁸⁵: 1. Que exista un pago efectivo hecho con la intención de extinguir una obligación contractual o no (*animus solvendi*). 2. Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, esto es, la falta de deber subyacente en la conducta del *solvens* frente al *accipiens*. El error por parte de quien hizo el pago (*solvens*) consistente «en la creencia equivocada de pagar en cumplimiento de una obligación propia y no por liberalidad o en cualquier otro concepto»⁸⁶. Se admite tanto el error de hecho como el de derecho y no es preciso que sea excusable, aunque sí relevante⁸⁷. Sin embargo, algunas resoluciones exigen que error sea excusable, esencial y relevante⁸⁸. Recientemente, la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2015⁸⁹ se ha pronunciado de forma expresa sobre el reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de relación filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una Sentencia de divorcio y su no encaje en el artículo 1895 del Código Civil como un supuesto de cobro de lo indebido y, por ende, en la retroactividad de los efectos de la Sentencia que, estima la impugnación de la filiación matrimonial. La Sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistrados que consideran que la situación del caso, se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil, y, por tanto, consideran que, el recurso de casación debió ser estimado.

Si bien, en el seno de las Audiencia Provinciales no existe una posición unánime. Así hay Sentencias que sostienen que, la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 del Código Civil —en la línea del voto particular—⁹⁰; por otro, existen resoluciones que manifiestan que la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por vía de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil⁹¹; y, finalmente, hay Sentencias que consideran que, en tanto no se declare que el padre que, lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos. De forma que, el abono de la pensión de alimentos lo es en cumplimiento de una Sentencia que así lo determina; y, tal deber que tiene su fundamento legal en la filiación misma, no se extingue hasta que recae Sentencia firme que, declare la no paternidad —en la línea del Tribunal Supremo—⁹².

Sin embargo, si existe una mayor unanimidad a la hora de admitir la posible devolución (o bien de no abonar las cantidades reclamadas, si estas se exigen en un proceso de ejecución del título judicial) en aquellos casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto o bien ha existido un abuso del derecho⁹³, cuando constatada sin ninguna duda la extinción del derecho (que opera de forma automática y sin necesidad de declaración judicial —así en el supuesto del art. 152.3 del Código Civil—) se pretende «con manifiesto abuso del derecho, prolongar, por meros motivos formales, una obligación que legamente se había extinguido, lo que conduciría, de estimarse su pretensión a un enriquecimiento sin causa,

que no puede ser amparado judicialmente»⁹⁴. Ello es así tanto cuando se trata de prolongar esa situación indebidamente, por ejemplo, por el matrimonio de la hija mayor de edad⁹⁵, como cuando se ha manifestado la misma en un estado tal que la percepción de la pensión ha implicado un manifiesto enriquecimiento injusto (derivado de un ejercicio anormal del derecho)⁹⁶. Asimismo, en algunas resoluciones se exige la devolución de las cantidades satisfechas cuando las cantidades abonadas no han sido destinadas a la finalidad alimenticia que les dio causa, con resultado de un enriquecimiento injusto para el alimentista⁹⁷. Finalmente, en otras se exige un pronunciamiento expreso sobre la devolución de las cantidades prestadas en concepto de alimento en la Sentencia que, precisamente, los ha reducido o extinguido, pues, de lo contrario se considera inexigible tal devolución⁹⁸.

Por último, —aunque ello exigiría un estudio más detallado que nos comprometemos a llevar a cabo—, es la cuestión relativa a la aplicación del derecho de daños a las relaciones familiares y así podemos señalar que, se ha transitado desde una versión clásica, en que se predicaba una inmunidad absoluta por la que la mera condición de cónyuge y provocaba la exención de responsabilidad prescindiendo de cualquier otra consideración —lo que se correspondía con una idea patriarcal y de privacidad de la familia—, a una visión mucho más moderna, propia ya del liberalismo, en la que se busca potenciar los derechos individuales de las personas también dentro del ámbito familiar y, se fomenta la propia autonomía privada en la determinación de las relaciones conyugales. Es a partir de dicha configuración del matrimonio y de la familia como comunidad donde cada uno de los integrantes desarrolla su personalidad, y donde, asimismo, comienza a plantearse la exigencia de la responsabilidad civil cuando, como ocurre en el caso español, no existe ninguna excepción a la aplicación de las normas generales sobre derecho de daños que, tenga su previa razón de ser, precisamente, en la existencia de la convivencia o en la relación familiar⁹⁹. Es cierto, en tal sentido, que existen ordenamientos jurídicos, como el alemán, que reconocen reglas que imponen estándares de conducta o de diligencia en el cumplimiento de los deberes familiares, y que determinan incluso las consecuencias que se producen en el orden indemnizatorio cuando se vulneren, si bien se limitan siempre a la exigencia de responsabilidad por dolo o culpa grave; sin embargo, en otros, como el español no parece que, ante la ausencia de normas específicas y aplicando las normas generales sobre la responsabilidad civil, se deba exigir al agente productor del daño la obligación de indemnizar en los mismos supuestos que, debería hacerlo frente a un tercero. Al contrario, el incumplimiento de los deberes conyugales (arts. 67 y 68 del Código Civil, esencialmente) no provoca su coercibilidad integral o por equivalente, ni es susceptible de reparación económica. Quizás el avance progresivo de la visión del matrimonio o de la relación de pareja como comunidad y no como institución, añadido al hecho de que las propias consecuencias del principio de especialidad se van diluyendo y la no exigencia de causas de separación o divorcio —así, el ejemplo más claro es la infidelidad que como causa de separación ha quedado sin efecto desde la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en que la ruptura del vínculo conyugal se asocia ya, frente a un sistema causal, a la mera expresión de su voluntad cuando hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio—, ha permitido que las relaciones en esta materia —derecho de daños y derecho de familia— comiencen a adquirir plena operatividad, lo que ha venido incluso auspiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009¹⁰⁰ —en un supuesto en que se condena a la madre por indemnización por daño moral a un padre por haber causado la privación de todo contacto con su hijo.

No obstante ello, y aunque hoy en día pueda afirmarse que el artículo 1902 Código Civil puede ser fuente de aplicación para reconocer los daños que se originan en las relaciones de familia, nos encontramos ante la discusión sobre si la fuente o criterio objetivo de imputación del daño —en cuanto que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre un daño, atribuible a un sujeto civilmente responsable mediante alguno de los criterios de imputación previstos en la ley— es únicamente el dolo en la conducta de la esposa, como parece indicar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1999¹⁰¹ —que consideró inaplicable el artículo 1902 del Código Civil al caso por no apreciar dolo en la conducta de la demandada, que conoció la paternidad biológica de su hijo cuando este ya tenía veinticuatro años—, o es suficiente la culpa, además, lógicamente, del hecho dañoso y nexo de causalidad.

Lo cierto es que en la jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales se han sucedido pronunciamientos distintos, unos exigiendo la prueba del dolo —la mayoría, con inevitable dificultad de su prueba—¹⁰²; otros aceptando únicamente la culpa como criterio de imputación, generalmente fundada en la omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se mantienen relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero. En tal sentido, ha abandonado la exigencia del dolo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de enero 2007¹⁰³ que, califica de negligencia constitutiva de responsabilidad extracontractual la omisión de la adopción de medidas dirigidas a determinar la paternidad biológica, pues la demandada pudo —en el caso— y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor». Incluso nos encontramos con una resolución que objetivan totalmente la responsabilidad, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 3 de abril de 2008¹⁰⁴ que, afirmando mantener un criterio contrario al del Tribunal Supremo, sostiene que «los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual. Y en este sentido, entendemos que ni resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que su mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil».

En todo caso, la infidelidad conyugal no es indemnizable, si lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS VIERA M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1982). Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil, en: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil*, T. III, vol. 2, Madrid: Edersa.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, marzo-abril.
- CAÑIZARES LASO, A. (2012). Obligaciones familiares básicas, en: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de Familia*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz, P. De Pablo Contreras y M.A. Pérez Álvarez (coords.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, Valladolid: Colex.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley.
- PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch.
- PARRA LUCÁN, M.ª Á (2011). Los cuasicontratos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, Valladolid: Colex.
- SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *Memento Práctico, Familia (2016-2017)*, Madrid: Francis Lefebvre.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala Segunda, 14 de marzo de 2005.
- ATC, (Pleno), 16 de diciembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de junio de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de diciembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 2015.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2016.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 29 de septiembre de 2016.
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2016.
- SAP Murcia, secc. 5.^a, 16 de abril de 2002.
- SAP Granada, secc. 3.^a, 12 de octubre de 2002.
- SAP Navarra, secc. 2.^a, 28 de junio de 2004.
- SAP Cantabria, secc. 4.^a, 10 de mayo de 2005.

- SAP Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de enero de 2007.
- SAP Barcelona, secc. 12.^a, 15 de marzo de 2007.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 8 de enero de 2008.
- SAP Cádiz, secc. 5.^a, 14 abril 2008.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 2 de mayo de 2012.
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, 15 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.^a, 12 de abril de 2016.

NOTAS

¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ N. (2002). *La obligación de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley, p. 33. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a. (1995). *Derecho civil español, común y foral*, T. V Derecho de Familia, vol. II, 10.^a edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Madrid: Reus, pp. 447-448.

² Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 5138), una cosa son las cargas del matrimonio y otra los alimentos, pues, entre uno y otro deben existir importantes diferencias.

³ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7464); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 1995 (*AC* 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, de 4 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1669); de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.^a, de 20 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 390); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, de 16 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2990); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 14 de abril de 1998 (*AC* 1998, 821); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998, 8080); de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 25 de enero de 1999 (*AC* 1999, 3019); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.^a, de 8 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 8986); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1.^a, de 18 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 7698); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 13 de enero de 2000 (*AC* 2000, 3662); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 27 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 112839); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 29 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 113126); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 176802); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.^a, de 12 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 284022); y, de la Audiencia Provincial del Navarra, secc. 2.^a, de 28 de junio de 2004 (*AC* 2004, 1852).

⁴ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.^a, de 21 de julio de 2004 (*AC* 2004, 1839). De forma expresa, el artículo 237-2.2 del Código Civil de Cataluña dispone que: «los deberes de asistencia entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos, son regulados por las disposiciones específicas y, subsidiariamente, por las establecidas por este Capítulo»; y, el artículo 237-14 del citado cuerpo legal, asimismo, señala que «las normas establecidas en este Capítulo se aplican subsidiariamente a los alimentos ordenados en testamento o en codicilo...».

⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz, P. De Pablo Contreras y M.A. Pérez Álvarez (coords.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, Valladolid: Colex, pp. 48-49; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 35; del mismo autor (1982), Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil, en: M. Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil*, T. III, vol. 2, Madrid: Edersa, p. 23. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986, 6574); de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 1169); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 17 de marzo de 1998 (*AC* 1998, 616); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 84592); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 6 marzo 2001 (*JUR* 2001, 150454); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.^a, de 14 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 92955); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, de 10 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 266155).

⁶ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 50) se aporta certificación del Registro Civil, y relaciones afectivas entre la madre de la actora y el demandado en la época de la fecundación y nacimiento de la hija.

⁷ En este sentido, PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: Bosch, p. 108.

⁸ Señala PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 114 que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita este, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7464); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, de 27 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 242047); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.^a, de 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 281420) la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

⁹ Como precisan DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 10.^a ed., Madrid: Tecnos, p. 54, no es carga del que demanda los alimentos probar la no concurrencia de estas circunstancias, sino del demandado para evitar la condena a prestarlos.

¹⁰ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 267-268.

¹¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 269 a 274. También plantea ambas posiciones de la doctrina y las dudas en torno al momento de la obligación de alimentos, en cuanto, parece que tal momento es diferente según estemos ante un cumplimiento voluntario o un cumplimiento forzoso de la obligación, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1494.

¹² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 269; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.*, p. 49.

¹³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 535; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 270; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, pp. 24-25; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.*, p. 49; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, 14.^a ed., Madrid: Marcial Pons, p. 370; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 53; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de familia, duodécima edición puesta al día por Silvia Díaz Alabart, Madrid: Edisofer, p. 16.

¹⁵ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 2991) señala que, la reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho de alimentos y fuera exigible. No debe confundirse el tiempo del nacimiento y el tiempo de exigibilidad de los alimentos; el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de enero de 1992 (*AC* 1992, 19); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 16 de enero de 1996 (*AC* 1996, 57) dispone que, la redacción del artículo 148 del Código Civil es clara cuando establece que, la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda; el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.^a, de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2001, 2415); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 17 de enero de 2001 (*AC* 2001, 2435); el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, de 23 abril 2002 (*JUR* 2002, 235962); la Sentencia de la Audiencia Pro-

vincial de Pontevedra, secc. 5.^a, de 25 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 1853); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 20.^a, de 10 de febrero de 2003 (*JUR* 2004, 160117); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, de 4 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 190102); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, de 11 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 289751); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, de 30 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 124791); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 91592); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 15 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120585); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234436).

¹⁶ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1493.

¹⁷ CAÑIZARES LASO, A. (2012). Obligaciones familiares básicas, en: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de Familia*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 140-141.

¹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.^a, de 23 enero 2008 (*JUR* 2008, 228088). Igualmente, se expresa el artículo 237-5.1 del Código Civil catalán. Sin embargo, en el número 2 del citado precepto se señala que «en el caso de alimentos a los hijos o hijas menores también se podrá demandar los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta el máximo de un año, si la reclamación no es hecha por causa imputable a la persona obligada a prestarlos».

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1982). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 48.

²⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 535-536 quien precisa que, por un lado, el alimentista ha vivido hasta allí sin los alimentos que pide, de manera que ya no se fundamentan en la necesidad vital del alimentista, que de hecho ha quedado cubierta; y por otra parte, la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado podría llegar a suponer una carga insoportable, mientras que no serviría para las necesidades futuras del alimentista, por hipótesis cubiertas por las pensiones ordenadas para el futuro. Cosa distinta es que, como asimismo apunta el autor, quepa pedir al alimentante que no cumplió, una indemnización de los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasionó al alimentista, pero ya no como una obligación indemnizatoria ordinaria; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 25; PUIG PEÑA, F. (1950). «voz Alimentos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, Barcelona: Seix, p. 585.

²¹ BELTRÁN DE HEREDIA, P. (1982). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 44-45.

²² MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, pp. 283-284; DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 535; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 55.

²³ *RJ* 1995, 2991.

²⁴ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 536.

²⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 1399) dispone que el modulo temporal que, establece el artículo 148.1 del Código Civil se refiere solo a los alimentos que sean solicitados, y no estén todavía reconocidos, pero no a los que estén devengados, por haberse producido ya su reconocimiento, y no hubieran sido abonados por el obligado a hacerlo. Asimismo, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 15 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 115831).

²⁶ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1495.

²⁷ PADIAL ALBAS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 234; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 282; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1496. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 20398).

²⁸ DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 536; PADIAL ALBAS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, *op. cit.*, p. 236; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 27; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, p. 284, para quien «está justificada no solo para el resarcimiento de posibles daños, sino también para evitar que la negativa a prestar alimentos libere totalmente al obligado de cualquier responsabilidad hasta que estos sean reclamados judicialmente».

²⁹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, pp. 284-285.

³⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.ª, de 10 de marzo de 1998 (AC 1998, 7015); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2005 (JUR 2006, 222902). Asimismo, *vid.*, el artículo 237-11 del Código Civil Catalán.

³¹ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.*, p. 285; DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 535.

³² RJ 1993, 7464. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5794).

³³ RJ 2008, 7123.

³⁴ RJ 2011, 4527.

³⁵ RJ 2012, 10129.

³⁶ RJ 2013, 7855.

³⁷ RJ 2014, 498.

³⁸ RJ 2015, 2655.

³⁹ RJ 2016, 2970.

⁴⁰ RTC 2014, 301. El Tribunal Constitucional hasta esta Sentencia no había recibido demanda alguna capaz de generar un pronunciamiento expreso sobre la vigencia del artículo 148.1 del Código Civil para los casos en que el alimentista es un hijo menor de edad del alimentante. Esta resolución en su *Fundamento Jurídico cuarto* señala que: «(...) en los términos en que se duda de constitucionalidad se plantea, si resulta que la retroactividad de los alimentos facilitaría procesalmente el resarcimiento del progenitor que cumplió su obligación *ex artículo* 154.1 del Código Civil como vía para reclamar la deuda al progenitor incumplidor. Pero no es inmediato como dicha retroactividad sirve al interés superior del menor, los alimentos no se orientarían a la asistencia del menor, el fin del artículo 39.3 de la CE, pues, el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas ya». Por lo que «A mayor abundamiento, la norma cuestionada (la contenida en la frase final del art. 148.1 del Código Civil) parece superar el juicio de ponderación con otros intereses, en concreto, el de los progenitores, que aun siendo de menor rango con relación al menor, deben ser tomados en consideración (STC 185, 2012, de 27 de octubre [RTC 2012, 185], FJ 4, entre otras). Respecto al progenitor custodio la norma no es excluyente, pues nada le impide formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Respecto al progenitor no custodio, tampoco es excluyente pues puede cumplir voluntariamente la obligación desde que esta nace y, en los supuestos de cumplimiento forzoso, una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)». Esta Sentencia cuenta con un voto particular que formula el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁴¹ RTC 2005, 57. El Tribunal Constitucional ha matizado las diferencias entre el derecho legal de alimentos de los parientes y el derecho constitucional de alimentos de los hijos menores para resolver un recurso de amparo cuya finalidad era decidir sobre si existe discriminación tributaria entre el trato dispensado por el legislador a personas que, por decisión judicial, tienen que abonar pensiones de alimentos a los hijos y que no pueden deducirse en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, frente a quienes satisfacen pensiones compensatorias a los cónyuges o de alimentos a familiares distintos de los hijos, que sí admiten deducción. El Tribunal Constitucional considera que no puede apreciarse desigualdad alguna, por cuando los términos de comparación aportados no son

homogéneos al ser ambos supuestos de distinta naturaleza. En lo que ahora interesa, en el *Fundamento de Derecho Sexto* dispone que: «Por lo que respeta a la pensión de alimentos entre parientes —el otro elemento de comparación alegado—, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 del Código Civil) de los parientes con derecho a percibirlos —cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 del Código Civil)—, se abona solo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 del Código Civil) y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 del Código Civil). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 de la CE), ni precisan demanda alguna para que se origina el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos».

⁴² *RJ* 2016, 4457 y *JUR* 2016, 210389.

⁴³ *RJ* 2016, 4737. No consta en los autos testimonio de resolución alguna que acordase medidas provisionales en piezas separadas, ni ninguna de las partes, ni tampoco el Juzgado en su Sentencia, ha afirmado (ni siquiera insinuado) que una tal resolución, llegara efectivamente a producirse. Por otra parte, el progenitor deudor pagó algunas cantidades en concepto de alimentos entre la fecha de interposición de la demanda en la que se le reclamaron pensiones alimenticias y la fecha en la que se dictó la Sentencia que las fijó, por lo que procede el descuento de tales cantidades.

⁴⁴ *RJ* 2015, 601.

⁴⁵ CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 148 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1497.

⁴⁶ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001, 9995).

⁴⁷ *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2035) de referirse a las Sentencias de 14 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4527) reiterada en las de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1125) y de 4 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7879) que sientan como doctrina la siguiente «debe aplicarse a la reclamación de alimento por hijos menores de edad en situaciones de crisis de matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deban prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda» añade que, sin duda esta regla podría tener excepciones «cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estará pagando dos veces, lo que no es del caso»; y, de 6 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4737); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 3 de junio de 2003 (*JUR* 2003, 189613); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 22 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 261307) la pensión de alimentos debe ser desde la fecha de resolución de instancia y no desde la demanda por cuanto el obligado con tal prestación siguió coexistiendo en el domicilio familiar hasta dictarse Sentencia en la instancia; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 1 de junio de 2007 (*JUR* 2007, 312621).

⁴⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1125).

⁴⁹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 28 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 182931).

⁵⁰ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.ª, de 11 de febrero de 2000 (*AC* 2001, 2187).

⁵¹ *RJ* 2008, 7123.

⁵² *RJ* 2012, 1125.

⁵³ *RJ* 2014, 2035.

⁵⁴ *RJ* 2014, 5948.

⁵⁵ *RJ* 2014, 6196.

⁵⁶ *RJ* 2014, 6196 y *RJ* 2015, 72655.

⁵⁷ *RJ* 2016, 4737. Reitera la doctrina que no se puede confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaure por primera vez y aquel en que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...). En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en las Sentencias de 14 de junio de 2011, 26 de octubre de 2011 y 4 de diciembre de 2013 según la cual «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habría de retrotraerse a un tiempo distinto, pues que de otra forma se estaría pagando dos veces. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía ya declarada con anterioridad, bien por estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta debe ser la misma y se encuentra en la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que se podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asienta en el artículo 106 del Código Civil y artículo 774.5 de la LEC, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo será eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente». Sobre tales bases, considera que «la Sentencia recurrida no se atiene fielmente a la referida doctrina jurisprudencial, al tratar el caso de autos como si perteneciese al segundo de los dos grupos diferenciados por no tener constancia de que la Sentencia del Juzgado fuese la primera resolución que fijó las pensiones de alimentos para los hijos de doña Noelia y don Horacio: por no tener constancia de que no se hubieran fijado antes, mediante auto de medidas provisionales dictado en cualquiera de las piezas separadas. Ciertamente, no hallamos en los autos testimonio de resolución alguna que acordase medidas provisionales en dichas piezas separadas; ni ninguna de las partes, ni tampoco el juzgado en su Sentencia, ha afirmado (ni siquiera insinuado) que una tal resolución llegara efectivamente a producirse. Así las cosas, el presente caso debe sin duda considerarse que pertenece al primero de los dos grupos que ha diferenciado conforme a sus precedentes, la citada Sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2015». Por lo que se estima el recurso de casación interpuesto por doña Noelia contra la Sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz y se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Noelia contra la Sentencia dictada el 3 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Fernando, acordando añadir en el apartado 4 del fallo de dicha Sentencia que, las pensiones alimenticias que en él se fijan deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso, pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la misma Sentencia, abonó don Horacio para el mantenimiento de los hijos comunes.

⁵⁸ *JUR* 2016, 234935.

⁵⁹ SÁINZ DIEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *Memento Práctico, Familia (2016-2017)*, Madrid: Francis Lefebvre, p. 628. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, de 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 44950).

⁶⁰ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 26 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 224436); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, de 31 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 189409); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 30

de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 214331); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de abril de 2016 (La Ley 2016, 49501) señala que, la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 no es aplicable al supuesto de autos, por cuanto se ha pretendido la extinción de la pensión de alimentos a favor de un hijo ya mayor de edad, en el cauce del procedimiento de modificación de medidas y en revisión de una Sentencia recaída en un anterior y distinto procedimiento de divorcio, por lo que obvio que este caso nada tiene que ver con aquel otro para el que se aplica la doctrina del Tribunal Supremo que, viene referida a la fecha de la vigencia de la pensión de alimentos cuando la cuantía, o bien no se ha establecido en la Sentencia de instancia por primera vez, en cuyo caso la cuantía que establece la Sentencia que dicte la Sala, por vía del recurso de apelación, rige desde el momento, o bien desde la Sentencia de instancia o desde la fecha de la interposición de la demanda, esta última posibilidad en aquellos supuestos en los que no se hubiera dictado auto de medidas provisionales, o bien cuando dicha cuantía ha sido modificada en alzada, en cuyo caso el importe establecido en la Sentencia de instancia rige hasta el momento en el que se dicta la ulterior Sentencia, en el mismo procedimiento, recaída Sentencia en alzada en virtud del recurso de apelación que hubiera podido interponerse contra la Sentencia de instancia. Todo lo anterior conlleva la estimación del recurso y en su virtud, declarar la extinción del derecho de la pensión de alimentos a favor del hijo con efectos desde la interposición de la demanda el 31 de octubre de 2013.

⁶¹ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 24 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 206253).

⁶² *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 282599); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, de 2 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 233576) desde la firmeza de la Sentencia que declara la supresión; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 25 de julio de 2007 (*JUR* 2011, 212061); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 476925); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 18 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 126091).

⁶³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 21 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002, 46700).

⁶⁴ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN, J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, pp. 627 a 628. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza, secc. 4.ª, de 21 de diciembre de 2001 (*JUR* 2002, 46700).

⁶⁵ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 8765) añade, además, que no cabe cobro de lo indebido sino a partir del mes siguiente en que se dicta la Sentencia de la Audiencia Provincial.

⁶⁶ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia de Sevilla, secc. 5.ª, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 8765); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 25 de julio de 2007 (*JUR* 2011, 212059).

⁶⁷ En este sentido, SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 628.

⁶⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8344).

⁶⁹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 29 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 30032) este derecho a la actualización no está sometido a plazo de prescripción alguno, pues la pensión alimenticia tiene naturaleza de deuda de valor.

⁷⁰ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 629.

⁷¹ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, de 26 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 43056).

⁷² *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 18058); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 9 marzo 2005 (*JUR* 2005, 139047).

⁷³ SÁINZ DÍEZ DE ULZURRUN J. (2016). La pensión alimenticia a favor de los hijos, *op. cit.*, p. 629.

⁷⁴ LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.* (2011). *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, octava edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid: Dykinson, pp. 132-133.

⁷⁵ MARÍN LÓPEZ M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. VI, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 8484.

⁷⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2014). El cumplimiento de las obligaciones, en: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, reimpresión de la 4.ª edición 2014, Madrid: Edisofer, p. 137.

⁷⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, *op. cit.*, p. 8486 el *animus solvendi* se entiende como «conciencia de la ajeneidad en la deuda en el momento del pago o lo que es lo mismo, como intención de satisfacer una deuda ajena».

⁷⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Comentario al artículo 1158 del Código Civil, *op. cit.*, p. 8487.

⁷⁹ LACRUZ BERDEJO J.L., et al. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁰ AC 2008, 592; JUR 2012, 181385 y JUR 2013, 267201.

⁸¹ JUR 2012, 41545.

⁸² JUR 2014, 10443.

⁸³ JUR 2013, 184078.

⁸⁴ JUR 2015, 175018.

⁸⁵ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIV, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid: Edersa, pp. 74-75; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1956-1957; ARCOS VIERA, M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, en: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IX, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 12920-12929; PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011). Los cuasicontratos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. II Derecho de Obligaciones, Valladolid: Colex, pp. 830-831; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Código Civil comentado*, vol. IV, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 1425-1430. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1950 (*RJ* 1950, 1237); de 2 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632); de 30 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 3198); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 23 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2277); de 26 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9207); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 3786); de 18 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7733); de 8 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 812); 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y, 30 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6948); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, 20 de junio de 2000 (*AC* 2000, 3960); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 9 de marzo de 2010 (*AC* 2010, 954); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 2 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 1486); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, 4 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1352).

⁸⁶ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1956.

⁸⁷ ARCOS VIERA, M.ª L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12924; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1428; DIEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas, p. 591. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1980 (*RJ* 1980, 1957); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4765); y de 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 23 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2709); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, 14 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 46754).

⁸⁸ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2002.

⁸⁹ La Ley 2015, 55079. Los hechos sobre los que sustenta el presente caso: Don Domingo contrajo matrimonio con Doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. Trascurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron separarse de mutuo acuerdo. En la Sentencia de separación de 29 de enero de 2003, previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, se adoptó como medida el pago de una pensión de alimentos a favor de la menor de 300 euros que, debería abonar Don Domingo mensualmente, así como un régimen de visitas. El pago de la pensión de

alimentos se hizo efectivo desde el inicio del convenio regulador (diciembre 2002). Tres años más tarde se concedió el divorcio a Don Domingo. Ante la duda de ser padre biológico de la menor, Don Domingo practicó las pruebas de paternidad. A resultados de las mismas se interpuso demanda de impugnación de la filiación matrimonial que fue estimada por Sentencia de 24 de septiembre de 2008 y confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca en Sentencia de 23 de marzo de 2009. Don Domingo reclama a Doña Natalia los alimentos que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador —diciembre 2002— hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil, indicando que se ejercita acción de cobro de lo indebido. En su *Fundamento de Derecho Primero* la Sala tras señalar que, «(...) es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho» e, indicar los presupuestos necesarios para que exista cobro de los indebidos, manifiesta que «la no devolución tiene su origen en la vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885, y de 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver; no en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan». Argumentan también que «el derecho de alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes, por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien paga y quien se beneficiaba de dicha prestación y, es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante Sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido». Igualmente, manifiesta que «conforme al artículo 112 del Código Civil «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario»; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como el de extinción de la adopción (art. 180.3 del Código Civil «la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos»); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (art. 79 del Código Civil: «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos...»), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (art. 148.3 del Código Civil: «se verificará el pago por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este hubiese recibido anticipadamente») y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de Sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efecto retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de notificada la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Finalmente, pone en evidencia «el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia, y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar». Sobre tales bases, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, se mantiene la Sentencia recurrida que, afirmaba que en los casos como el presente la vía de reclamación es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, si bien por los motivos expuestos y no por los argumentos que en aquella Sentencia se esgrimían.

Un análisis de esta Sentencia, vid., BERROCAL LANZAROT, A.I. (2016). Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754, marzo-abril, pp. 935-967.

⁹⁰ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 460702); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 15 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 391646). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 172541) precisa la imposibilidad de reclamar cantidades devengadas con anterioridad al establecimiento de la pensión. Así señala que «el criterio general es que la prestación voluntaria de alimentos por un obligado es irrepetible, en cuanto supone el cumplimiento de una obligación legal y ninguna norma le reconoce el derecho al reintegro por carecer de la acción correspondiente a tal reclamación. Esto concuerda con la norma del Código Civil común (art. 148) y del Codi Família catalán (art. 262) coincidentes en el sentido de prohibir la petición de alimentos pasados, con anterioridad a la reclamación judicial, al estar concebida esta prestación para cubrir necesidades presentes y futuras, de modo que, la reclamación determina la efectividad de la prestación. El derecho a percibir pensiones solo surge desde la reclamación, que constituye así un requisito de eficacia de la prestación. Mientras no se reclame alimentos no surge la deuda relativa a una pensión y la persona que los ha prestado como obligada no puede solicitar pensiones correspondientes a tiempo anterior».

⁹¹ Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); y de 2 de noviembre de 2011.

⁹² Vid., las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 29 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 359); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.ª, de 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955) si bien, la Audiencia estima la pretensión referida a los daños morales y psicológicos ya que difícilmente el padecimiento psicológico puede considerarse independiente del daño mora causado. En la base del mismo está la afectación psicológica padecida y ambas indemnizaciones terminan por obedecer a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable. Y es que la afectación psicológica del actor no es nada más que una secuela del daño moral padecido; de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380). Y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997, 1321).

⁹³ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 19 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 280564) considera que cuando se reclama la ejecución de unas pensiones para hijos que hace tiempo son independientes, se incurre en abuso del derecho; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 24 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1291), por su parte señala que: «Los principios generales del derecho que prohíbe el abuso del derecho o el enriquecimiento injusto, como mecanismos subsidiarios ante la falta de toda otra norma que obligue o permita la restitución del desplazamiento patrimonial producido (ley o contrato). Precisamente el enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función la de «corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial». Es decir, la doctrina actúa indirectamente: no elimina la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial pero obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar al que se ha empobrecido una cantidad de dinero. Y el abuso del derecho, supone una actuación de beneficiario, que sobrepasa manifiestamente los límites normales de ejercicio del mismo, con daño para tercero, que supone, en el caso, la desatención de las necesidades de la menor a que esta llamada a atender tal deber de alimentos.

⁹⁴ Vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 26 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005, 35635) acreditación de que los hijos se habrían incorporado, varios años antes de la presentación de la demanda rectora del procedimiento, al mercado de trabajo. Supresión de los alimentos y reclamación de los percibidos indebidamente desde la

interposición de la demanda; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 26 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 123445) hijo que percibe ingresos durante los meses reclamados, lo que constituye enriquecimiento injusto ante lo innecesario de los alimentos.

⁹⁵ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, de 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 118784); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 15 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 440123).

⁹⁶ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 12 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 102470); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 140538) hay enriquecimiento injusto cuando la demandada percibe la pensión de alimentos del hijo común de los litigantes, pese a que este había sido expulsado del domicilio en donde convivía con su madre, yéndose a vivir con su padre; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 5 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 305581); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 295459); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 15 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 370437) reintegración al esposo de la mitad de la pensión de alimentos desde que la hija abandonara el domicilio materno; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 22 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 126692).

⁹⁷ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, de 1 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 4786).

⁹⁸ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 68946); y, el Auto de 27 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 34978).

⁹⁹ En este línea, señala ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *Familia y Responsabilidad Civil*, Revista La Ley Derecho de Familia, número 8, p. 1 (www.smarteca.es) que «durante la segunda mitad del siglo XX (...) la familia deja de ser un fin en sí mismo, pasando a considerarse como un medio para proporcionar protección a sus miembros y propiciar el libre desarrollo de la personalidad de los mismos, de tal forma que, ahora va a ser el grupo el que va a estar al servicio de los individuos que lo conforman, en lugar de estos al servicio de aquel. Como consecuencia de ello, la idea de dotar de viabilidad al ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares va arraigando en la conciencia social y, consecuentemente, en las decisiones de nuestros tribunales».

¹⁰⁰ *RJ* 2009, 5490.

¹⁰¹ *RJ* 2009, 5490.

¹⁰² En tal sentido, ha de citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, de 2 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 1994) —reiterada en la de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366)—, que en relación con el incumplimiento del deber de Información veía una fuente de aplicación del artículo 1902 del Código Civil y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa; y, asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, de 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 2 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); y, secc. 1.^a, de 30 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 192431); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, de 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012, 1643); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 9 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 129380); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, de 9 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 235882); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 3 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 799).

¹⁰³ *JUR* 2007, 323682. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 8.^a, de 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 203955).

¹⁰⁴ *JUR* 2008, 234675.

1.3. Derechos reales

El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos

The surface right. Analysis of some of your legal problems

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN: El derecho de superficie como derecho real limitado de goce es una figura que gozando de una gran historia jurídica no ha tenido mucha atención por la doctrina. Sin embargo, en los últimos años, ha comenzado a ser estudiada como figura que permite solventar los problemas económicos que plantea la adquisición del suelo para edificar, en el ámbito urbano, o plantar y sembrar, en el rústico.

En el Derecho español, la figura no goza de una regulación legal completa, e incluso, civilmente, su posición sistemática en el Código provocó graves confusiones. La escasez de regulación ha provocado problemas importantes no solo en cuanto a su configuración como derecho real independiente, sino también en cuanto a los requisitos formales necesarios para su constitución válida. A través de este trabajo vamos a analizar estos puntos atendiendo a la jurisprudencia.

ABSTRACT: *The surface right as real right limited enjoyment is a figure that enjoy a great legal history has not had a great deal of attention by the doctrine. However, in recent years, has begun to be studied as a figure that allows to solve the economic problems posed by the acquisition of land for building, in the urban area, or planting and sowing, in the rustic.*

In the Spanish Law, the figure does not enjoy a full legal regulation, and even civilly, their consistent position in the code caused serious confusion. The scarcity of regulation has caused major problems not only in regard to its configuration as real right independently but also in regard to the formal requirements for its valid constitution. Through this work we are going to analyze these points on the basis of the Jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Derecho de superficie. Propiedad superficiaria. Superficie urbana. Superficie rústica. Derecho real limitado.

KEY WORDS: *Surface right. Property surfaces. Urban Surface. Rustic Surface. Real right limited.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO DERECHO REAL DE GOCE.—III. TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE: 1. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE RÚSTICA. 2. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE URBANIZABLE.—IV. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA ENTRE PARTICULARES. FORMA E INSCRIPCIÓN: 1. ESCRITURA PÚBLICA. 2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de superficie es definido como el derecho real que confiere a su titular (superficiario) el poder de edificar, plantar o sembrar en suelo ajeno, haciendo suyo lo edificado, plantado o sembrado¹. Este derecho se suele extender a la posibilidad de que el superficiario tenga la facultad de construir sobre el suelo ajeno (sobreedificación) o sobre el subsuelo (subedificación).

El derecho de superficie se caracteriza por dos notas básicas:

- a) la separación entre el dominio del suelo que corresponde al concedente de la superficie y el dominio de lo construido o plantado que corresponde al titular de la superficie². Esta separación se justifica tradicionalmente como una excepción del principio tradicional «*Superficies solo cedit*», contenido en el artículo 353 en general y en el artículo 358, relativo a los bienes inmuebles, del Código Civil. La existencia de dos propiedades ha permitido conjugar intereses diferentes pero convergentes para conseguir los fines del derecho de superficie³.
- b) El carácter temporal de la propiedad del superficiario. El superficiario tiene un derecho de duración limitada.

La consideración del derecho de superficie como un derecho real limitado de goce o disfrute ha sufrido una larga evolución desde el Derecho Romano hasta hoy⁴. Una clara exposición de esta evolución puede verse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 29 de marzo de 2003 (AC 2003, 111), al señalar:

«El derecho de superficie ha presentado históricamente perfiles y significados diversos, respondiendo a problemas sociales y políticos; de este modo el Derecho real de superficie sirvió, en un determinado momento, para la utilización y disposición de los bienes inalienables (eclesiásticos y señoriales), así la cesión de tierras «*ad meliorandum*» a través de contratos privados fue instrumento para eludir la temporalidad del arrendamiento, esta referencia nos sitúa ante el Derecho Romano. En Roma, el dueño de un fundo extendía su propiedad a cuanto se construyese o plantase en el mismo, de acuerdo con el axioma «*Superficies solo cedit*», pero aparte de las concesiones que parece ser hicieron los magistrados con respecto al suelo público, los particulares, propietarios, que no podían o no querían construir, se ponían de acuerdo con otra persona que deseaba hacerlo, consintiéndole edificar y gozar plenamente de lo edificado, aquí aparece el germen del Derecho real de superficie, que se configuró, allí en Roma, como un contrato normalmente de arrendamiento, en que el propietario a cambio de una contraprestación en dinero (*Solarium*) concedía a la otra parte

contratante la facultad de construir; estos arrendamientos que eran casi intemporales, con la importancia práctica y social que ello tenía, fueron protegidos por el Pretor mediante el interdicto «de superficiebus», esto en el Derecho Clásico, pero en el Derecho Justiniano, se concedió al superficiario una «*actio in rem*», que configuraba al Derecho de Superficie como un derecho oponible «*erga omnes*» y transmisible. En nuestro Derecho, y en la actualidad, se concibe doctrinalmente el Derecho real de superficie como: «Un derecho real que confiere a su titular el poder edificar o plantar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo edificado o plantado»; nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) no regula el Derecho estudiado, mencionándolo en el artículo 1611 y en el 1655, que remite los foros y gravámenes de naturaleza análoga a las disposiciones relativas a la enfiteusis cuando lo sean por tiempo indefinido; los que sean por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato. Por ello el Derecho real de superficie encuentra su regulación primordial desde la perspectiva urbanística, así en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, Ley 1, 1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), se referían al mismo los artículos 287 a 290, que eran de aplicación cuando tal derecho, el de superficie, se constituía como consecuencia de la ejecución de planes de Ordenación Urbana».

Los problemas jurídicos que se plantean en torno al derecho de superficie proceden básicamente de la variedad legislativa existente. Tenemos normas sobre el Derecho de superficie en el Código Civil (arts. 1611 y 1655); en la Ley del Suelo (RD Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre⁵, arts. 53 y 54); en el Reglamento Hipotecario (arts. 16 y 30); y en la Ley 5, 1980 de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en mano común (art. 3)⁶. Dejamos aparte la regulación de esta institución en el Derecho Foral⁷ y en la legislación urbanística de las distintas Comunidades Autónomas.

El examen de cada uno de los problemas que plantea el derecho de superficie excede del ámbito de este trabajo. Por ello, vamos a centrarnos en los siguientes:

- a) Configuración del derecho de superficie como derecho real de goce.
- b) Tipos de derecho de superficie.
- c) El problema de la forma en el derecho de superficie.

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO DERECHO REAL DE GOCE

El derecho de superficie, conforme a la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, es un derecho real limitado de goce o disfrute⁸. Puede verse por todas, la ST de la AP de Valencia, sección 9.ª, de 13 de octubre de 1999 (AC 1999, 8928) al señalar que la superficie es un «derecho real en suelo ajeno y un derecho de propiedad sobre lo edificado, con un carácter temporal». No obstante, esta no ha sido la consideración tradicional de la doctrina y jurisprudencia.

Podemos ver como el derecho de superficie aparece mencionado en el Código Civil desde sus inicios en 1888, pero si bien no con una regulación legal completa, sino mediante una mera referencia que se hace a este derecho en los artículos 1611,3.^o y 1655¹⁰.

La colocación sistemática de estos preceptos, en el capítulo del censo y los términos del artículo 1655, se consideró por parte de la doctrina y la jurisprudencia que la normativa aplicable al derecho de superficie constituido después de la promulgación del Código sería la del censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido y la del arrendamiento si era por tiempo limitado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo interpretó y aceptó durante mucho tiempo, de acuerdo con la doctrina¹¹. Así, es de destacar la STS de 3 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 892) en la que expresamente el Tribunal Supremo declara lo siguiente: «*El derecho de superficie tan pobre de legislación, a pesar de su remoto origen, que nace sin sustantividad propia, al amparo del contrato de venta o del arrendamiento, no es regulado por el Código Civil, pero lo da por subsistente en este artículo, 1611, con la trascendental declaración de que hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que le califican de figura jurídica similar a la enfiteusis, y si bien es cierto que el Código también alude en el artículo 1655 y asigna al establecido temporalmente desde la promulgación del texto legal el concepto de arrendamiento no se podía pensar que el legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia anulando las características y el influjo del ius superficies en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo superficiario, señalando como normas aplicables la del contrato originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano*».

La asimilación del derecho de superficie al censo enfiteútico, si se configuraba por tiempo indefinido y al arrendamiento si se hacía temporalmente¹² se aceptó por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del momento, pero presentaba graves problemas de aplicación y motivó una escasa atención y utilización por la doctrina¹³.

Actualmente, no se mantiene esta posición, en parte por los graves inconvenientes jurídicos que planteaban tales similitudes y, también, porque las sucesivas Leyes del Suelo¹⁴, desde 1956 en su primera regulación del derecho de superficie¹⁵, artículos 171 y sigs., lo definen como un derecho real¹⁶. De ahí la STS de 4 de febrero de 1993, (Sala Cuarta), *RJ* 1993, (RJ 1993, 782) «*Que la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión «ad aedificandum» o sea el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir; pero esa concesión de la que nace el derecho a edificar, no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía y como dice la doctrina, en el día en el que la construcción se realice no desaparecerá, ya que el derecho «ad aedificandum» que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuanto no transcurra el plazo; por tanto el derecho de superficie «ad aedificandum» da ocasión para que pueda existir la propiedad superficiaria y aunque hasta hace poco el derecho de superficie ha estado huérfano de normativa legal, ya que solo existía el artículo 1655 del Código Civil que dispone*

«que los foros y cualesquiera otros de naturaleza análoga que se establezcan después de la promulgación del Código Civil ...», habiendo considerado la Jurisprudencia que entre los de «naturaleza análoga» se encuentra la superficie —STS de 3 de junio de 1941— y que la misma es muy similar al censo enfiteútico —STS de 4 de julio de 1928— teniendo este criterio su asiento en el artículo 1611 párr. 3.º del Código Civil que expresamente afirma la analogía entre el foro y la superficie, más modernamente el derecho de superficie aparece expresamente reconocido tanto en la antigua como en la moderna Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 —artículo 17.1.2— como en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria que lo configura como un derecho real y por tanto inscribible». En igual sentido puede verse la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563)¹⁷.

El derecho de superficie como derecho real también se había recogido ya por el legislador en el Reglamento hipotecario, no es algo novedoso de la legislación urbanística. El Reglamento hipotecario, desde el principio, recogía algunas normas relativas al derecho de superficie con una cierta pretensión normativa. Los Reglamentos de 1863 y 1870 mencionaban el derecho de superficie en el artículo 27, pero posteriormente desaparecerá en las diversas modificaciones¹⁸. Así, habrá que esperar a la reforma de 1959, para volver a verlo incluido en el Reglamento Hipotecario con una regulación escasa pero importante en cuanto a su contenido. Los artículos 16 y 30 relativos a la superficie urbana y rústica, respectivamente, establecían la necesidad de inscripción registral del derecho de superficie como requisito constitutivo. Esto ya era un indicio de su carácter real.

En definitiva, hoy día no se duda del carácter real del derecho de superficie. Es significativa la STS de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935) al señalar que:

«...el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611,3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de “numerus apertus” en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

La falta de una regulación total y detallada de la figura permite el recurso a la autonomía de la voluntad para la configuración de este derecho entre las partes¹⁹.

III. TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE

1. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE RÚSTICA

La regulación actual existente en materia de derecho de superficie permite deducir la existencia de varios tipos de este derecho y que son los originales en el momento de la Codificación. Estos son:

- a) La superficie urbana, como derecho a construir o edificar en suelo ajeno y disfrutar lo edificado durante el plazo pactado. Regulada en la Ley del Suelo (arts. 53 y 54 TR de 2015) y en el Código Civil.
- b) La superficie rústica como derecho a sembrar o plantar en suelo ajeno y disfrutar de ello, artículo 30 RH. Como una subclase de esta, pero atendiendo a la particularidad legal, podemos incluir la superficie de montes vecinales en mano común regulada por la Ley de 1980.

2. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE URBANIZABLE

La regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo provocó la discusión en la doctrina sobre la existencia o no de dos derechos de superficie urbana: uno regulado por el Código Civil (derecho de superficie urbana) y otro regulado por la Ley del Suelo (derecho de superficie urbanístico). En mi opinión hasta la Ley del Suelo de 2007 podría justificarse puesto que se recogía expresamente en las normas urbanísticas que su normativa solo era aplicable al derecho de superficie que se encontrara en suelo de carácter urbanístico y, por tanto, sometido a planeamiento. La propia jurisprudencia del TS lo reconocía de forma constante. De ahí la STS de 26 de noviembre de 2002:

«Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que estos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley.

Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo.

Esta Sala no comparte la tesis... Que la Ley del Suelo, desde 1956, ha establecido una regulación específica y detallada sobre el derecho de superficie urbano, contenida actualmente en los artículos 287 a 290 del RDLeg. 1, 1992, de 26 de junio, que publicó el TR de la LRSOU, cuya normativa es aplicable a la constitución de derecho de superficie no solo por entes públicos, sino también para particulares; B) que los preceptos aludidos son normas de obligado cumplimiento, aún cuando las relaciones controvertidas se diluciden entre sujetos privados ante la jurisdicción civil; C) Que, por ello, el derecho de superficie urbano ...ha de constar en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, ser inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que quepa distinguir entre modalidad urbanística y urbana del referido derecho».

Más concreta y detalladamente puede verse la ST del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) Sentencia núm. 829, 2003 de 10 de junio. (RJCA 2004, 4):

«... hemos de partir de la doble conceptualización que tiene el derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico, en función de que se trate del denominado derecho de superficie urbanístico o urbano, e incluso podría hablarse de un derecho de superficie de naturaleza rústica.

El derecho de superficie urbana es el que se deduce de su previsión en el Código Civil (LEG 1889, 27) (arts. 1611.3 y 1655), artículo 107.5 LH (RCL 1946, 886) aun cuando no esté expresamente regulado. Se trata de un derecho constituido entre particulares que responde a un interés privado y que no precisa de forma solemne, pues así se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083) de la Sala 3.^a, dictada respecto a la reforma del Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto 1998, 1867, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381 y RCL 1999, 431). En el mismo sentido se expresa la doctrina de la Sala Primera (SSTS de 1 de febrero de 1979 [*RJ* 1979, 420], 15 de junio de 1984 [*RJ* 1984, 3243], 26 de noviembre de 2002 [*RJ* 2002, 9935], por todas) y doctrina científica mayoritaria. Tal derecho se constituye como una excepción a la regla «superficies solo cedit», con la finalidad de estimular y facilitar la construcción sobre la base de la existencia de una propiedad dividida entre el suelo y el vuelo.

Por el contrario, el derecho de la superficie urbanística aparecía ya recogido en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (RCL 1956, 773, 867) como medida de fomento de la calificación (arts. 157 a 161), rigiéndose en primer lugar por la Ley del Suelo, por el título constitutivo y subsidiariamente por el Derecho Privado. Así lo recoge el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (RCL 1976, 1192) (arts. 171 a 174) y el Real Decreto Legislativo 1, 92 de 26 de junio (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485) (arts. 287 a 290, habiéndose declarado inconstitucionales los artículos 287.1, 288.1 y 290 por la STC 61, 97 de 20 de marzo [RTC 1997, 61]). Ya desde su redacción inicial en 1956 se hablaba de que la constitución «deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pese a que el término utilizado no sea en dogmática jurídica lo suficientemente certero, pues lo que es constitutivo es la validez del negocio no su eficacia, hablar de requisito constitutivo alude propiamente a la validez del negocio jurídico, por lo que el derecho de superficie urbanístico exige una forma «*ad solemnitatem*», esto es, solemne o formal, no «*ad probationem*», por lo que no existirá tal derecho sino se cumplimenta la solemnidad consistente en su otorgamiento en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 172.2 LS 76, art. 228 RDL 1, 92), precisamente porque sus efectos trascendentales para el dominio dividido y duración del derecho requieren una plena publicidad».

No obstante, esa concepción dual de la superficie urbana debe deshecharse, a raíz de la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007, y su refundición en el Texto del 2008 que se mantiene idéntico en la actual regulación de 2015.

Puede afirmarse por tanto que actualmente no es posible hablar de dos legislaciones de carácter diferente, una civil y otra administrativa, sino que toda la normativa sobre la superficie, se encuentre en el texto legal que se encuentre, es civil. De hecho, la Ley del Suelo de 2007 y el Texto Refundido de 2008 zanjaron la polémica al extender su ámbito de aplicación a todo el suelo nacional, rural o urbanizado, y no se limitan a los terrenos sometidos a los planes de ordenación²⁰.

IV. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA ENTRE PARTICULARES. FORMA E INSCRIPCIÓN

El Derecho de superficie urbano no es más que uno. Sin embargo, atendiendo al artículo 53 del TR de 2015 nos encontramos que se exige para la constitución de la servidumbre urbana: «*El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie*». En esta misma línea la STS de 26 de noviembre de 2002 señala:

«Como señalan las SSTs de 4 de julio de 1928; 1 de febrero de 1979; 15 de junio de 1984, 27 de marzo de 2001, el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio *“aedificum solo cedit”* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que se reconozca su existencia es menester que esta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo».

Es una cuestión controvertida y dudosa si estos requisitos de forma son o no aplicables al derecho de superficie urbana constituido entre particulares²¹.

Para exponer nuestra posición vamos a distinguir entre la escritura pública y la inscripción en el Registro.

1. LA ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 53.2 TR exige necesariamente la formalización del derecho de superficie en escritura pública como un requisito para la validez y eficacia de este derecho. La forma es un requisito *ad solemnitatem* o como ha señalado TORRES LANA «*ad validitatem*», que se acumula junto a la inscripción registral²². Este mismo requisito de forma ha de ser observado por las Administraciones públicas cuando adjudican el derecho mediante concurso o cualquier otro procedimiento.

Se ha discutido, ya desde la regulación de la superficie en el TR de 1992, la posibilidad de que se pueda utilizar como título otro tipo de documento siempre que tenga el carácter de auténtico. Concretamente una Sentencia judicial firme, cuando la constitución del derecho de superficie no se realice mediante negocio jurídico. Es dudoso en la doctrina y parece que dados los términos de la norma no sería posible sino que habría que reconducir el negocio entre las partes a otra figura pero nunca a un negocio constitutivo del derecho de superficie²³.

No obstante, debe tenerse en cuenta que estos datos deben aplicarse, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243):

«que no requiere su necesaria constitución por medio de escritura pública, o sea a modo «*ad solemnitatem*», salvo en supuestos concretos que así se establezcan como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las

reglas generales que al respecto establecen los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil y, por tanto, por el principio espiritualista de la libertad de contratación».

En igual sentido, STSJ Galicia de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 4624); y más explícita, la STAP de Toledo de 7 de enero de 1998 (AC 1998, 135):

«El artículo 16 del Reglamento Hipotecario ha sido interpretado por cierto sector doctrinal y jurisprudencial en el sentido de requerir para la válida existencia de todo derecho de superficie, como requisito ad solemnitatem, su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, pudiéndose citar en este sentido la Sentencia de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420), para la que la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro está ordenada como constitutiva por dicho precepto. Para otros autores, en cambio, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario incurre en un exceso reglamentario que le hace caer en la ilegalidad, pues por su rango normativo no puede modificar el principio de libertad de forma contractual que en nuestro Derecho sanciona una norma jerárquica superior, como son los artículos 1278 y 1280 del Código Civil. En esta línea se coloca la Sentencia de 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243) que niega la exigencia de escritura pública para la superficie no sometida a la legislación urbanística».

Recientemente, y de forma clara, el TS se ha manifestado sobre la no necesidad de escritura para la constitución de derecho de superficie entre particulares. Así, STS de 10 de diciembre de 2013 (RJ 2014,355):

«El artículo 172.2 del Real Decreto 1346, 1976, de 9 de abril (RCL 1976, 1192), por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aplicable por razones temporales, establecía que «[l]a constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La Sentencia de esta Sala núm. 1110, 2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea antiformalista marcada por las Sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243) para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad «urbanística» del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la «urbana común o clásica», que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello,

consideraba la Sala en esa Sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil».

2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La observancia de forma en documento público en el ámbito de la legislación urbanística se une a la exigencia de inscripción registral del derecho de superficie como requisito constitutivo y, por tanto, de validez del derecho. ¿Puede extenderse este requisito a los demás tipos de derecho de superficie? Una parte de la doctrina considera que debe aplicarse la normativa de la Ley del Suelo a la superficie urbana y, por tanto, la inscripción sería constitutiva también para la superficie entre particulares sin acogerse a la legislación urbanística. Sin embargo, si hemos afirmado anteriormente que no es necesaria una forma pública entre particulares para la constitución del derecho real de superficie, tampoco es posible hablar de inscripción constitutiva. Si el particular decide inscribir, como han señalado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN permitirá que el derecho real sea público y oponible frente a cualquier tercero, pero se habrá constituido por la teoría del título y modo que rige en los derechos reales²⁴.

La inscripción del derecho de superficie, como la de todo derecho real limitado, ha de realizarse en el folio correspondiente al del suelo. Pero, también es conveniente, dada la autonomía de este derecho y la concesión de un derecho de propiedad sobre el objeto superficiario, que se abra también folio nuevo aparte e independientemente reflejando ese nuevo derecho²⁵. Así, la RDGRN de 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 5948) al señalar:

«No existe, en consecuencia, razón alguna que impida la apertura de folio independiente a la porción afectada por este derecho existiendo razones jurídicas y económicas suficientes para ello. Las necesidades de las relaciones económicas exigen que sea reconocida, como posible objeto autónomo de derechos reales —y que, por tanto, pueda abrir folio registral—, la unidad inmobiliaria que, aunque está formada por determinada porción de una finca, es susceptible de aprovechamiento autónomo.

Como señaló la Resolución de 27 de octubre de 1947 (*RJ* 1947, 1480), «el derecho a tener una construcción en predio ajeno, reviste el carácter de finca en virtud de una ficción legal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad deberá practicarse no solo en las hojas

destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes, posee aptitud para servir de base al crédito y ser objeto del tráfico y es transmisible “*intervivos*” y “*mortis causa*” por lo que para algunos escritores viene a constituir una especie de propiedad que coexiste o se superpone a la de la tierra».

La apertura de ese folio debe respetar las normas fundamentales que rigen el régimen inmobiliario registral. Por ello debe ajustarse a los siguientes criterios, ya apuntados anteriormente por este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 13 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3855]): a) el derecho de propiedad sobre un terreno comprende, en principio todas las facultades posibles sobre el volumen delimitado por la proyección vertical, hacia arriba y hacia abajo, de los linderos de una porción de la superficie terrestre (cfr. arts. 348 y 350 del Código Civil); b) el derecho de propiedad es compatible con la constitución de derechos reales de otros sobre el mismo objeto. Esta constitución determina una «modificación» de la propiedad; el derecho de propiedad sufre entonces, la restricción y tensión que la modificación —temporal o perpetua— implique y, desaparecida la modificación, volverá el derecho de propiedad a su contenido normal; y, c) el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca, al volumen delimitado por cada porción de terreno (cfr. art. 243 de la Ley Hipotecaria). Es en este Registro particular donde ha de constar el dominio —la primera inscripción será de dominio (art. 7 de la Ley Hipotecaria)— y, también «cualquier carga o limitación del dominio» en que consista la concreta modificación de la propiedad —cfr. artículos 13 y 243 de la Ley Hipotecaria—.

Estas ideas básicas exigen que se abra folio autónomo a la unidad material —de suelo o de edificación— que resulta ser objeto unitario de un derecho de contenido hasta cierto punto análogo al dominio útil. Pero, a la vez, es innecesario que la formación de la nueva finca deba estar precedida de segregación en sentido estricto de la finca constituida por el inmueble sobre cuya porción se constituye el derecho, o que la nueva finca sea en verdad totalmente independiente de esta otra finca originaria. Por el contrario, en el folio de la finca en la que figura la edificación sobre la que recae el derecho constituido —la nave, en el presente caso— debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin mermas sectoriales), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre dicha unidad. En resumen, no hay propiamente segregación, sino afectación de determinada parte de la finca (la cubierta de la nave); y el nuevo folio sirve para completar el historial de las limitaciones que sufre el dominio de esa finca originaria». En igual sentido, anteriormente, RDGRN de 27 de octubre de 1947 (RJ 1947, 1480).

Más gráficamente, la STAP de Madrid, sección 18, de 23 de julio de 2008 (AC 2008, 1887) explica contundentemente el «carácter no constitutivo de la inscripción registral, a los efectos de validez del derecho de superficie, ha de tenerse en cuenta que por el TS, en Sentencia entre otras de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935), estableció, que «el derecho de superficie en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio *aedificium solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del Código Civil (LEG 1889, 27), ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que

se reconozca su existencia es menester que esta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo. Por tanto, no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil, según el cual, la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas, sino de la concurrencia de las condiciones necesarias que para la validez de los mismos establece el artículo 1261 del mismo Cuerpo legal, salvo que se trate de contratos estrictamente formales, en los que el requisito de forma es exigible ad substantiam y no solamente ad probationem. En lo que se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de numerus apertus, en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados. Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo (RCL 1956, 773, 867), si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que estos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley (...). Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la contenida en la Ley del Suelo».

En el ámbito de la superficie rústica, el artículo 3 de la Ley de Montes Vecinales, exige escritura pública e inscripción, pero no a efectos de validez sino a efectos de eficacia del derecho de superficie. Esto implica, una diferencia importante frente a la regulación de la superficie urbana, puesto que la inscripción no es un requisito de constitución del derecho real de superficie, sino que es solamente un requisito a efectos de oponibilidad del derecho de superficie frente a los terceros. De ahí, la ST Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 4624):

«...la constitución de este derecho se formalizará en escritura, que habrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, no se aparta en su redacción de los términos categóricos empleados en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5, 1980, de 11 de noviembre... de Montes Vecinales y Mano Común al expresar este que el derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad... como requisito constitutivo de su eficacia».

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta aquí podemos afirmar que:

I. El derecho de superficie es un derecho real de goce o disfrute por el que su titular, el superficiario tiene la facultad de usar un suelo ajeno para edificar

o plantar en él, haciendo suyo lo edificado o plantado (propiedad superficiaria) durante el plazo legal establecido o pactado por las partes.

II. El derecho de superficie puede ser urbano, cuando se trata de edificar y rústico cuando se trata de plantar o sembrar.

III. El derecho de superficie urbana es único, si bien, según los sujetos intervinientes puede constituirse conforme a la normativa de la legislación del Suelo, observando forma en escritura pública e inscripción registral constitutiva; o, puede constituirse conforme a la libertad de forma del Código Civil artículo 1278, sin necesidad de inscripción.

IV. El derecho de superficie rústica la inscripción no es constitutiva. Rige el principio general de inscripción declarativa y la publicidad del Registro otorga oponibilidad como ocurre en la superficie urbana no sometida a la forma de la Ley del Suelo.

ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 3 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 892)
- SSTs de 1 de febrero de 1979 (*RJ* 1979, 420)
- STS de 15 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3243)
- STS de 6 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6720)
- STS de 4 de febrero de 1993, (Sala 4.ª), *RJ* 1993, (1993, 782)
- STS de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 2888)
- STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083)
- STS de 26 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9935)
- STS de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 5563)
- STS de 10 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 355)

SENTENCIAS DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STTSJ Galicia de 29 de abril de 1999 (*RJ* 1999, 4624)
- STTSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia núm. 829, 2003 de 10 de junio. (*RJCA* 2004, 4)

SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- STAP de Toledo de 7 de enero de 1998 (*AC* 1998, 135):
- STAP de Pontevedra, sección 1, de 14 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 2507)
- STAP de Valencia, sección 9.ª, de 13 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 8928)
- STAP de Granada, sección 3.ª, de 29 de marzo de 2003 (*AC* 2003, 111)
- SSTAP de Málaga, sección 6, de 22 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 234849)
- STAP de Madrid, sección 18, de 23 de julio de 2008 (*AC* 2008, 1887)

RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 27 de octubre de 1947 (*RJ* 1947, 1480)

- RDGRN de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5948)

BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2009). Superficie, sobreedificación y subedificación. Coord. A.E. Humero Martín, *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, vol. III, Madrid-Pamplona, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 345-370.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2009). El nuevo derecho de superficie, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 669-694.
- (1995). *El derecho de superficie urbana*, Edit. Colegio de Registradores, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, VI, Madrid, Edit. Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas*, III, 7.^a ed., Madrid, Tecnos.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948). El derecho de superficie. En *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015). Comentario al artículo 40, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.^a ed., Madrid-Pamplona, Aranzadi-Reuters.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, IV, 8.^a ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Edit. Marcial Pons.
- TORRES LANA, J.A. (2008). *Legislación estatal del Suelo y Derecho civil*, Aranzadi, Pamplona.
- VILALTA NICUESA, E.A. (2008). *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona, Editorial Bosch.

NOTAS

¹ La doctrina suele definir en estos términos el derecho de superficie, incluyendo tanto la urbana como rústica.

² Vid. por todos DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001): *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas*, III, 7.^a ed., Madrid, Tecnos, p. 417.

³ Como señala VILALTA NICUESA, E.A. (2008). *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona, Editorial Bosch, p. 15: «el derecho de superficie ha propiciado desde el nacer de los tiempos la conjugación de intereses muy diversos pero convergentes en su objeto al brindar a los individuos un mecanismo de conciliación de la iniciativa económica privada de unos, con el mantenimiento de la titularidad de la propiedad del suelo por parte de otros. Constituye un instrumento óptimo de estímulo en la circulación de derechos inmobiliarios». La superficie urbana busca básicamente facilitar la edificación suprimiendo costes; la rústica permite la cesión de suelo rústico para aprovechamiento forestal y silvoforestal.

⁴ Es más. Algunos autores hablan de la existencia del derecho de superficie en Babilonia o en Egipto. Vid. VILALTA NICUESA, E.A., *op. cit.*, p. 22.

⁵ Este Real Decreto aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

⁶ Un estudio detallado de esta normativa puede verse en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2009). Superficie, sobreedificación y subedificación. Coord. A.E. Humero Martín, *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, vol. III, Madrid-Pamplona, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 345-370.

⁷ Leyes 430-442 del Fuero Nuevo de Navarra y artículos 564-1 y sigs., del Código Civil de Cataluña, Libro III sobre Derechos Reales de 2006.

⁸ Vid. También, SSTS de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420); 6 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6720); 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935); SSTAP de Málaga, sección 6, de 22 de junio de 2005 (JUR 2005, 234849); AP de Madrid, sección 18.ª, de 23 de julio de 2008 (AC 2008, 1887).

⁹ El artículo 1611 es un precepto sobre los censos constituidos antes de la promulgación del Código y, en él, se preveía su posibilidad de redención. En su párrafo 3.º alude, sin más, al derecho de superficie junto a los foros, subforos y «otros gravámenes análogos», para establecer la no aplicación de la normativa sobre redención de censos. De esta regulación, lo único que se puede deducir es, de una parte, la asimilación de la superficie a los gravámenes o derechos reales que dividen el dominio (Así parece deducirse de la Base 26 de la ley de bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888 cuando señalaba en su parte final: «Una ley especial desarrollará el principio de 1 (a reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble»); y, de otra, la remisión a una normativa especial en cuanto a su regulación.

¹⁰ La doctrina consideró que el artículo 1655 también era aplicable al derecho de superficie y que hacía referencia indirecta a él, al recoger en los mismos términos la expresión del artículo 1611,3.º si bien sin mencionar en ningún momento al derecho de superficie, puesto que solo habla de «foros y otros gravámenes de naturaleza análoga». Este artículo 1655 establece la asimilación de estas figuras, sin regulación legal concreta, a otras figuras típicas reguladas en el Código, para lo cual atiende a la duración de tales derechos.

Ya señalaba en este sentido, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948) El derecho de superficie. En *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, p. 221, que el derecho de superficie podía considerarse como un derecho real atípico, por ser la mención del artículo 1611 un mero epítafio.

¹¹ En este mismo sentido ya se manifestó antes la STS de 4 de julio de 1928.

¹² La consideración del derecho de superficie como arrendamiento es problemático. De hecho la jurisprudencia habla de arriendo superficiario como contrato complejo donde junto a las prestaciones del arrendamiento se da al arrendatario el poder del superficiario. Pueden verse en este sentido, las SSTS de 3 de julio de 1941 o de 5 de enero de 1967. En este punto, Díez Pícazo, L. (2012) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, VI, Madrid, Edit. Civitas-Thomson Reuters, pp. 330-336, para quien los arrendamientos *ad meliorandum* o superficiarios se caracterizan como contratos donde el arrendatario asume como obligación principal mejorar la finca, dotándola de mejores condiciones o bien construyendo, y el precio se sustituye total o parcialmente por esa obligación. En estos arrendamientos, se transmite al arrendador la propiedad de los edificios o de lo mejorado sin que haya habido precio, una vez que se da el plazo convenido entre las partes. El uso de lo arrendado no es más que una consecuencia del propósito de realizar la futura mejora o construcción. De esto puede decirse que es una figura compleja y atípica a la que no se aplica la normativa de los arrendamientos.

No obstante, puede verse una aplicación reciente de la normativa del arrendamiento al derecho de superficie en la STAP Pontevedra, sección 1, de 14 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2507):

«El presupuesto jurídico lo constituye el artículo 1655.2 del Código Civil; según este precepto los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean temporales o por tiempo limitado (cual aquí ocurre) se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato. La doctrina está de acuerdo en que aunque el derecho de superficie (que regula el artículo 16.1.º del Regl. Hipotecario [RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733]) no se menciona en el artículo 1655, debe entenderse referido al mismo en cuanto que se trata de un gravamen análogo a los allí mencionados, porque la propiedad queda como dividida entre el propietario del suelo y el del vuelo o subsuelo. Tal remisión nos lleva, entonces, a aplicar a este caso las normas del contrato de arrendamiento y en particular a lo dispuesto en el artículo 1555.2.º que impone al arrendatario la obligación específica de usar la cosa arrendada... destinándola al uso pactado. No solo el dar a la cosa destino diverso del pactado, sino también el no uso es incumplimiento contractual, y ello porque la ley tiene en cuenta que aquella falta de uso es

perjudicial para los bienes en la medida que pierden cuando no son dedicados al goce propio de su naturaleza, además que la total inactividad los deja fuera de la acción de vigilancia y cuidado de la persona que debe explotarlo. Implícitamente —dice la doctrina— la ley obliga al arrendatario —en este caso al cesionario— a ocupar las cosas cuyo uso adquieren, sin que les sea permitido abandonarlos porque el no uso puede ser perjudicial al propietario. Esta obligación y las consecuencias de su incumplimiento, son, por la remisión que hace el artículo 1655.2 del Código Civil, trasladables al cesionario que recibe el derecho de superficie con el pacto de destinar la ocupación del mismo a la instalación de un taller metalúrgico. La inactividad del cesionario, la patente falta de utilización de la superficie cedida para el fin previsto, coloca al cesionario en flagrante incumplimiento de uno de sus deberes contractuales. La resolución postulada en la demanda debe prosperar».

¹³ Así, TORRES LANA, J.A. (2008), *Legislación estatal del Suelo y Derecho civil*, Aranzadi, Pamplona, p. 82 señala que el desapego legislativo trajo como consecuencia el escaso desarraigo de la figura en la práctica, sin que exista vinculación entre derecho de superficie y vivienda hasta la Ley del Suelo de 1956. Como han señalado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, la aplicación analógica de las normas de la enfiteusis a la superficie es tan complicada que se ha llegado a dejar la figura totalmente inútil, al nacer ya muerta, *Vid. Sistema de Derecho Civil*, III, *cit.*, p. 418.

¹⁴ Desde 1956, en las distintas Leyes del Suelo aparece el derecho de superficie. Así, se vuelve a regular en la Ley de 2 de mayo de 1975 (TR aprobado por Decreto de 9 de abril de 1976). También en la ley de 25 de julio de 1990 así como en el RDlegisl. 1/1992 de 26 de junio de 1992 que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y ordenación urbana en los artículos 287 a 290. Esta última podemos decir que ha sido la regulación más completa e importante del derecho de superficie en el ámbito urbano y se ha aplicado hasta su derogación con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (arts. 35 y 36). La ley de 2007 justifica la derogación de la normativa anterior, en lo relativo al derecho de superficie, por la necesidad de actualizar la regulación, ya deficiente, y favorecer «la operatividad del derecho para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario». Este texto actualmente ha desaparecido por la refundición normativa que se produce mediante el Real Decreto Legislativo 2, 2008, de 20 de junio que aprueba el Texto refundido de la ley del suelo. Finalmente, vuelve a repetirse la misma regulación en la Ley del Suelo actual el Real Decreto Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, artículos 53-54.

¹⁵ Como ha señalado LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011): *Derechos reales. Propiedad*, IV, Madrid, pp. 345-346, si en un principio el legislador tendía a la unidad de dominio y a la extinción de este tipo de derechos, las consecuencias de la II Guerra mundial provocaron la necesidad de volver a la utilización de la figura en toda Europa para regenerar tanto la vivienda en las ciudades como el tejido agrícola, de ahí que comenzaran a actualizarse las normativas de los distintos países sobre el Derecho de superficie.

¹⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1956 destacaba esa labor de actualización normativa al señalar: «El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos de reserva, el aumento del valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades pública y por particulares».

¹⁷ Según el TS en esta STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563): «El titular del derecho real de superficie no es propietario del terreno ...la concepción tradicional que asimilaba el derecho de superficie a los derechos censarios ha sido superada, y el derecho de superficie no solo es un derecho real con autonomía y sustantividad propia sino que además su estructura es claramente diferente de la del censo enfiteutico, pues si en ambos hay un doble dominio, el dominio dividido del censo enfiteutico (dominio directo del constituyente y útil del enfiteuta) recae sobre el mismo y único objeto, la finca, en cambio en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo

que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real), y la que recae sobre la edificación (o en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal); y, como consecuencia, el concedente conserva como propietario de la finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie. Dicha estructura del derecho de superficie se recoge en la legislación del Suelo (arts. 40 y sigs. TRRD Leg. 2, 2008, 23 de diciembre) y Legislación de Cataluña (art. 564-1, 2.º Ley 5, 2006, de 10 de mayo) y Navarra (leyes 430 y 434 Ley 1, 1973, de 1 de marzo).

¹⁸ Este precepto no gozó de especial atención por la doctrina ni por la misma jurisprudencia. Como ha señalado LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008): *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, IV, 8.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Edit. Marcial Pons, p. 345, la Dirección General de Registros y del Notariado no hizo mención de él a partir de 1908, ni alude a la propiedad separada del superficiario conforme a dicho precepto.

¹⁹ La regulación legal no es completa, por lo que el propio artículo 53.4 del TR prevé la aplicación de la legislación civil y del pacto en lo no previsto en la Ley. Sobre la legislación civil, ya hemos visto, su escasez y poca adaptabilidad, y lo mismo ocurre en el ámbito hipotecario. De ahí la importancia de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar este derecho.

²⁰ En este sentido se manifiestan, TORRES LANA, J.A.: *Legislación...*, cit., pp. 81 y sigs. En contra DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2009): El nuevo derecho de superficie, *RCDI*, núm. 712, p. 685 quien atribuye este carácter a la regulación del derecho de superficie por las CCAA; Díez-PICAZO, *Fundamento...*, VI, cit., p. 328.

²¹ El artículo 16 del RH recogía también la necesidad de inscripción en el Registro del derecho de superficie pero fue declarado nulo en su párrafo 16.2.c) por la STS de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 2888) y, posteriormente, se declaró nulo el párrafo 16.1.º y 16.2.º b) por la STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083).

²² TORRES LANA, J.A.: *op. cit.*, p. 92, señala como la forma no es un mero requisito que se derive de la necesidad de inscripción sino un requisito para la formalización válida del propio derecho de superficie.

²³ En este sentido, TORRES LANA, J.A.: *Legislación...*, cit., p. 93. En contra, admitiendo otro tipo de títulos auténticos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015): Comentario al artículo 40, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.ª ed., Madrid-Pamplona, Aranzadi-Reuters, P.

²⁴ Es la postura mayoritaria por la doctrina urbanística, no así en la jurisprudencia ni en la doctrina civil. Así, Díez-PICAZO Y GULLÓN (2001): *Sistema...*, III, cit., p. 419 quienes defienden la aplicación de la teoría del título y el modo para la constitución del derecho de superficie como derecho real, siendo la inscripción un mero requisito de publicidad y de oponibilidad del derecho a tercer. La jurisprudencia, por el contrario, ha negado esta conclusión para la superficie urbana y la rústica defendiéndola sola para la superficie urbanística. Así, SSTS de 1 de febrero de 1979 o 6 de octubre de 1987.

²⁵ Este ha sido un tema muy discutido, para lo que puede verse el trabajo de DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (1995): *El derecho de superficie urbana*, Edit. Colegio de Registradores, Madrid, pp. 302 y sigs. donde expone la situación doctrinal sobre el tema.

1.4. Sucesiones

La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y ordenamientos comparados

The preterition: among the freedom to make a will and the fundamental rights. The «foral» law and compared systems

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado

Doctorando EEES Derecho civil UNED*

RESUMEN: Este artículo versa sobre la libertad para testar, la autonomía, que requiere como condición indispensable una voluntad no viciada. La voluntad del testador ha de ser una voluntad libre de errores —voluntad que debe gozar de la máxima protección—, y es ahí en donde aparece la figura que pretendemos visitar de la preterición. Instituto que brilla con luz propia cuando de la preterición errónea se trata. El término “preterir” significa omitir. En sede jurídica proviene del Derecho romano, según el cual los *sui* debían ser mencionados en el testamento para ser instituidos herederos o para desheredarlos (*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*).

ABSTRACT: *This article is about the freedom to make a testament, the autonomy that requires as indispensable condition. The freedom of the testator must be free of errors —the maximum protection—, and it's there where the figure that we seek of the preterition appears. Institute that shines with own light when of the erroneous preterition it is. «Preterir» means to omit. Its comes from the Roman Right, according to which the sui should be mentioned in the testament to be instituted heirs or to disinherit them (sui heredes instituendi sunt vel exheredandi).*

PALABRAS CLAVES: Autonomía de la voluntad. Preterición. Legítimas. Libertad de testar.

KEY WORD: *Autonomy of the choice. Preterition. Legitimate. Freedom of testament.*

* Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED y en particular a su Director el Catedrático de Derecho civil, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, sus enseñanzas. Asimismo dejo testimonio de la inestimable ayuda y colaboración de la Profesora M.^a Fernanda MORETÓN SANZ.

SUMARIO: I. AUTONOMÍA PRIVADA, LIBERTAD PARA TESTAR Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PRETERICIÓN.—II. LA PRETERICIÓN EN LOS DERECHOS FORALES: 1. EL CASO NAVARRO: ESPECIALIDADES. 2. CUESTIONES SOBRE LA PRETERICIÓN EN EL PAÍS VASCO: A) *Régimen general*: a) Régimen especial del Valle de Ayala. 3. EL SUPUESTO EN ARAGÓN Y EL GRADO PREFERENTE. 4. PRESUPUESTOS PARA LA PRETERICIÓN EFECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. 5. BALEARES, MALLORCA Y MENORCA. 6. EL NUEVO DERECHO CIVIL GALLEGO.—III. CUESTIONES SOBRE DERECHO COMPARADO: 1. EEUU. 2. GRAN BRETAÑA: INGLATERRA Y ESCOCIA. 3. ALEMANIA. 4. FRANCIA. 5. ITALIA.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. AUTONOMÍA PRIVADA, LIBERTAD PARA TESTAR Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PRETERICIÓN

La libertad para testar, la autonomía, requiere como condición indispensable una voluntad no viciada. La voluntad del testador ha de ser una voluntad libre de errores —voluntad que debe gozar de la máxima protección—¹, y es ahí donde aparece la figura de la preterición². Instituto que brilla con luz propia cuando de la preterición errónea se trata.

El término «preterir» significa omitir. En sede jurídica proviene del Derecho romano, según el cual los *sui* debían ser mencionados en el testamento para ser instituidos herederos o para desheredarlos (*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*)³. En Roma, la preterición antecede a la *portio debita*, a la legítima. Mientras cabe hablar de la legítima tanto en la sucesión testada como en la intestada, de la preterición solo cabe hablar en la sucesión testada. Con la preterición lo que se protege es la voluntad⁴.

Este de la preterición es un tema clásico ya desde Roma, que atravesó por una enconada polémica en el *ius commune* y que llegó sin resolver al Código Civil puesto que no se distinguió entre preterición intencional y errónea, y su deslinde respecto de la figura de la desheredación no resultaba fácil⁵.

Sorprendentemente el Código Civil no nos ofrece una noción de preterición, dándolo por supuesto, por sabido e inequívoco⁶. Nada más lejos de la realidad, hasta el punto de que como afirma BOLÁS ALFONSO podría decirse que cada autor ha elaborado su propio concepto⁷. Elegimos la que este autor da a la vista de las Sentencias del TS: «La falta de mención de un heredero forzoso en el testamento, o la mención insuficiente por no ir acompañada de desheredación o de disposición patrimonial hecha en el mismo testamento o relacionada en él por haberse efectuado anteriormente por cualquier otro título»⁸. Es decir, o no se le menciona, o se le menciona sin desheredarlo o sin hacerle o haberle hecho atribución patrimonial alguna⁹. Aunque si se le menciona y nada se le deja, habiendo dispuesto íntegramente de todo el haber relicto, caso de que de la interpretación del testamento resulte la intención de excluirlo, cabrá hablar de desheredación no legal¹⁰. Si se le deshereda serán de aplicación las normas de la desheredación (arts. 848 y sigs. del Código Civil); si se le hace una atribución insuficiente procederá la acción de complemento de legítima (art. 815 del Código Civil).

Antes de entrar de lleno en el estudio del Derecho positivo, de la mano de VALLET DE GOYTISOLO¹¹ constatamos que a lo largo de la Historia del Derecho los deberes formales legitimarios permiten encajar la preterición en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Si el legitimario no hubiese sido instituido heredero ni desheredado formalmente, aun cuando no se requiera causa para desheredar.
- b) Si el legitimario no recibiese nada del causante por cualquier acto lucrativo, ni se le hubiere excluido formalmente, o apartado formalmente caso de no recibir nada real y efectivo.
- c) Si el legitimario no hubiese sido ni siquiera mencionado.

Un breve apunte de la historia reciente. El artículo 814 del Código Civil ha visto tres redacciones: la originaria de 1889, la dada por la Ley de 24 de abril de 1958¹² y la actual que se debe a la Ley de 13 de mayo de 1981¹³. Hasta la Ley de 1981 no se ha distinguido entre preterición intencional y preterición errónea o no intencional¹⁴.

Según las redacciones anteriores¹⁵, la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulaba la institución de heredero, subsistiendo las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas. En los casos de preterición intencional resultaba que era excesivo, puesto que no era necesario para proteger al legitimario, mientras que era insuficiente en la preterición no intencional ya que al dejar subsistentes las mandas y mejoras lo que quedaba a salvo no era la cuota intestada sino la legítima estricta, la voluntad viciada del testador seguía surtiendo efectos¹⁶. La dificultad para proteger la voluntad del testador era grande puesto que el artículo 673 del Código Civil no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento.

La nueva redacción del artículo 814 del Código Civil —asevera MIQUEL GONZÁLEZ— «debería conducir a suprimir la preterición intencional como supuesto de hecho diferente de otros, es decir, no debería ser un supuesto de hecho con consecuencias distintas de las que produce la falta de cobertura parcial, excepto naturalmente en el aspecto cuantitativo [...] la preterición como institución autónoma solo se justifica en cuanto plantea un problema sobre la voluntad del testador respecto de personas que están íntimamente vinculadas a él y que son herederos abintestato especialmente cualificados por ser también herederos forzosos»¹⁷. En realidad, la preterición intencional y la errónea solo tienen en común el nombre y una tradición de confusión.

Decíamos que la actual redacción del artículo 814 del Código Civil distingue entre preterición intencional (aunque omite este sintagma) y preterición no intencional «de modo que la diferencia de ambas clases de preterición del legitimario reside, además de cómo es evidente en la formación equivocada o consciente del causante, en los efectos que producirá la calificación de dicha omisión como deliberada o como errónea»¹⁸.

La preterición intencional tiene lugar cuando el testador no ha mencionado al legitimario, no por desconocimiento o error sino porque no ha querido. La preterición intencional, que se extiende a todo tipo de legitimarios, dará lugar a la reducción¹⁹ de la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias²⁰ (art. 814.1 del Código Civil).

MIQUEL GONZÁLEZ se plantea si el preterido intencional debe de recibir la legítima estricta según criterio de la doctrina mayoritaria o si, por el contrario, resulta preceptivo que el testador lo haya dispuesto así, aunque si el testador ha dispuesto algo no habrá preterición. Si no ha dispuesto nada, pero ha tenido al legitimario presente²¹, habrá una ausencia de declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos, siendo cuando menos extraño que esta ausencia de voluntad suponga una voluntad de reducirles a la legítima estricta²².

Sostiene, contra la corriente doctrinal dominante²³, entendemos que acertadamente, que «el problema de la preterición no es un problema de legítima, porque no siempre otorga la cuota de legítima, sino la cuota intestada a través de la nulidad de la institución de heredero (claramente en caso de preterición no intencional) [...] Lo que está relacionado con la falta de declaración de voluntad testamentaria es la sucesión intestada, no la legítima»²⁴. Si el legitimario preterido únicamente tuviera derecho a la legítima estricta, el artículo 814.1 del Código Civil no se referiría a la reducción de las mejoras.

De modo que, si el legislador hubiese considerado que con la preterición se protegen las legítimas no hubiera sancionado más duramente la preterición no intencional que la intencional. Por tanto, «lo que parece más ajustado al texto es que en el supuesto de preterición intencional el legitimario omitido tiene derecho a la parte alícuota correspondiente de los dos tercios de legítima, incluso si hay mejoras dispuestas por el testador, cuya reducción es la que se prevé»²⁵. «La voluntad del testador es irrelevante respecto de las legítimas, en el sentido de que no puede desconocerlas y es también irrelevante si las desconoce con intención o sin ella; por consiguiente, si la preterición fuera una institución protectora de la legítima sería irrelevante la distinción entre preterición intencional y no intencional»²⁶.

Con la preterición no intencional o errónea lo que se pretende proteger no es la legítima sino la presunta o hipotética voluntad del testador cuando se encuentra viciada por error o ignorancia²⁷.

En el caso de la preterición no intencional de hijos o descendientes, la anulación de la institución de heredero tiene por objeto atribuir al legitimario la cuota intestada solo reducida por legados y mejoras no inoficiosas²⁸ —incluso por la institución de heredero en favor del cónyuge (art. 814.2. 2.º del Código Civil)—, legados y mejoras que deberán respetar la legítima estricta²⁹. Y si la preterición no intencional de hijos o descendientes es de todos los legitimarios, la cuota intestada sin reducciones porque quedan anuladas todas las disposiciones patrimoniales³⁰; aquí es donde, entendemos, la preterición queda totalmente desligada de la legítima.

Aunque para establecer la distinción entre preterición intencional de algunos y la no intencional de todos, el legislador presuma en el primer caso que el error solo ha sido determinante en la institución de heredero y en el segundo en toda la distribución del patrimonio, entendemos que en el primer caso el testador de haber conocido la existencia de otro hijo tal vez no hubiera ordenado las mandas y legados o no lo hubiera hecho como lo hizo (deja, además, bastante a salvo la institución de heredero en favor del cónyuge), con lo cual en ambos casos la voluntad del testador está viciada por error y en ambos casos debería comportar la nulidad de la institución y de todas las disposiciones patrimoniales. Como afirmaba ROCA SASTRE «puede darse el resultado de que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omite en su testamento y distribuya en este su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus restantes hijos, encontrándose dicho hijo preterido por error, reducido su derecho a poder únicamente reclamar su legítima estricta (cf. Sentencia del 2 de julio de 1904). No es más grave que esto cuando dicho hijo preterido es único y los legados están ordenados a favor de personas extrañas»³¹. Y, como apunta LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «al caer la institución de heredero, conservándose los legados no inoficiosos, es obvio que pierde el instituido. E incluso si entendemos que al caer la institución de heredero se abre la sucesión *abintestato* en regla, en esa sucesión *abintestato* participarán todos los hijos (o descendientes de ulterior grado, en su caso), pudiendo el (o los) legatario recibir en concepto de heredero

abintestato una atribución patrimonial, no prevista por el testador, a costa del contenido material de la institución de heredero anulada»³².

El Profesor MIQUEL trae acertadamente a colación la STS de 4 de mayo de 1966 (*RJ* 1966, 2290) que resuelve un problema de voluntad del testador en un caso en el que es de aplicación el Derecho catalán. La Sentencia dice así: «Que exigido por el Derecho Romano, al que ha de acudir para determinar, cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir, como para desheredar, se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende, indudablemente, también a los “postumis sui” —Digesto, 28, 3, 3, 5—, ya que al ser legitimarios del paterfamilias en ellos concurre, aun acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, del que al estar [¿concebido?] se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre, cómo el designado, fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación “inter ceteros”, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho»³³, y sostiene el Profesor MIQUEL que «parece lo más plausible que un testador medio no quiera que sus hermanos hereden $\frac{3}{4}$ de la herencia y su hijo $\frac{1}{4}$, salvo que lo haya establecido claramente así (recuérdese que era aplicable el Derecho catalán, en el que la legítima es un cuarto). Entender que esa es la voluntad del testador que no ha previsto la existencia del hijo, es sencillamente indefendible. El caso muestra además que la preterición importa tanto más cuanto *menor* sea la cuantía de la legítima»³⁴. Efectivamente, «la preterición es tanto más importante en un Ordenamiento jurídico cuanto más libertad de testar exista en él, precisamente por ser un problema de falta de declaración de voluntad del testador»³⁵. Es decir, cuanto más reducida sea la legítima material, más importancia tendrá la legítima formal para evitar la preterición no intencional y salvaguardar la voluntad del testador y por ende su libertad. Está clarísimo que con la preterición no intencional en modo alguno se pretende proteger la legítima material. En la preterición el testador no dice nada y como no dice nada tampoco dice que no quiere dejar nada.

Es pacífica doctrina considerar que en el caso de hijos nacidos (y aún más concebidos) después de otorgado el testamento, si no se mencionan, la preterición es no intencional, siendo la posibilidad de revocar el testamento irrelevante para esta calificación, como así resulta de la esclarecedora STS núm. 17, 2001 de 23 de enero (*RJ* 2001, 997) FD 3.º: «se presenta como inadmisibles valorar la inactividad testamentaria de don Fernando Javier entre el 13 de febrero de 1991 y el 5 de febrero de 1994 como producto de su deliberada voluntad de reducir a su hijo extramatrimonial a la legítima estricta que pudiera corresponderle, lo que convertiría en intencional su pretensión. Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada “ex re ipsa”. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento [...] es cierto que la voluntad del testador ha de considerarse como realmente relevante —así lo dispone el artículo 675 del Código Civil— pero precisamente la concreta voluntad que el testador ha formado en atención a la realidad o a la situación que puede contemplar y valorar en el momento en que

lleva a cabo el otorgamiento. Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante».

Como muy acertadamente trae a colación mi ilustre y docta Maestra, la Profesora MORETÓN SANZ, temprana jurisprudencia del TS «aprecia la concurrencia de preterición “si un descendiente no es mencionado en el testamento, aunque se le hubiesen otorgado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima (SSTS de 17 de junio de 1908 y 17 de junio de 1932)”»³⁶. Es decir, la donación recibida por un heredero forzoso no excluye la preterición a no ser que el testador mencione en el testamento al hijo y diga que no le deja nada por haberle hecho una donación con anterioridad, sea o no sea cierto³⁷. Postura que tiene algunos detractores³⁸. De todos modos esto es lo que resulta de la STS de 20 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 534)³⁹ cuando después de constatar que la testadora «justifica la razón de no dejar nada a este por herencia en el testamento ahora impugnado y que no es otra que la de “haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría”» dice que no se ha producido «la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento». «La preterición hay que valorarla con respecto al momento de otorgamiento del testamento, no a la muerte»⁴⁰. Y para evitar la preterición no intencional hay que mencionar o tener en mente al legitimario en el momento de otorgar el testamento⁴¹.

Merece atención el caso del hijo “superpóstumo”, es decir, el concebido después del fallecimiento del causante. El artículo 9.2 y 3 de la Ley 14, 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que el varón pueda prestar su consentimiento por escrito «para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer», presumiendo otorgado el consentimiento «cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con posterioridad al fallecimiento del marido». La generación derivada de la aplicación de estas técnicas «producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial» o extramatrimonial. Pues bien, la omisión en el testamento del hijo concebido y nacido —mediante la utilización de estas técnicas— con posterioridad al fallecimiento del causante constituirá un caso de preterición que se calificará de no intencional o errónea en el caso de que el consentimiento para la utilización del material reproductor se hubiere producido con posterioridad al otorgamiento del testamento⁴².

Si no existieran las normas sobre preterición no intencional habría que impugnar por error sobre la base del artículo 767 del Código Civil lo cual exigiría probar que no se habrían adoptado las disposiciones patrimoniales de haber conocido o previsto la existencia del hijo preterido⁴³. Aunque tal vez, como entiende JIMÉNEZ GALLEG0, «el artículo 767 solo puede aplicarse cuando el testador explica en el testamento la razón por la que instituye a tal persona [...] El artículo 767 tiene su propio campo de aplicación y debe distinguirse de los supuestos del artículo 814»⁴⁴.

Quedan fuera de la regulación de la preterición no intencional del artículo 814 del Código Civil la del cónyuge y la de los ascendientes⁴⁵, que siendo difíciles, no son imposibles⁴⁶. Cabe enfocar la resolución de este problema por la vía del artículo 767 del Código Civil o por la del 814.1 del Código Civil. La vía de la

preterición del artículo 814.1 del Código Civil, por la que algunos autores se inclinan⁴⁷, únicamente proporcionará la legítima y resultando vedado el régimen «privilegiado» del artículo 814.2 del Código Civil, la solución tendrá que venir de la mano del artículo 767 del Código Civil y «probar la falsedad de la causa de la institución, así como su *carácter determinante*»⁴⁸. En el régimen de la preterición bastará con probar el error sin que sea necesario probar su carácter determinante.

Como la preterición no intencional no es un problema de legítima sino de voluntad del testador⁴⁹, procede una acción de nulidad *ipso iure* que deberá aceptarse de oficio por jueces, notarios y registradores⁵⁰; mientras que con la acción de preterición intencional lo que se pretende es la legítima material, procediendo una acción rescisoria⁵¹. Este era el criterio del TS hasta que con la Sentencia núm. 695, 2014, de 10 de diciembre⁵² (*RJ* 2014, 6842) se produce un cambio de doctrina. En su FD 2.º 4. dice: «la cuestión interpretativa que presenta el artículo 814 del Código Civil acerca de la naturaleza de la ineficacia derivada y su relación con los regímenes típicos de la misma, nulidad radical, anulabilidad o rescisión, debe de ser resuelta en favor de este último por razón de su carácter funcional, parcial, relativo y sanable [...] En primer lugar debe señalarse que la interpretación rectora del artículo 814 en relación con la preterición no intencional de hijos y descendientes, sin resultar todos ellos preteridos, caso que nos ocupa, lejos de descansar en la mera literalidad del apartado segundo, esto es, la anulación de la institución de herederos, se apoya en la voluntad testamentaria (*voluntas testatoris*) como ley suprema de la sucesión, tal y como establece su párrafo final: “A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador” y confirma sistemáticamente el citado apartado segundo, en donde la referida anulación de la institución de heredero se realiza sin perjuicio de “las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título” [...] el vicio o defecto que presenta la declaración testamentaria no responde a una ineficacia estructural, propia de la nulidad o anulabilidad, sino a una ineficacia funcional que parte, en todo caso, de la validez estructural de lo ordenado por el testador para purgar o ajustar a Derecho los efectos que resulten lesivos de dicha declaración [...] el criterio sustentado viene confirmado tanto por la posibilidad de renunciabilidad de la acción de impugnación por preterición y su no declaración de oficio, como por la validez de la transacción al respecto; pero, sobre todo, tal y como expresamente destaca la Sentencia citada de 3 de noviembre de 2014 (núm. 587, 2014), por la interpretación sistemática que a estos efectos cabe establecer entre los artículos 764 y 814 del Código Civil en orden a la preferencia de la validez testamentaria aun en el supuesto de que carezca de institución de heredero o que dicha institución resulte ineficaz».

Esta Sentencia lo que hace es seguir a pie juntillas la doctrina de VALLET DE GOYTISOLO quien considera que nos encontramos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo sobre la base de que la preterición es un vicio que puede sanarse si los herederos forzosos mueren antes que el testador; si el heredero forzoso preterido fuere indigno de suceder al testador y este sabiéndolo no se lo remitiere de acuerdo con el artículo 757 del Código Civil; o si los preteridos, teniendo capacidad suficiente al respecto, renunciaran a ejercitar su acción de impugnación o transigieren con los instituidos herederos⁵³. Por el antecedente histórico de la absorción del «*ius dicendi nullum*» por la «querella inofficiosi testamenti»⁵⁴ y «por la consideración de que el vicio de que tratamos es sanable y no produce una nulidad absoluta ni automática. Por ello, parece que la acción de impugnación, a la que da lugar, semeja más una acción de rescisión que de nulidad o anulación. A mi juicio, nos hallamos ante una acción rescisoria de tipo personalísimo, como la querella inofficiosi testamenti»⁵⁵.

Ahora bien, como sostiene GAGOS, la convalidación no es incompatible con la nulidad de la institución puesto que el legitimario puede renunciar a sus derechos hereditarios al no ejercitar la acción de preterición, en consecuencia «no resulta necesario atribuir naturaleza rescisoria a la acción de preterición para poder explicar la referida *convalidación* que de la institución de herederos se produce en los casos de renuncia del legitimario preterido o convenio de este con los instituidos»⁵⁶.

Como nos recordó la Profesora MORETÓN SANZ, la DGRN ya en su Resolución de 10 de mayo de 1950 sostenía que «si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relicto, porque los interesados, según la Sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”»⁵⁷.

Por nuestra parte, entendemos que dado que la rescisión⁵⁸ —que perteneciendo al ámbito del contrato faculta a una de las partes para pedir la extinción⁵⁹— presupone un negocio jurídico válido⁶⁰, no cabe hablar de esta figura al tratar de la preterición errónea y sí de anulabilidad⁶¹ puesto que el error es un vicio que afecta a un elemento esencial del negocio jurídico: el consentimiento, es decir, la voluntad⁶². Por supuesto que comporta una ineficacia estructural. El TS había hablado de nulidad dado que implica violación de normas imperativas. En cualquier caso nos parece un despropósito hablar de rescisión. La disquisición no es baladí puesto que el plazo de cuatro años en la rescisión es de caducidad, eso sí, para los sujetos a tutela (o patria potestad) y para los ausentes se empieza a contar desde el cese de la incapacidad y desde que se conozca el domicilio, respectivamente (art. 1299 del Código Civil). Caso de tratarse de nulidad el plazo sería de prescripción de quince años.

En cuanto a la partición, el TS, interpretando el artículo 1080 del Código Civil, en Sentencia núm. 325, 2010, de 31 de mayo⁶³ (*RJ* 2010, 2653) FD 4.º dispuso que «las demandadas al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1080 del Código Civil al concurrir mala fe en los sujetos de la partición». Pues bien, la STS de 10 de diciembre de 2014 analizada, en su FD 2.º 5. declara que «la ineficacia que contempla la Sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el citado régimen de rescindibilidad que reclama la parte recurrente y que se desarrolla, en la medida de lo posible, respetando la validez de lo ordenado por el testador».

El artículo 814.3 del Código Civil dispone que «los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»⁶⁴. Es el derecho de representación en la sucesión testada contenido en una disposición desubicada⁶⁵. El Profesor LASARTE después de referirse a que cierto sector doctrinal que considera que nos encontramos ante un *lapsus* técnico del legislador y aunque otro entienda que tal «derecho de representación debería restringirse a cuanto correspondiera por legítima al descendiente fallecido»⁶⁶, sostiene que «si bien es cierto que el legislador lo que realmente buscaba era evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto que son, a su vez, legitimarios, puede colegirse que la norma viene a introducir un verdadero derecho de representación en la sucesión testamentaria, aunque especial y limitado para el caso específico que

contempla, a saber, la premoriencia del instituido en primer lugar y solo respecto a sus descendientes [...] si no se les considera preteridos, es precisamente porque se entiende que son llamados en la misma medida que lo fue el representado. Así, el representante o, mejor, los representantes, ocuparía/an la posición exacta del representado en la herencia del ascendiente común, extendiéndose naturalmente su sucesión tanto a los derechos como las obligaciones»⁶⁷. MADRIÑÁN VÁZQUEZ entiende que «nos encontramos ante una norma permisiva de la representación en la sucesión testamentaria para el caso específico que contempla y solo para tal supuesto, ya que si el legislador hubiera querido introducir un derecho de representación de carácter general en la sucesión testada, lo habría realizado regulando el supuesto en la sección propia de la representación sucesoria. Por ello, debe entenderse que la inclusión de la representación en el artículo 814 implica que solo ahí se admite la representación y con una finalidad muy específica, a saber, evitar un supuesto de preterición»⁶⁸. Es decir, «el especial derecho de representación consagrado no se extiende más que a favor de los descendientes en los que concurra la cualidad de legitimarios, y por ello no cubrirá la mejora —y menos el tercio libre— cuando aquella o este queden atribuidos a persona que no ostente esa doble condición»⁶⁹. *Contrario sensu*, si se trata de descendientes que reúnan la cualidad de legitimarios, la representación lo cubrirá todo, y ello sobre la base de la presunta voluntad del causante.

El último párrafo del artículo 814 del Código Civil dispone que «a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador»⁷⁰. REY PORTOLÉS considera que «este último párrafo convierte en dispositivo —para el testador— todo el instituto de la preterición, con tal de que queden indemnes las legítimas»⁷¹. En contra se manifiesta con toda la rotundidad el Profesor MIQUEL quien después de afirmar que las normas sobre preterición no intencional no son dispositivas afirma: «Me parece una contradicción creer que el testador pueda disponer una regulación para el caso de su error o imprevisión [...] La renuncia a la ley aplicable en perjuicio de un tercero no es admisible de la misma manera que no es renunciable la acción revocatoria de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos. No es lo mismo evitar que se produzca la preterición no intencional que establecer reglas para el caso de la preterición no intencional, distintas de las legales. Si estas cláusulas además se establecen para reducir los derechos de los hijos extramatrimoniales, me parece que sobran los comentarios sobre su ilicitud»⁷². O como dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, «el último párrafo del artículo 814 nos remite a la voluntad real del testador» y «jamás sabremos cuál hubiera sido su voluntad real de conocer la existencia del preterido, puesto que partimos de la base de que no la conocía»⁷³.

En cambio, en la preterición intencional, tal vez quepa que el testador establezca un orden de reducciones diferente.

Una última cuestión. Los herederos forzosos preteridos disponen de dos acciones: la acción de preterición y la acción de petición de herencia. Se trata de dilucidar si la segunda trae causa de la primera, con el consiguiente orden de prelación en su ejercicio o, por el contrario, si se puede ejercitar directamente la acción de petición de herencia. Pues bien, este es el criterio sustentado por la STS núm. 725, 2002, de 9 de julio (RJ 2002, 8237) cuando en su FD 6.º dice que «la acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la Sentencia de 6 de noviembre de 1998 en que se pidió y se dio lugar a ser declarado

heredero y, asimismo, se ordenó “llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente”». No difiere de la anterior lo que resulta de la argumentación de la STS núm. 339, 2015, de 23 de junio (RJ 2015, 2547) que considera la acción de petición de herencia instrumento apto para obtener un título que habilite a los preteridos para ser parte en la sucesión. «Es por lo que puede llegar a sugerirse que este equiparación jurisprudencial de la acción de preterición [...] y la acción de petición de herencia, erradica, en cierta manera, el sentido “teórico” que la doctrina otorga a la *praeteritio*. Si la obtención de condición de legitimario [...] no se supedita a la institución de la preterición se sugiere que la misma carece de practicidad: evoca la desaparición de la histórica *praeteritio*»⁷⁴. Aunque no es nada desdeñable apuntar que la acción de preterición al tratarse de una acción personal prescribe a los cinco años (art. 1964.2 del Código Civil) mientras que la acción de petición de herencia lo hace a los treinta (art. 1963 del Código Civil).

II. LA PRETERICIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

1. EL CASO NAVARRO: ESPECIALIDADES

En Navarra existe preterición sin que haya legítima material de los descendientes⁷⁵, sin que haya *portio debita*. La institución en la legítima se puede hacer en forma colectiva (Ley 269). Consiste en la atribución formal a cada uno de los legitimarios de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles o una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, y no tiene contenido patrimonial exigible (Ley 267 FN). «Mediante cláusulas *inter ceteros* en el testamento o pacto sucesorio basta para cumplir con el mandato imperativo de la legítima foral, incluso mediante cláusulas a favor de “mis hijos” o “los que tengan derecho a la legítima en el momento de apertura de la sucesión”. Dicha mención *inter ceteros* servirá para evitar la preterición»⁷⁶. La preterición tiene por efecto la nulidad de la institución de heredero, dejando a salvo las demás disposiciones, y únicamente podrán ejercitar la acción de impugnación el legitimario preterido o sus herederos (Ley 271 FN). No distingue entre preterición intencional y no intencional. Queda claro que la importancia de la legítima formal aparece en sistemas sin legítima material. Sirve para acreditar que el causante tuvo presentes a los legitimarios en el momento de otorgar testamento⁷⁷. La preterición da lugar a la sucesión *abintestato*, lo que muestra el interés por la voluntad presunta del testador.

No hay preterición (Ley 270):

- Cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios
- Cuando les hubiera atribuido cualquier liberalidad a título *mortis causa*.
- Cuando los hubiere desheredado justamente.
- Cuando hubieren renunciado a la herencia.
- Cuando hubieren premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima.

La Ley 154 establece que «las disposiciones a título lucrativo, por actos vivos o mortis causa, pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador». Esto permitirá evitar la preterición en el caso de que con posterioridad al otorgamiento del testamento se autorice la utilización del material reproductor para la fecundación *post mortem*.

2. CUESTIONES SOBRE LA PRETERICIÓN EN EL PAÍS VASCO

A) Régimen general

En el País Vasco, la Ley 3, 1992, de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco (LDCF) en su artículo 54 permitía, al tratarse de una legítima colectiva, distribuir libremente la legítima entre los legitimarios, o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás sin fórmula especial de apartamiento, y la preterición no intencional confería derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido.

El artículo 48.2 de la Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (LDCV) dispone que «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», el 48.4 que «la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento» y el 51.2 que «la preterición de todos los herederos forzosos hace nulas las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial». Es decir, que solo la preterición de todos los legitimarios da lugar a la sucesión *abintestato*. En la Ley de 1992 la preterición no intencional daba derecho al preterido a reclamar una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido (art. 54 párrafo 3.º), en la actual regulación cuando la preterición no intencional no es de todos los legitimarios, nada ocurre. GALICIA AIZPURUA clama diciendo que «merece la pena subrayar que la solución adoptada por la LDCV no tiene parangón entre los ordenamientos civiles españoles, ya que en todos, a la vista del vicio que la voluntad del causante sufre en estas hipótesis, se anuda a ellas alguna consecuencia especial»⁷⁸. Si son preteridos erróneamente todos los legitimarios, son nulas las disposiciones de contenido patrimonial, si no son preteridos erróneamente todos, no pasa nada.

a) Régimen especial del Valle de Ayala

En el Valle de Ayala, en cambio, la regulación de 1992 en su artículo 134 disponía: «1. Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren. 2. Se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil»⁷⁹, y que «el heredero forzoso preterido no intencionalmente podrá reclamar su legítima. La institución de heredero y demás disposiciones testamentarias se reducirán en cuanto perjudiquen a dicha legítima» (art. 137). En caso de preterición no intencional la legítima se determinará con arreglo al Código Civil, si son preteridos todos los descendientes, estos tendrán derecho a la legítima larga. Si únicamente es preterido alguno de ellos tendrá derecho a recibir tanto como el legitimario menos favorecido y, como mínimo, la legítima estricta (art. 138).

Si bien no está en el origen del Fuero⁸⁰, mediante «la necesidad de apartar a los herederos forzosos [...] el legislador colmaba una necesidad esencial: se aseguraba de que la exclusión sucesoria, por el *de cuius*, de sus parientes más cercanos había sido realizada adrede y a plena conciencia, descartando al tiempo cualquier hipotético error (cualquier desvarío) en la formación de su voluntad *mortis causa*»⁸¹. Aunque parecía una institución protectora, no tanto de la voluntad del testador como de la legítima.

La Ley de 2015 en su artículo 89 dispone que «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. 2. Se entiende por legitimarios los que lo fueren con arreglo al artículo 47 de esta ley» y según el artículo 90.2 «La omisión del apartamiento producirá los efectos que se establecen en el artículo 48.3». Es decir «la omisión del apartamiento equivale a apartamiento tácito». Entiende GALICIA AIZPURUA que esto último podría considerarse una presunción en favor de la preterición intencional, «pero ¿significa esto que, de acreditarse fehacientemente el carácter erróneo de la preterición, tiene el preterido acción para reclamar? O sea: ¿las hipótesis de preterición errónea parcial se hacen acreedoras a algún remedio, tal cual acontecía en la LDCF de 1992, o ha de seguirse por el contrario la solución establecida con alcance general en el artículo 48.4 la LDCV? La conclusión lógica consiste en mantener que, pese a la ausencia de una remisión expresa a este último precepto (probablemente achacable a un lapsus del legislador), sus prescripciones deben, con base en una interpretación integradora y sistemática de la Ley, aplicarse también en Ayala, con lo que la preterición no intencional de un descendiente heredero forzoso equivale a su apartamiento. En cuanto a los casos de preterición total, solo la errónea propiciará la nulidad de las disposiciones sucesorias de contenido patrimonial (art. 51.2), mientras que la hecha adrede supondrá la exclusión definitiva de los legitimarios atendida la libérrima libertad dispositiva del vecino ayalés»⁸².

3. EL SUPUESTO EN ARAGÓN Y EL GRADO PREFERENTE

En Aragón, se entenderán preteridos los legitimarios de grado preferente que, no siendo favorecidos en vida del causante ni en la sucesión legal, no hayan sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia (art. 503.1 CDFA), no considerándose preteridos «quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido» (art. 503.1). La preterición se presume intencional, salvo prueba en contrario (art. 505.2). Se prescinde del término «legítima formal» que empleaba la Compilación. No existe una legítima formal distinta de la material. Por otra parte, se da un concepto de preterición cosa que no hace el Código Civil.

Para que no haya preterición será suficiente «cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en la que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios» (art. 504.1). «Es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante» (art. 504.2). Digno de alabanza, dice el Profesor MIQUEL⁸³, lo que disponía el artículo 189.3 de la Ley de Sucesiones y hoy 504.3 CDFA: «No es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas expresamente a ellos. Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive».

Es decir, para resultar preterido es necesario no haber sido favorecido en vida o en la sucesión legal, o no haber sido mencionado en el pacto, en el testamento o en el acto de ejecución de la fiducia, o sea que «la preterición consiste por tanto en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables, del deber de legítima formal»⁸⁴. La preterición en

Derecho aragonés es básicamente una infracción de la legítima formal y no cabe duda de que es una consecuencia de la libertad de testar relativa que supone la legítima colectiva⁸⁵.

El legitimario preterido intencionalmente tiene derecho a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma (art. 507), así como alimentos en los términos del artículo 515⁸⁶.

El legitimario preterido no intencionalmente «tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquel. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente la participación de los restantes legitimarios, aunque estos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico...» (art. 508.1). Se convierte la legítima del preterido, caso de que los restantes legitimarios opten por pagar en dinero, en una *pars valoris*. Pero «cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación legal de todo el caudal relicto» (art. 508.2). Y «el preterido no intencionalmente tendrá, además, el derecho que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma» (art. 508.3).

Hay que tener en cuenta que dado que se puede disponer en favor del *concepturus* —el artículo 325.1 establece que «en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión»—, ello evitará la preterición no intencional en caso de fecundación *post mortem* cuando el consentimiento para la utilización del material reproductor se hubiere producido con posterioridad al otorgamiento del testamento.

4. PRESUPUESTOS PARA LA PRETERICIÓN EFECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

En Cataluña, según el artículo 451-16 CCCat para que un legitimario se considere preterido es preciso que no se le haya hecho ninguna atribución en concepto de legítima o imputable a ella⁸⁷ y que tampoco haya sido desheredado⁸⁸, pudiendo el preterido intencionalmente exigir lo que por legítima le corresponda. La preterición errónea —que poco tiene que ver con la legítima y mucho con la voluntad del testador⁸⁹— cuando se refiere a hijos o descendientes que han nacido o devenido legitimarios con posterioridad al otorgamiento del testamento, o cuya existencia el causante ignoraba en el momento de testar, concede acción a legitimario para pedir la nulidad del testamento, con las excepciones siguientes:

- Si ha sido instituido heredero único el cónyuge o conviviente en pareja estable.
- Si ha sido instituido heredero único a un hijo u otro descendiente y al otorgar testamento tenía más de un hijo o un hijo y una stirpe del hijo premuerto.
- Si la relación de filiación en virtud de la cual deviene legitimario ha quedado legalmente determinada con posterioridad a la muerte del causante.

Estas excepciones no se contemplaron en la versión inicial de la Compilación de 1960, si bien aparecieron (art. 141) a raíz de la Ley 13, 1984 de 20 de marzo, pasando al artículo 139 por obra de la Ley 8, 1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, y con ligeras modificaciones al Código de

Sucesiones y al CCCat. LAMARCA I MARQUÉS las justifica diciendo que lo que está protegiendo el precepto es la presunta voluntad del testador en favor de sus hijos, si hay circunstancias que permiten descartar esta voluntad presunta u otros supuestos excepcionales en los que no parece razonable mantener los efectos de la presunción, procede suavizar la regla, dando lugar únicamente a la acción para reclamar la legítima⁹⁰. Por nuestra parte, consideramos que estas excepciones significan que la protección del cónyuge o conviviente sobreviviente heredero único o del hijo también único heredero prima sobre una voluntad del testador que produce sus efectos aun cuando se haya conformado erróneamente, de una voluntad testamentaria que de no existir el error tal vez hubiese sido distinta. Por otra parte, mientras que los póstumos matrimoniales podrán pedir la ineficacia del testamento, no lo podrán hacer aquellos cuya filiación se haya determinado legalmente con posterioridad a la muerte del causante, que normalmente serán extramatrimoniales. No hay razón que explique el distinto tratamiento discriminatorio por razón de filiación. Es de una más que dudosa constitucionalidad⁹¹.

El reconocimiento genérico del derecho de legítima a quien corresponda o la atribución de un legado simple de legítima a favor de los hijos no excluye la acción de preterición errónea.

La acción para impugnar el testamento por preterición errónea caduca a los cuatro años de la muerte del testador. Antes eran cinco.

5. BALEARES. MALLORCA Y MENORCA

En Mallorca y Menorca, la preterición intencional de un legitimario da lugar a la corrección del testamento a fin de garantizar la intangibilidad cuantitativa de la legítima (art. 46.1 CDCB)⁹². Dado que no se prevé un régimen de reducciones se plantea si procede la aplicación de los artículos 814 y 820 del Código Civil, ante lo cual GRIMALT SERVERA considera que se deberá tener en cuenta que en Mallorca y Menorca el testamento debe contener indefectiblemente la institución de heredero, y que el heredero, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, tiene derecho a la cuarta falcidia, con lo que la reducción de la institución deberá simultanearse con la de los legados de modo que al heredero siempre le quede la cuarta parte del haber; amén de que con arreglo al artículo 39.3 hay una serie de legados que no son reducibles y la parte que de dichos legados debiera reducirse no afectará a los demás legados reducibles⁹³.

La preterición no intencional de hijos o ascendientes permite al preterido pedir la anulación del testamento en el plazo de cuatro años a contar desde el fallecimiento del causante (art. 46.2 CDCB), con las siguientes excepciones: a) Cuando el testador ha instituido únicos herederos a sus hijos, descendientes o cónyuge; b) Cuando la filiación del preterido resultare de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado con posterioridad al fallecimiento del causante; c) Cuando el testador, respetando las legítimas, hubiese ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional.

Con respecto a estas excepciones vale repetir lo dicho para Cataluña. En relación con la letra C), únicamente decir que si el testador respeta las legítimas no hay preterición que valga.

No distingue entre la preterición de alguno y la preterición de todos, y, por otro lado, se anula no la institución sino el testamento, es decir, también las disposiciones de carácter no patrimonial resultan afectadas, lo que parece excesivo.

En Ibiza y Formentera, dado que no hay reglas propias, será de aplicación supletoria la regulación del Código Civil.

6. EL NUEVO DERECHO CIVIL GALLEGO

En Galicia es la Ley 2, 2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, la que regula por primera vez la preterición (arts. 258 a 261), y lo hace de una forma muy parecida a la del Código Civil común, hasta el punto de que reproduce al pie de la letra el famoso párrafo 3.º del artículo 814 del Código Civil que ha dado lugar a la polémica sobre el derecho de representación en la sucesión testada. Aunque la preterición no intencional no producirá sus efectos si los preteridos concurren a la partición con los instituidos (art. 260), caducando la acción de preterición a los cinco años de la muerte del causante (art. 266).

Tampoco la ley gallega ofrece una definición de preterición lo que hace que surjan casos dudosos de preterición o desheredación injusta o sin expresión de causa, u otros supuestos. Difieren levemente en los sujetos preteribles: con independencia de si la preterición es intencional o no, son preteribles los descendientes y el cónyuge, quedando excluidos los ascendientes. No aparece la referencia a la institución del cónyuge que no se anulará si no perjudica las legítimas⁹⁴.

III. CUESTIONES SOBRE DERECHO COMPARADO⁹⁵

1. EEUU

En EEUU dieciocho Estados han adoptado sustancialmente el «Uniform Probate Code» que en su § 2-302 declara:

«a) Si un testador no dispone en su testamento nada en favor de su hijo nacido o adoptado después de otorgado dicho testamento, el hijo omitido recibe una cuota hereditaria igual a la que habría recibido si el testador hubiera muerto intestado, a no ser que:

1. Del mismo testamento resulte que la omisión fue intencional;
2. Si al otorgar el testamento el testador tenía otros hijos y ha destinado la mayor parte de la herencia al otro progenitor del hijo omitido;
3. El testador ha dispuesto en favor del hijo fuera del testamento y la intención de que la disposición haga las veces de una disposición testamentaria aparece por palabras del testador, por la cuantía de la disposición o por otros indicios.

b) Si al tiempo del otorgamiento del testamento el testador omite hacer alguna disposición en favor de un hijo únicamente por creer que este hijo ya ha muerto, el hijo recibe una cuota de la herencia igual a la que habría recibido si el testador hubiera muerto intestado».

El «Probate Code» de California en § 90 declara: «Si un testador omite disponer en su testamento en favor de alguno de sus hijos, o en favor del descendiente de un hijo premuerto, bien haya nacido antes o bien después del otorgamiento, antes o después de la muerte del testador, y dicho hijo o descendiente no han sido favorecidos por ninguna disposición y no han obtenido una parte equivalente de los bienes del

testador por vía de anticipo, a no ser que del testamento resulte que dicha omisión fue intencional, tal hijo o descendiente sucede en una cuota de la herencia del testador igual a la que le hubiera correspondido si este hubiera muerto intestado».

En realidad hay dos grandes tipos de estatutos relativos a la preterición: los de tipo Missouri y los de tipo Massachusetts.

En los de tipo Missouri que para que se abra la sucesión intestada utilizan las siguientes expresiones: “ni sea nombrado ni favorecido”, “ni favorecido ni mencionado”, “no nombrado”, “no favorecido”, “ni favorecido ni desheredado en el testamento”, “a no ser que sea favorecido o mencionado en el testamento”. En este tipo de estatutos, para evitar la preterición la intención ha de derivar del testamento, no se admite la prueba extrínseca.

En los de tipo Massachusetts, se admite la prueba extrínseca para probar que la omisión era intencional en los Estados cuyo estatuto establece que el hijo omitido o su descendencia tiene derecho a una cuota de herencia «a menos que aparezca que tal omisión fue intencional y no causada por error o accidente».

Entendiendo por desheredado al privado de su cuota intestada, «en EEUU se repite constantemente, a propósito de la preterición, que la finalidad de los estatutos no es impedir que un testador pueda desheredar a sus hijos ni compelele a efectuar disposiciones en su favor. Su propósito es únicamente evitar que un hijo sea desheredado por descuido o inadvertencia del testador al otorgar su testamento»⁹⁶.

2. GRAN BRETAÑA: INGLATERRA Y ESCOCIA

En Inglaterra, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, no se regula la preterición no intencional de hijos, descendientes y demás allegados, los cuales únicamente podrán reclamar la *provision* que les corresponda. Esto pone de manifiesto que si bien se tiene en gran consideración la libertad de testar, no se tiene en tanta la libertad para testar, la autonomía, por cuanto no existe un instituto que haga que devenga ineficaz una voluntad viciada.

Tampoco en Escocia, en donde los *legal rigths* equivalen a la legítima, existe una regulación de la preterición no intencional. Únicamente cabe reclamar la legítima. Vale lo dicho para Inglaterra.

3. ALEMANIA

En Derecho alemán, no se contempla la preterición intencional, solo la preterición no intencional (§2079)⁹⁷ o desconocimiento de la existencia del legitimario en el momento de otorgar testamento o nacido o llegado a ser legitimario después. Dice el §2079: *Una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha omitido a un legitimario existente al tiempo de la muerte del causante, cuya existencia era desconocida para él al tiempo de otorgarse la disposición, o el cual ha nacido o ha llegado a ser titular de la legítima únicamente después del otorgamiento. La impugnación queda excluida siempre que se entienda que el causante hubiera adoptado la (misma) disposición incluso con conocimiento de la situación fáctica*⁹⁸.

Este último inciso deja claro que lo que se protege es la voluntad del testador. Se permite la indagación de la voluntad del testador.

Por otra parte, el §2078.1 BGB trata del error en el acto y en el contenido de la disposición, y el §2078.2 BGB trata del error en los motivos, lo que hace pensar que el §2079 BGB representa una modalidad concreta del error en los motivos. En ambos casos la acción es la de anulabilidad —de la disposición, no del testamento— dando lugar a la sucesión intestada. La legitimación activa la ostenta la persona sobre la cual ha recaído el error; en el caso del §2078.2 BGB, y el preterido en el supuesto del §2079 BGB. La acción de impugnación por preterición prescribe al año a contar desde que tuvo conocimiento de la causa de impugnación, con un límite de treinta años (§2082 BGB)⁹⁹.

4. FRANCIA

Por el contrario, el Derecho galo no prevé la preterición. No exige la mención del legitimario. Esto se debe a la configuración de la reserva francesa que a diferencia de lo que ocurre con la legítima del Código Civil español el *Code* señala los bienes que puede distribuir libremente el testador correspondiendo el resto a los legitimarios. Tanto el que no ha recibido lo suficiente como el que no ha recibido nada, tienen derecho a reclamar lo que por legítima les corresponda. Habrá que acudir a las normas que regulan la privación de la reserva, procediendo únicamente una acción personal de reducción de las disposiciones inoficiosas. Dado que la libertad de testar es escasa, no ofrecen demasiado interés la preterición errónea y la legítima formal¹⁰⁰.

5. ITALIA

En Italia el Código Civil en su artículo 687 ordena la revocación *ipso iure* de las disposiciones a título universal o particular realizadas por quien al tiempo de otorgarlas no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes. Dice así: *Le disposizioni a titolo universale o particolare (588), fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di aver figli o discendenti, sono revocate do diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benché postumo, o legittimato (280 e seguenti) o adottivo (291, 314-396), ovvero per il riconoscimento di un figlio naturale (250 e seguenti).*

La revocazione ha luogo anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento, e, trattandosi di figlio naturale legittimato, anche se è già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto in seguito legittimato.

La revocazione non ha invece luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figlio o discendenti da essi.

Se i figli o discendenti non vengono alla successione e non si fa luogo a rappresentazione (467 e seguenti), la disposizione ha il suo effetti.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. A la vista de lo que sucede en el Derecho común, en los Derechos forales y en el Derecho comparado, cabe concluir con el Profesor MIQUEL diciendo que «estos datos muestran que la preterición está más ligada a la libertad de testar y

a la sucesión intestada que a la legítima y que es tanto más importante cuanto mayor sea la libertad de testar»¹⁰¹.

II. Un sistema de absoluta libertad de testar, es decir, de ausencia absoluta de legítima material, obliga a establecer indefectiblemente la legítima formal y a regular los efectos de la preterición no intencional a fin de salvaguardar la voluntad del testador y, por ende, su libertad. La legítima formal «está representada por la carga de mencionar a los hijos en el testamento para claridad de la voluntad del testador respecto de ellos o, si se quiere, para dejar constancia de que usa la libertad de testar teniéndolos en cuenta con independencia de si se les hace o les ha hecho atribuciones patrimoniales. Se manifiesta en la sanción de la preterición no intencional»¹⁰². La preterición no intencional está directamente relacionada, no con la legítima, sino con la ineficacia de la disposición testamentaria, esto, claro está, en el caso de que la preterición no intencional abra paso a la cuota intestada, cosa que, como hemos visto, no ocurre siempre. La importancia de la legítima formal crece a medida que se reduce la legítima material, es decir, a medida que amplía la libertad de testar. Es lo que ocurre en muchos Estados de Norteamérica en los que no existiendo una legítima material se contempla la preterición no intencional sin que se dé ninguna importancia a la intencional. Significativamente, en Luisiana, el único Estado en el que se contempla la legítima, no se regula la preterición no intencional¹⁰³.

III. En la medida en que desaparece la legítima material cobra rigor la legítima formal. Cuando existe libertad absoluta de testar ya no es el legislador el que vela, a su manera, por los hijos, sino el causante en el ejercicio de su libertad y de su responsabilidad, y por esto se exige que el testamento contenga una rigurosa declaración de conocimiento de todos los legitimarios.

IV. En cualquier caso, la voluntad presunta de la sucesión intestada debe prevalecer sobre la voluntad testamentaria viciada por error o ignorancia. Solo así se respetará la autonomía, la libertad para testar.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1970). *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Parte general*, Bosch, Barcelona, p. 344.
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, J. (2016). La preterición y la petición de herencia ¿Constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legitimario? STS de 23 de junio de 2015, CCJC, núm. 101, p. 163.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2016). La preterición no intencional en el Código Civil español. Un estudio doctrinal, en *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Actas Congreso Internacional FDUP, Porto 2 y 3 de octubre de 2015), Helena Mota y María Raquel Guimarães, coords., Almedina, Coimbra, pp. 521 y sigs.
- BOLÁS ALFONSO, J. (1983). La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, AAMN, T. XXV, pp. 183 y sigs.
- CALVO VIDAL, F. (2014). La preterición. Sus efectos (El mundo no está precisamente lleno de preteridos), en *Estudios de derecho de sucesiones* ('*Liber amicorum*' Teodora F. Torres García), Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, pp. 229 y sigs.
- CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, R. M. (2004). La preterición de herederos en el Derecho común y en el Derecho aragonés, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 1

- <http://derecho-aragones.net>, cuadernos, document.php?id=170&format=print: pp. 3 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1979). *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, v. II, *Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, 8.ª ed., Reus, Madrid, p. 681.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (1986). Notas sobre la preterición, *RDP*, p. 413.
- DE LA PEÑA CADENATO, J. M. (2007). El Derecho foral de Álava: El Derecho de la Tierra de Ayala, *documentación entregada en la comparecencia ante el Parlamento Vasco el día 12 de junio de 2007*: <http://www.parlamento.euskadi.net>, irud, 08, 00, 008848.pdf: p. 7.
- GAGOS, C. (2016). Efectos de la preterición no intencional de un legitimario. Sentencia de 10 de diciembre de 2014, *CCJC*, núm. 100, p. 102.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2016). La nueva legítima vasca (Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, parte Tribuna (BIB 2016/21192).
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2004). *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada.
- GRIMALT SERVERA, P. (2006). Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1627 y sigs.
- JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2014). La preterición: una reforma necesaria, *RJN*, núms. 88-89, pp. 708 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.
- LAMARCA I MARQUÉS, A. (2009). *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Joan Egea i Fernández, Josep Ferrer i Riba (dirs.), Laura Alascio Carrasco (coord.), v. II, Atelier, pp. 1386 y sigs.
- LANZAS GALVACHE, J. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1988). El Derecho de representación del artículo 814 párrafo 3.º del Código Civil, *RCDI*, núm. 586, p. 941.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, p. 203.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (1988). Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes, *RCDI*, núm. 585, marzo-abril, pp. 357 y sigs.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, M. (2007). La preterición en el Derecho civil de Galicia», *Dereito*, vol. 16, núm. 1 (2007), pp. 285 y sigs.: [https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7876/1, pp. 287-296_dereito16-1.pdf](https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7876/1/pp_287-296_dereito16-1.pdf)
- (2009). *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi, Pamplona.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (2009). Legítima material y legítima formal, *AAMN*, T. II, pp. 493 y sigs.
- (2002). Notas sobre La voluntad del testador, *RJUAM*, núm. 6, pp. 153 y sigs.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cualitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, noviembre-diciembre, p. 2897.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1904). *Código Civil T. XX*. Sociedad Editorial Española, p. 866.
- PUIG BRUTAU, J. (1977). *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. 3.º, Bosch, Barcelona, p. 215.
- REY PORTOLÉS, J. M. (1982). Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11, 1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filia-

- ción, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *RCDI*, núm. 549, p. 359.
- ROCA SASTRE, R. M. (1976). En KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, pp. 97 y sig.
- SAN SEGUNDO MANUEL, T. (2007). Preterición por omisión del legitimario, *RCDI*, núm. 700, p. 826.
- SERRANO GARCÍA, J. A. (2010). La legítima en Aragón, *RDCA*, XVI, p. 115. <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/96/02serrano.pdf>
- URIARTE LEBARIO, L. M. (1912). *El fuero de Ayala*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, p. 130.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XI: Artículos 807 a 857, EDESA.
- (1974). *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.
- (1967). El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20 núm. 1.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STS, de 2 de julio de 1904
- STS, de 23 de enero de 1959
- STS, de 4 de mayo de 1966
- STS, de 1 de julio de 1969
- STS, de 20 de febrero de 1981
- STS, de 17 de marzo de 1995
- STS, de 14 de octubre de 1997
- STS, de 23 de enero de 2001
- STS, de 9 de julio de 2002
- STS, de 31 de mayo de 2010
- STS, de 10 de diciembre de 2014
- STS, de 23 de junio de 2015
- STSup de Navarra, de 1 de diciembre de 2008
- AP de Álava, (Sección 1.^a) de 14 de enero de 2004
- SAP de Barcelona, de 19 de marzo de 2010
- RDGRN, de 10 de mayo de 1950

NOTAS

¹ Refiriéndose al artículo 814 del Código Civil en su antigua redacción, dice PUIG BRUTAU que «cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia. Es tarea del ordenamiento jurídico resolver si la protección al testador exige en este último supuesto una ineficacia de lo dispuesto mucho más radical» (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, vol. 3.º, Bosch, Barcelona, 1977, p. 215).

² Se trata de una institución de creciente importancia dado la proliferación de hijos extramatrimoniales, por lo que ya veremos si es del todo acertado el título del trabajo de

Félix CALVO VIDAL, La preterición. Sus efectos (El mundo no está precisamente lleno de preteridos), en *Estudios de derecho de sucesiones* ('*Liber amicorum*' Teodora F. Torres García), Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, pp. 229 y sigs. Pensemos por un momento en las repercusiones que para que para la herencia de un abuelo puede tener la inseminación *post mortem* que tal vez ignore.

³ Esta es precisamente la acepción 2.^a del término «preterición» en el DRAE: «Omitir en la institución de herederos a los que son forzosos, sin desheredarlos expresamente en el testamento».

⁴ «Si en aquellos tiempos de Roma hubiera habido un Código Civil, la preterición se habría regulado en el capítulo de la ineficacia testamentaria, no en el de las legítimas» (JIMÉNEZ GALLEGO, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *RJN*, núms. 88-89, octubre de 2013, marzo de 2014, p. 708).

⁵ Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004, p. 1.

⁶ En cambio las Partidas (6.7.10) sí definieron la preterición: «Praeteritio en latín tanto quiere dezir en romance como pasamiento que es fecho calladamente, non faziendo mencion en el testamento de los que habien derecho de heredar lo suyo [...] non faziendo emiente de su fijo, heredándolo nin desheredándolo». Continuamos aquí con el legitimario-heredero del Derecho romano.

⁷ Vid. BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, *AAMN*, T. XXV, 1983, p. 183.

⁸ Vid. *Ibidem*, p. 185.

⁹ En Derecho romano, el testador que quería evitar la preterición debía instituir o desheredar «*nominatim*». Hoy cabe estimar válida cualquier fórmula «con tal de que no ofrezca duda la intención del testador de incluir en ella al no designado *nominatim* de quien se trate» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XI: Artículos 807 a 857, EDESA, 1982, p. 185).

¹⁰ Vid. *Ibidem*, p. 170.

¹¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, El deber formal de instituir herederos a legitimarios y el actual régimen de preterición en los derechos civiles españoles, *ADC*, vol. 20, núm. 1, 1967, p. 19.

¹² La ley de 1958 suprimió el inciso «sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador» para disipar las dudas en relación con los cuasi póstumos, es decir, los nacidos después de otorgar el testamento y antes de la muerte del testador.

¹³ Con la reforma de 1981 pasan a ser legitimarios todos los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales. A la vista de la DT 8.^a y del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE podemos afirmar con MORETÓN SANZ que hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la Constitución de 1978 se regirán por la legislación vigente en aquel momento, a las abiertas con posterioridad se les aplicará el principio de igualdad, y las posteriores a la Ley 11, 1981 se atenderán a lo que allí se dispone (Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cualitativa sobre la sucesión testamentaria, *RCDI*, núm. 722, noviembre-diciembre 2010, p. 2897). El TS en su Sentencia núm. 224, 1995, de 17 de marzo (*RJ* 1995, 1961) FD 13 con respecto a lo que dispone la DT 8.^a «Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» afirma, a propósito de las sucesiones abiertas a partir del 29 de diciembre de 1978, que «la doctrina jurisprudencial al ocuparse de casos semejantes al presente de manera clara establece la prioridad de la Constitución Española, artículo 14 sobre la legalidad subsistente y, con ello, la inaplicabilidad de la disposición transitoria en cuanto a la legalidad anterior que solo puede tomarse en consideración en tanto sus preceptos discriminatorios se tengan por derogados». La misma Profesora MORETÓN se plantea, apoyándose en la SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2010, la superación de la actual doctrina jurisprudencial, así «habrá de ventilarse si sobre los testamentos otorgados antes de la Constitución puede o no apreciarse la igualdad y el derecho a mantener una relación familiar. Así la cuestión girará en torno al momento en que se otorgó testamento

y a la existencia o no de «relación o apego familiar» entre el causante y sus hijos no matrimoniales. Como decimos, es posible que pueda concurrir no tanto un cambio de línea jurisprudencial, como la incorporación de los efectos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la preterición de hijos o hijas no matrimoniales» [ibídem, p. 2906].

¹⁴ Gracias a la presencia de los Profesores ALBALADEJO y DE LA CÁMARA en la Comisión de Codificación.

¹⁵ Básicamente, un trasunto de la Ley 24 de Toro.

¹⁶ «Es el ejemplo típico de un “cruce” de regulaciones: la preterición y la protección de legítimas, aunque el “péndulo” estaba del lado de la preterición» (JIMÉNEZ GALLEGÓ, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 709).

¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *AAMN*, T. II, curso 2008, 2009, pp. 507 y sigs.

¹⁸ MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2895.

¹⁹ Cuando aquí hablamos de «reducción» estamos hablando de lo mismo que en los artículos 654 y 656 del Código Civil. No se abre la sucesión intestada.

²⁰ Aquí podemos considerar incluidos el negocio fundacional y las disposiciones modales.

²¹ Probablemente habrá quien considere que nos encontremos ante una desheredación sin expresión de causa, aunque la STS de 23 de enero de 1959 (*RJ* 1959, 125) distingue entre la preterición intencional que tiene lugar cuando no hay una voluntad declarada del testador, por un lado, y la desheredación que implica una voluntad declarada, por otro. O como en la doctrina, CASTÁN: la preterición es «una privación de la legítima hecha tácitamente, a diferencia de la desheredación, que es una privación por modo expreso» (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, v. II, *Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa*, 8.^a ed., Reus, Madrid, 1979, p. 681).

²² Y con respecto a la desheredación injusta es más que dudoso pensar que una voluntad considerada injusta para unos efectos pueda ser considerada justa para otros, por tanto, no cabe suponer, si el testador se equivocó sobre la existencia de la causa de desheredación o si esta no ha sido probada, que el testador quiso reducir al legitimario a la legítima estricta, es decir, recibirá la parte alícuota de los dos tercios excepto la de la parte empleada válidamente en mejorar. Aunque siempre cabe argumentar, de acuerdo con la tesis dominante (que encuentra apoyo en la STS de 23 de enero de 1959), la aplicación del mismo régimen a todo tipo de desheredación conforme al artículo 851 del Código Civil, entendemos con el Profesor MIQUEL, que solo en los casos de causa insuficiente, pero cierta, y en los casos de causa falsa en el sentido de mentira cabrá pensar que fue voluntad del testador no dejar nada al legitimario cuya legítima se verá reducida a la estricta (*Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Notas sobre «La voluntad del testador», *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 170 y sigs.).

²³ Por todos, BOLÁS ALFONSO: «la preterición es un engranaje más del mecanismo legal que actúa en protección de las legítimas» (BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., *cit.*, p. 183).

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, p. 162.

²⁵ *Ibídem*, p. 163.

²⁶ *Ibídem*, p. 164.

²⁷ *Vid.* BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, La preterición «no intencional» en el Código Civil español. Un estudio doctrinal, en *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Actas Congreso Internacional FDUP, Porto 2 y 3 de octubre de 2015), Helena Mota y María Raquel Guimarães, coords., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 522 y sigs.

²⁸ Esta era la regulación que existía antes de la reforma de 1981 en que no se distinguía entre preterición intencional y no intencional, y era de todos los herederos forzosos en línea recta. La nueva regulación ha reducido los efectos de la preterición intencional y los ha aumentado en el caso de la no intencional de todos los descendientes.

²⁹ Nos parece atinada la consideración del Profesor LASARTE cuando dice que «la inoficiosidad de mandas y legados implica que todas las atribuciones patrimoniales que puedan comprenderse dentro del tercio de libre disposición, a título de legado, mantienen su validez. La preterición recupera su papel de institución protectora de las legítimas, pero

sin afectar al tercio de libre disposición. En caso de superar dicho tercio, las mandas habrán de ser reducidas conforme a las reglas generales» (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, p. 203).

³⁰ Lo que no quita, si la cuota intestada no cubre la legítima, que deba procederse a la reducción de las donaciones inoficiosas. Esto es una manifestación de la legítima en la sucesión abintestato.

³¹ ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, t. V, vol. I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, p. 98.

³² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes, *RCDI*, núm. 585, marzo-abril 1988, p. 367.

³³ La STS núm. 325, 2010, de 31 de mayo (*RJ* 2010, 2653) FD 3.º nos recuerda que «como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana Sentencia de 1 de julio de 1969, la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser este la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento».

³⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, p. 168, nt. 31.

³⁵ *Ibidem*, p. 175.

³⁶ MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2891.

³⁷ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 511.

³⁸ Según LACRUZ BERDEJO «imponer al causante un deber de mencionar al legitimario en el testamento parece un *plus* inútil e irracional: un rito sin contenido, arrastrado por una tradición superada» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, p. 399). Así lo entendió, como *obiter dicta*, la STS núm. 725, 2002, de 9 de julio (*RJ* 2002, 8237) FD 5.2 al formular «el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima».

³⁹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Martínez.

⁴⁰ SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, Preterición por omisión del legitimario, *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, p. 826.

⁴¹ «Si el testador dispone que lega la legítima a quienes por ley corresponda, no habrá preterición si se ve el problema solamente como falta de cobertura de la legítima, pero si se contempla como un defecto de voluntad, esta cláusula no evitará la preterición de los hijos que el testador no tenía en mente al establecerla, como decidió la acertada Sentencia de 4 de mayo de 1966» (MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 513).

⁴² *Vid.* BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, La preterición «no intencional»..., *cit.*, pp. 527 y sigs.

⁴³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Notas sobre «La voluntad del testador», *cit.*, pp. 179 y sigs.

⁴⁴ JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 712.

⁴⁵ «Si se parte de la hipótesis de que la ignorancia acerca de la existencia de un ascendiente vicia la voluntad en menor grado que esa misma ignorancia respecto de los descendientes, la hipótesis no siempre responderá a la realidad» (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Algunos problemas de la preterición no intencionada..., *cit.*, p. 379).

⁴⁶ «...que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de procreta edad» [STS núm. 878, 1997, de 14 de octubre (*RJ* 1997, 7408) FD 3.º].

⁴⁷ Hay autores que propugnan esta solución (*Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, *cit.*, p. 201; *Vid.* COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Notas sobre la preterición, *RDP*, 1986, p. 413).

⁴⁸ BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., *cit.*, p. 227.

⁴⁹ Con razón el Proyecto de Código Civil de 1836 contemplaba la preterición no intencional del hijo legítimo nacido o legitimado después de haber testado (art. 2326 1.º) al regular

la ineficacia del testamento (Libro Cuarto «De las sucesiones hereditarias», Título 2.º «De la sucesión testamentaria», Capítulo 6.º «De la nulidad e invalidación de los testamentos...») y no al regular las legítimas. ROCA SASTRE afirma que «en el C.c. alemán, la preterición, en el sentido de omisión de legitimarios en el testamento del causante, es tratado como un supuesto que extravasa el campo legitimario para pasar a constituir un caso de impugnación del testamento por causa de error (24,II,2,d), mas no así en nuestro C.c. el cual contempla la preterición como un suceso estrictamente legitimario» (ROCA SASTRE, Ramón María, en KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones...* cit., p. 97).

⁵⁰ Según la STS núm. 878, 1997, de 14 de octubre (RJ 1997, 7408) FD 3.º: «Ciertamente que bajo la vigencia de este precepto, se distinguía por la doctrina entre preterición errónea o involuntaria de legitimarios y la intencional y que a esta se la equiparaba con la desheredación para salvar el testamento, pero tal doctrina, que inspiró la reforma del precepto, no es aplicable al presente caso, en que se ha declarado por la Sala y su criterio es racional y lógico, que la preterición no fue voluntaria, sino producto de la verosímil esperanza de sobrevivir la testadora, joven, a la madre de procreta edad. No permitan tampoco las pruebas apreciar causas de desheredación. Esto sentado queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es la dada por la Sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los substanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento solo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de este, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo. No se puede hablar de indefensión, porque en el presente litigio están todos los interesados en mantener las respectivas posturas. En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo artículo 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del artículo 912, y no se infringen ninguno de los preceptos invocados».

⁵¹ La acción de preterición intencional es una acción rescisoria y el plazo de prescripción será de cuatro años, mientras que la acción de preterición no intencional, tanto total como parcial, es una acción de nulidad y prescribirá a los quince años. Tanto en un caso como en otro los únicos legitimados para instarla serán los herederos preteridos o sus causahabientes (Vid. BOLÁS ALFONSO, Juan, La preterición tras la reforma..., cit., pp. 232 y sig.).

⁵² Magistrado ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

⁵³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XI..., cit., p. 185.

⁵⁴ Vid. Ibídem, p. 190.

⁵⁵ Ibídem, pp. 189 y sig.

⁵⁶ GAGOS, Clara, Efectos de la preterición no intencional de un legitimario. Sentencia de 10 de diciembre de 2014, CCJC, núm. 100, enero-abril de 2016, p. 102.

⁵⁷ Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., cit., p. 2892.

⁵⁸ «Un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado, y obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos mediante los que se ocasiona un perjuicio económico a alguno de los contratantes, o de sus acreedores» (MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, t. XX, Sociedad Editorial Española, 1904, p. 866).

⁵⁹ Por haberse producido una lesión o perjuicio a los contratantes o a terceras personas.

⁶⁰ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 344.

⁶¹ «Si la preterición es la intencional o deliberada, el testador ha omitido de forma consciente la mención a un legitimario, y siendo premisa en el Derecho testamentario la apreciación de la voluntad del causante y no siendo esta materia una especialidad, no se sanciona al testador que ha omitido deliberadamente a uno de sus legitimarios, sino que antes bien, se entiende que siendo esa su voluntad, al preterido solo le cabe instar la acción

de reducción o rescisoria. En cuanto a la preterición no intencional autoriza, frente a la voluntaria, al ejercicio de la acción de anulabilidad por la que la finalidad de la demanda será la de la anulación de las disposiciones testamentarias o, cuando menos, la de la institución de heredero» (MORETÓN SANZ, María Fernanda, Cuestiones litigiosas sobre la preterición..., *cit.*, p. 2896).

⁶² «La acción nacida de la preterición no intencional, errónea, en cuanto dirigida a corregir un vicio de la voluntad del disponente, es de anulabilidad» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones...*, *cit.*, p. 407).

⁶³ Magistrado ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁶⁴ El legislador español se mira en el § 2069 BGB que preceptúa lo siguiente: «Si el testador hubiese llamado a uno de sus descendientes y este muere después de hecho el testamento, se admitirá, en caso de duda, que sus descendientes están llamados en la medida en que puedan entrar reemplazándole en el orden de la sucesión legal».

⁶⁵ Con anterioridad a la Ley 11, 1981, de 13 de mayo, puesto que el artículo 766 del Código Civil disponía y dispone que «el heredero voluntario que muere antes que el testador... no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857», un sector doctrinal (avalado por el TS) consideró que para el caso de que el legitimario instituido heredero falleciese antes que el testador cabía la aplicación analógica de la representación prevista para los casos de desheredación e indignidad (arts. 857 y 761 del Código Civil), mientras que otro sector doctrinal, con el apoyo de la DGRN, entendió que la omisión en el testamento de los nietos de un hijo fallecido constituía un claro caso de preterición, así VALLET DE GOYTISOLO sostuvo con rotundidad que «la mención del padre premuerto no excluye la preterición de su estirpe si esta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquel o mencionada en cualquier otra forma que no dé lugar a la preterición» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, t. I, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, vol. LVIII, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 627).

⁶⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 203.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 24 y sig.

⁶⁸ MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, La preterición en el Derecho civil de Galicia, *Dereito*, vol. 16, núm. 1 (2007), p. 294: https://space.usc.es/bitstream/10347/7876/1/pg_287-296_dereito16-1.pdf Vid. *El derecho de representación en la sucesión testada*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

⁶⁹ LANZAS GALVACHE, Joaquín y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, El Derecho de representación del artículo 814 párrafo 3.º del Código Civil, *RCDI*, núm. 586, mayo-junio de 1988, p. 941.

⁷⁰ Una mayor concreción nos la ofrece el artículo 46.2 3.º de la Compilación balear cuando dispone que no procederá la acción de anulación «si el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional».

⁷¹ REY PORTOLÉS, Juan Manuel, Comentario a «vuela pluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la ley 11, 1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, *RCDI*, núm. 549, marzo-abril de 1982, p. 359.

⁷² MIQUEL GONZÁLEZ, José M.º, Legítima material y legítima formal, *cit.*, pp. 508 y sig., nt. 34.

⁷³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, Algunos problemas de la preterición no intencionada..., *cit.*, p. 385.

⁷⁴ ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon, La preterición y la petición de herencia ¿Constituyen pretensiones, finalmente, autónomas a disposición del legitimario? STS de 23 de junio de 2015, *CCJC*, núm. 101, mayo-agosto de 2016, p. 163.

⁷⁵ «El Derecho navarro nos ofrece un ejemplo de cómo, en ausencia de legítima material, cabe que actúe la preterición a modo de legítima formal» (VALLET DE GOYTISOLO, Juan, El deber formal de instituir herederos a legitimarios..., *cit.*, p. 67).

⁷⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, p. 127.

⁷⁷ «No faltaron ciertamente en el proceso compilador voces que, en consideración al principio de libertad dispositiva y al carácter meramente formulario de la legítima foral, propusieron su supresión; pero sobre ellas terminó prevaleciendo el mantenimiento de su exigencia, en garantía de la efectiva contemplación de los hijos o descendientes más próximos del disponente al tiempo de ordenar libremente la sucesión en sus bienes por actos de última voluntad, a través de una institución simbólica excluyente del olvido de aquellos en la disposición» (STSup de Navarra núm. 21, 2008, de 1 de diciembre (*RJ* 2009, 1454) FD 3.º).

⁷⁸ GALICIA AIZPURUA, Gorka, La nueva legítima vasca (Ley 5, 2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, parte Tribuna (BIB 2016, 21192), p. 14.

⁷⁹ Como refiere URIARTE LEBARIO, el apartamento se había hecho en el pasado «con un real, una teja y el árbol más infructífero y lejano» (URIARTE LEBARIO, Luis María, *El fuero de Ayala*, Imprenta Hijos de M.G. Hernández, 1912, p. 130). El artículo 135.2 de la Ley de 1992 estableció que la preterición intencional «se considerará apartamento tácito». La Sentencia de la AP de Álava, Sección 1.ª, núm. 4, 2004, de 14 de enero (*JUR* 2006, 228524) FD 2.º asume la unánime tesis doctrinal según la cual no es necesario apartar con bienes.

⁸⁰ «En los antecedentes históricos (Capítulo XXVIII, del Fuero de 1373), no se requería, para disponer libremente de los bienes, el apartamento, pues este fue introducido en el Acuerdo de 1487, cuando hablaba de apartar a «sus fijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvierén»» (DE LA PEÑA CADENATO, José María, «El Derecho foral de Álava: El Derecho de la Tierra de Ayala», *documentación entregada en la comparecencia ante el Parlamento Vasco el día 12 de junio de 2007*: <http://www.parlamento.euskadi.net>, irud, 08, 00, 008848.pdf: p. 7).

⁸¹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, La nueva legítima vasca..., *cit.*, pp. 30 y sig.

⁸² *Ibidem*, p. 31.

⁸³ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 520, nt. 55.

⁸⁴ CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, Rafael M., La preterición de herederos en el Derecho común y en el Derecho aragonés, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 1 (2004): <http://derecho-aragones.net>, cuadernos, document.php?id=170&format=print: p. 4.

⁸⁵ Esta vinculación de la legítima formal a la libertad de testar nos la muestra CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE cuando dice que «manifestación aún más absoluta de la libertad de testar, la encontramos en la práctica testamentaria de instituir heredero a un extraño habiendo hijos, extrapolada y ratificada respecto de las donaciones por el Fuero *De Donationibus* de 1398 que, equiparando a estos efectos las donaciones a las sucesiones *mortis causa*, permitía la donación universal a favor de un extraño habiendo hijos (el equivalente a la institución de heredero a favor de un extraño), y con la única prevención del nombramiento de los hijos con esa referencia patrimonial puramente simbólica cumplimentada con la cláusula de legítima foral» (*ibidem*, p. 3).

⁸⁶ *Vid.* SERRANO GARCÍA, José Antonio, La legítima en Aragón, *RDCA*, 2010-XVI, p. 115: <http://ifc.dpz.es>, recursos, publicaciones, 30, 96, 02serrano.pdf

⁸⁷ Se trata de un concepto material y no formal de preterición.

⁸⁸ La distinción entre preterición intencional y preterición errónea ya resultaba de la ley 2.ª, título II, libro 6.º, volumen 1.º de las Constituciones de Cataluña y del Privilegio concedido por Pedro III a la ciudad de Barcelona en 1339 (ley única, título I, libro 6.º, volumen 2.º de las Constituciones de Cataluña) que acabó extendiéndose a toda Cataluña.

⁸⁹ «Está claro que con esta acción no se está protegiendo el derecho a la legítima, sino que se está presumiendo un defecto de la voluntad del testador (*defectus voluntatis*), que ha ordenado su sucesión de acuerdo con unos presupuestos que posteriormente cambian. Se trata, pues, de un supuesto de modificación sobrevenida de los fundamentos negociales, de la base del negocio que en este caso es el testamento [...] Se trataría de una norma similar a la del artículo 422-13, que presupone que todo testador habría revocado su testamento en caso de crisis conyugal o de pareja [...] La regla es homóloga a la de supervivencia o superveniencia de hijos en caso de donación (art. 531-15) (LAMARCA I MARQUÉS, Albert, en *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Joan Egea i Fernández, Josep Ferrer i Riba (dirs.), Laura Alascio Carrasco (coord.), v. II, Atelier, 2009, p. 1386). La traducción es mía.

⁹⁰ *Vid.* Ibídem, pp. 1387 y sig.

⁹¹ *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 520, nt. 54.

⁹² La regulación de la preterición data de 1990, en la redacción originaria de la Compilación de 1961 no se contempló.

⁹³ *Vid.* GRIMALT SERVERA, Pedro, Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1627 y sigs.

⁹⁴ *Vid.* MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta, La preterición en el Derecho civil de Galicia, *cit.*, pp. 285 y sigs.

⁹⁵ Seguimos en el examen del Derecho comparado, básicamente, a MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, pp. 521 y sigs.

⁹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 524.

⁹⁷ En la sistemática del BGB (Buch 5, Abschnitt 3, Titel 1). En cambio, la legítima, *pflichtheil*, se regula en Buch 5, Abschnitt 5.

⁹⁸ Traducción de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, en *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, p. 28.

⁹⁹ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, en *El testamento viciado por preterición no intencional...*, *cit.*, pp. 28 y sig.

¹⁰⁰ «La consideración del abintestato como la situación «normal» y el testamento como la excepción, aunque algo menos tras la reforma de 2006, pueden haber tenido influencia en esta cuestión» (JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos, La preterición: una reforma necesaria, *cit.*, p. 737).

¹⁰¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a, Legítima material y legítima formal, *cit.*, p. 525.

¹⁰² Ibídem, p. 500. Queda fuera del artículo 814 del Código Civil la preterición no intencional de ascendientes y cónyuge, supuestos un tanto difíciles.

¹⁰³ *Vid.* Ibídem, p. 520.

1.5. Obligaciones

La desaparición del saneamiento por evicción en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa elaborada por la Comisión General de Codificación

*Sanitation by eviction and its disappearance in
the proposal for a bill to modify the Civil Code in
matters of contract for the sale of goods made by
the Spanish General Commission of Codification*

por

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Profesor del Centro San Isidoro. Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN: Mediante el presente artículo pretendo realizar un acercamiento a la acción jurídica del saneamiento por evicción, intentando al mismo tiempo desglosar los motivos que llevaron a la Comisión General de Codificación a apostar por la supresión del saneamiento por evicción en su propuesta de anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de compraventa de 2005.

ABSTRACT: *With this article I pretend to make an approach to the legal action of sanitation by eviction, while trying to thresh the reasons that led the General Commission of Codification to bet on the suppression of sanitation by eviction in its Proposal for a bill to modify the Civil Code in matters of contract for the sale of goods of 2005.*

PALABRAS CLAVES: Saneamiento. Evicción. Supresión. Código Civil. Compraventa.

KEY WORD: *Sanitation. Eviction. Suppression. Civil Code. Contract for the sale of goods.*

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SANEAMIENTO Y AL DE EVICCIÓN.—II. REQUISITOS QUE REQUIERE LA ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.—III. POSIBLES PACTOS SOBRE EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.—IV. EFECTOS DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN.—V. SANEAMIENTO POR CARGAS OCULTAS.—VI. LA APUESTA DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA SUPRESIÓN DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN LA REFORMA DE LA COMPRAVENTA EN EL CÓDIGO

CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.
—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SANEAMIENTO Y AL DE EVICCIÓN

Estipula nuestro Código Civil¹ en su artículo 1461² que: «*El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*».

En realidad dicho artículo, más que una enumeración de todas las obligaciones del vendedor, lo que hace es anunciarnos que en los próximos artículos (concretamente del 1462 al 1499) se va a limitar al estudio concreto de esas dos obligaciones, la de entregar la cosa objeto de la venta y la de su saneamiento, obligaciones que, por otra parte, no son las únicas que ha de cumplir el vendedor ya que en la compraventa, como obligaciones adicionales a la de entrega y saneamiento de la cosa vendida, podemos destacar la de su conservación, la de entregar los frutos y accesorios de la misma, o los títulos de pertenencia y la de pagar los gastos de escrituración del contrato.

Dicho esto, en base al artículo 1461 del Código Civil podemos afirmar que mediante el contrato de compraventa el vendedor queda obligado tanto a la entrega de la cosa vendida, como a su «saneamiento»³, de ahí que el saneamiento sea una obligación del vendedor.

Establece el artículo 1474 del Código Civil, que: «*En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador:*

1.º *De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.*

2.º *De los vicios o defectos ocultos que tuviese.*

Por ello, llegamos a la conclusión de que se entenderá igualmente incumplido un contrato de compraventa tanto si no se entrega la cosa por parte del vendedor, como si la entrega se produce con falta de titularidad o con vicios o defectos ocultos.

Precisamente el objeto del presente artículo es el tipo de saneamiento recogido en el artículo 1474.1.º, es decir, el saneamiento al que tendrá que hacer frente el vendedor en caso de no otorgar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida; o dicho de otra forma, el saneamiento por evicción al que queda obligado el vendedor en un contrato de compraventa.

Pero, una vez explicado el saneamiento toca preguntarse: ¿qué es la evicción?

Con carácter previo a su estudio, considero oportuno definir el concepto de evicción a través del contenido del diccionario de la Lengua de la Real Academia Española⁴, definición que ya adelanto, considero más clara que la dada por nuestro Código Civil a la institución.

Por la RAE se entiende por «evicción», «*la pérdida de un derecho por Sentencia firme y en virtud de derecho anterior ajeno*».

Acto seguido define la RAE el término «prestar la evicción», estipulando que por tal acción se entiende «*cumplir el vendedor su obligación de defender la cosa vendida, o de sanearla cuando es ineficaz su defensa*».

En base a la definición expuesta podemos afirmar que la evicción es la privación al comprador de todo o parte de la cosa comprada, por Sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, lo cual origina sobre el vendedor la responsabilidad del saneamiento de la cosa vendida.

Por tanto, nadie se obliga a la evicción, sino que una vez producida esta se debe responder por ella.

Esta segunda definición de «prestar la evicción» dada por la RAE coincide además con esa doble faceta del saneamiento que define el profesor RODRÍGUEZ MORATA⁵, el cual considera que *«De esta forma, se entenderá mejor que en el concepto de “saneamiento” resulta preciso deslindar dos facetas esenciales: su consideración como “garantía”, que se manifiesta en la primera fase o situación de riesgo de evicción; y su desenvolvimiento como “medida de responsabilidad”, una vez producido el daño en que se concreta la evicción»*.

Por su parte, el Código Civil establece en su artículo 1475⁶ que la evicción requiere tres requisitos concretos, como son: a) *una Sentencia firme*, b) *basada en un derecho anterior a la compra*, y c) *que prive al comprador de toda o parte de la cosa comprada*, por lo que de dicho artículo se desprende que no puede existir evicción sin Sentencia firme que prive al poseedor de la cosa comprada⁷.

En cambio, poco después, el propio Código, esta vez mediante sus artículos 1481⁸ y el 1482⁹, da a entender que la evicción existe desde antes de la Sentencia firme, ya que en dichos artículos se usan los términos *demanda de evicción* y *citados de evicción*, refiriéndose ambos a la propia evicción en momentos procesales anteriores a la Sentencia firme exigida en el artículo 1475, lo cual puede llevar a confusión.

Es por ello por lo que considero más acertada la definición dada por el Diccionario de la RAE al distinguirse en ella entre evicción y prestar la evicción, aclarando así un poco más las ideas sobre el concepto, cosa que personalmente echo de menos en la redacción de la figura dada por el Código.

Concluyendo ya con el presente apartado, y tras habernos detenido independientemente en los términos «saneamiento» y «evicción», entiendo oportuno resaltar la visión de nuestro Tribunal Supremo respecto a ambos conceptos cuando establece en su Sentencia de 21 de marzo de 2014 establece que *«No cabe duda que el instituto de la evicción atesora uno de los mayores legados históricos de nuestro sistema jurídico, particularmente como figura clave del desenvolvimiento técnico del contrato de compraventa. De su elegante significado jurídico da buena cuenta los antecedentes etimológicos griegos y latinos en donde, sobre la base de una victoria total o plena (evincere), la evicción viene a significar el vencer al adversario de tal forma que no pueda conservar la posesión, con lo que se resalta el acto por el que un reivindicante consigue judicialmente la cosa que ha pasado a un tercero. Aunque nuestro Código Civil no distingue las distintas fases que encierra la dinámica del fenómeno de la evicción, que subyacen en la clásica expresión latina de «praestare evictione» (garantizar contra el riesgo o el peligro de evicción), no obstante, el juego de las mismas queda reflejado en la extensión del significado jurídico de nuestro término referido al saneamiento, esto es, como acción y efecto de sanear, (art. 1474 del Código Civil), proyectándose la defensa de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida («habere licere» del comprador) tanto en la fase obligacional derivada del contrato (pendente evictione), como una acción de defensa y protección del derecho transmitido, como en la fase de responsabilidad o comunicación de la evicción con el consiguiente contenido indemnizatorio»*.

Por todo lo anteriormente expuesto, personalmente considero que el saneamiento por evicción puede definirse como la obligación del vendedor de responder frente al comprador de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida, o dicho de otra forma, el saneamiento por evicción en la compraventa protege al comprador frente a la falta de titularidad del vendedor en el momento de la venta.

II. REQUISITOS QUE REQUIERE LA ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

A los tres requisitos del artículo 1475 del Código Civil mencionados con anterioridad, *privación al comprador de todo o parte de la cosa comprada mediante Sentencia firme y basada en un derecho anterior a la compra*, hemos de incluirle otros dos recogidos en el artículo 1482 del mismo cuerpo legal, sin los cuales no puede ejercitarse la acción de saneamiento por evicción, como son: el de *la notificación al vendedor de la demanda de evicción a instancia del comprador*, y *ejercer la acción dentro de plazo*.

A continuación nos centramos en el estudio independiente de cada uno de los requisitos expuestos:

A) Privación al comprador de todo o parte de la cosa comprada

Entiendo que debe producirse una privación definitiva de la cosa comprada, por lo que el saneamiento por evicción no podrá darse contra perjuicios que puedan repararse o que supongan una privación momentánea de la cosa adquirida por el comprador.

Por privación hemos de entender la desposesión (al comprador en este caso) de lo que posea (la cosa comprada), exigiéndose previamente entonces la tradición de la misma.

Por tanto la evicción debe suponer siempre la desposesión total o parcial del bien comprado, por lo que no dará lugar a la obligación de saneamiento por evicción la perturbación del comprador en la posesión o dominio de la cosa adquirida, en cuyo caso quedará protegido por el derecho que le otorga el artículo 1502¹⁰ del Código Civil, el cual concede al comprador una acción denominada por parte de nuestra doctrina como «*acción de eminente evicción*», mediante la que el propio comprador podrá suspender el pago del precio acordado en el contrato, hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro sobre la posesión o dominio de que se trate.

Entiendo necesario dejar expuesto desde este momento que los efectos de encontrarnos ante una privación total o parcial de la cosa comprada son diferentes, tal y como analizaremos a continuación.

B) Privación en virtud de Sentencia firme

Para que el vendedor tenga que hacer frente al saneamiento por evicción, el comprador ha debido ser condenado mediante Sentencia firme. De hecho, recoge el artículo 1475 del Código Civil en su párrafo primero que «*tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por Sentencia firme*», y el 1480 establece que «*el saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído Sentencia firme*».

En base a ello, se entiende como causa única de privación de la posesión la Sentencia firme, por lo que no obligará al vendedor al saneamiento por evicción ninguna Sentencia judicial que no lo sea, es decir, que haya sido recurrida.

Sin embargo, alguna vez el Tribunal Supremo ha equiparado con Sentencias firmes ciertas resoluciones administrativas que han supuesto la desposesión de la cosa para el comprador (STS de 7 de junio de 1956 y 27 de mayo de 1957), quedando obligado igualmente en estos casos el vendedor al saneamiento por evicción.

Lo que en mi opinión no debe equipararse nunca a las Sentencias firmes que dan lugar a la exigencia del saneamiento por evicción es el allanamiento del comprador frente a la demanda de un tercero (STS de 26 de junio de 1913), ya que si no quedaría simplemente en manos del comprador el ejercer contra el vendedor la acción de saneamiento por evicción¹¹, vulnerándose con ello el derecho del vendedor de prestar la evicción, es decir, que este haya tenido ocasión de intervenir y defenderse en el procedimiento.

C) Privación por un derecho adquirido con anterioridad a la compra

Lo primero que hemos de reflejar respecto a este requisito es que será válido cualquier tipo de derecho anterior al perfeccionamiento del contrato como origen de la pérdida del derecho de propiedad sobre lo comprado.

En este sentido, recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 2009, que *«la normativa sobre responsabilidad por evicción no especifica ni distingue qué tipo de derecho anterior al perfeccionamiento del contrato de compraventa ha de ser el que provoque la pérdida del derecho de propiedad sobre lo comprado, artículo 1475 del Código Civil (LEG 1889, 27), ni por medio de qué mecanismo jurídico, más allá de exigir la existencia de una Sentencia firme que declare dicha pérdida, artículo 1480 del Código Civil»*.

Por otra parte, este derecho en virtud del cual se haya privado al comprador de la cosa comprada en su día ha de ser anterior a la compra, como se recoge en el propio artículo 1475 del Código Civil.

Esto se entiende como un acto natural a la propia obligación del vendedor de sanear por evicción, ya que si el acto que origina la privación del comprador de la cosa adquirida fuese posterior a la compraventa, no podría imputársele al vendedor.

Así, por ejemplo, recoge nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia¹² de 17 de julio de 2007, que *«cualquier privación que sufra el comprador, sea total o parcial, de la cosa adquirida por compraventa dará lugar a la obligación de sanear por parte del vendedor, salvo que ello ocurra en virtud de un derecho que sea posterior a la celebración de la compraventa»*.

Y precisamente resulta muy interesante al respecto la Sentencia de 19 de diciembre de 2013 de nuestro Alto Tribunal que traigo a colación, respecto a unos demandantes que intentan hacer valer la acción de saneamiento por evicción contra el que le vendió una casa cuya compraventa fue finalmente anulada. Sin embargo, en este supuesto, la persona que consiguió anular la compraventa (primera vendedora) no tenía ningún derecho anterior sobre el inmueble, sino que al venderlo se reservó la posibilidad resolver una posible venta del inmueble siempre y cuando el nuevo comprador llevase a cabo la venta dentro de los dos años siguientes a su adquisición, tal y como finalmente ocurrió. Expone literalmente la Sentencia referida que *«Es manifiesto que antes de que dicho señor la vendiera, doña Marcelina no tenía derecho alguno sobre la vivienda ni a ella. Realmente, solo estaba favorecida por la posibilidad del futuro ejercicio de una facultad de configuración jurídica: la de resolver las dos ventas de cumplirse la «conditio iuris» de que la segunda se perfeccionase antes de vencer el plazo previsto en el apartado 1 del artículo 51 del Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (RCL 1964, 2885) . Esa mera expectativa de un derecho subjetivo —del tipo de los llamados potestativos—, el cual no nació hasta el momento de la segunda venta, no merece ser calificado como derecho anterior a esta, a los efectos del artículo 1475 del Código Civil»*.

Como señaló el Tribunal de apelación, los recurrentes tenían la facultad de reclamar los efectos restitutorios de la resolución del contrato que habían celebrado, pero no los del saneamiento por evicción.

D) Notificación al vendedor de la reclamación judicial

Establece el artículo 1481 del Código Civil que *«el vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento»*.

La conclusión principal a la que hemos de llegar una vez expuesto el artículo anterior es que sin notificación al vendedor de la demanda formulada contra el comprador, no tendrá derecho este último al saneamiento por evicción de la cosa comprada.

Argumenta el Tribunal Supremo en su Sentencia¹³ de 12 de marzo de 2008 que *«la situación planteada en el caso presente entre los demandados y su vendedor se encuadra dentro del marco propio de las obligaciones del contrato de compraventa y, en concreto, de la obligación del vendedor al saneamiento por evicción, por lo que la parte demandada estaba facultada para solicitar, según lo dispuesto en el artículo 1482 del Código Civil, la notificación de la demanda a su vendedor a efectos de que pudiera comparecer y contestarla, sin que en modo alguno pueda exigir de la parte actora que sea ella quien proceda a demandar a aquel a quien nada reclama»*.

Por tanto, la citación del vendedor puede entenderse como una carga para el comprador y una facultad del vendedor. Carga para el comprador en el sentido de que el éxito de una futura acción de saneamiento por evicción depende de que en el momento procesal oportuno, este haya solicitado al órgano judicial competente la notificación de la demanda al vendedor; y la misma se produzca correctamente. Pero, al mismo tiempo, entiendo que puede considerarse la citación como una facultad del vendedor porque, una vez citado, este tendrá la posibilidad de aportar sus defensas y pruebas contra la reclamación del tercero, lo cual puede derivar en la desestimación de la demanda del tercero contra el comprador, o lo que es lo mismo, en la imposibilidad de una futura demanda de saneamiento de evicción del comprador contra el vendedor.

Una vez que le notifican la demanda de evicción contra el comprador, el vendedor queda facultado para intervenir o no en el procedimiento, si bien, de no hacerlo otorgará al comprador la posibilidad de ejercer contra él la acción que da título al presente artículo, mientras que si se persona en el procedimiento, la facultad del vendedor no se limita a la defensa del comprador; sino que también podrá defender sus propios derechos alegando lo que considere oportuno, lo cual es conocido en nuestro sistema jurídico como «llamada en garantía».

En tal sentido, nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia¹⁴ de 7 de febrero de 1998 expone que *«la posibilidad de llamar al proceso (llamada en garantía) al vendedor de una cosa, ante un posible supuesto de saneamiento por evicción, es una facultad que corresponde única y exclusivamente al comprador de dicha cosa, pero en ningún caso es un derecho (y menos un deber) que corresponda al tercero que ejercita una acción reivindicatoria de la referida cosa, el cual ha de limitarse a demandar al que, atribuyéndose la titularidad dominical de la cosa, se halle en la posesión de la misma»*.

La notificación deberá realizarse tal y como establece el artículo 1482 del Código Civil, que remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, otorgando al comprador

la facultad de solicitar la notificación al vendedor dentro del plazo previsto para su propia contestación a la demanda, la cual se suspenderá hasta que el vendedor no conteste o finalice el plazo concedido para ello sin haberla contestado, momento en el cual se reanuda el plazo concedido en su día al comprador para contestar la demanda.

No obstante, podría darse el caso de que un vendedor al que no le haya sido notificada la demanda por evicción, aún así sea condenado al saneamiento por evicción. Así se recoge en la STS de 10 de mayo de 1966¹⁵, mediante la cual se condenó al saneamiento por evicción al vendedor por entender suficiente la Sala el hecho de que este tuviese conocimiento extraprocesal de la demanda evicción, como lo demuestra el que le facilitase al comprador los medios de defensa frente al tercero demandante.

Llegados a este punto cabe plantearse qué ocurriría si una vez notificada la demanda al vendedor, este decide no personarse en el procedimiento. ¿Quedaría obligado el comprador a continuar con la demanda o estará facultado a allanarse? Como expusimos con anterioridad, el allanamiento por parte del comprador antes de dar traslado al vendedor le privaría automáticamente del posible saneamiento por evicción que le correspondiese. Sin embargo, una vez notificada y no habiendo comparecido el vendedor, ¿qué sentido tiene obligar al comprador a hacer frente a una serie de gastos (los del pleito) cuando sabe de antemano que va a salir condenado? ¿Sería lógico obligar a la persona que se ha visto privada de la cosa comprada, y que no tiene ninguna culpa, a hacer frente a los gastos de dos pleitos diferentes (este primero y el segundo de saneamiento por evicción)?

Por mi parte coincidido plenamente con el profesor GARCÍA CANTERO¹⁶, el cual considera que *«siguiendo la opinión mayoritaria estimo que el comprador demandado podrá allanarse a la demanda pues no parece justo obligarle a seguir un pleito que el propio vendedor no ha considerado oportuno defender»*.

En el mismo sentido se pronuncian DÍEZ PICAZO y GULLÓN¹⁷ que entienden que *«no debe privarse al comprador de la evicción si se allanó a la demanda porque no tenía posibilidad de defenderse solo, aunque correrá a su cargo la prueba de esta circunstancia si quiere que su pretensión contra el vendedor prospere»*.

Opinión contraria le merece el tema a LACRUZ BERDEJO¹⁸, que considera que: *«Así como el comprador demandado no puede allanarse a la demanda antes de dar opción al vendedor de intervenir en el proceso, es más dudoso si, una vez notificado este y no comparecido, está obligado el primero a continuar el pleito por todos sus trámites hasta Sentencia. El Código así parece exigirlo, y la evitación de confabulaciones en perjuicio del vendedor que deba responder de evicción lo sugiere»*.

Pero yendo un poco más allá, podemos encontrarnos también ante la situación de que el comprador no se allane, sino que ejerza una defensa negligente del bien. ¿Quedaría facultado el vendedor a oponerse a la acción de saneamiento? Por mi parte entiendo que dicha facultad del vendedor quedará vinculada a si se personó o no en su día en el proceso, ya que si no lo hizo, considero que la despreocupación judicial mostrada por el vendedor a la hora de defender el contrato deberá inhabilitarle para oponerse a la acción de saneamiento por evicción que el comprador pudiese ejercer contra él.

Sin embargo, en los supuestos en los que el vendedor sí se persone en las actuaciones judiciales realizando una defensa correcta a favor del comprador, y aún así la acción de evicción prospera por el comportamiento negligente del propio comprador, entiendo que el vendedor podrá oponerse a la demanda de saneamiento dirigida contra él.

E) Ejercicio de la acción dentro de plazo

La Ley en lo referente a la acción de saneamiento por evicción no fija un plazo de garantía, ni un plazo de prescripción o caducidad. Por tanto, en ausencia de plazos específicos y en base a lo expuesto en el artículo 1964 del Código Civil, se aplicará el plazo general de los 15 años, cuyo *dies a quo* será el primero desde que pudo ejercitarse la acción de saneamiento, o sea, desde el día que existe Sentencia firme que condene al comprador a la pérdida total o parcial de la cosa.

III. POSIBLES PACTOS SOBRE EL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

El saneamiento por evicción es para el Código Civil español, no un efecto esencial de la compraventa, sino uno natural que le acompaña siempre cuando nada se ha dicho al respecto. A esta conclusión se llega en base a lo establecido en el 2.º párrafo del artículo 1975 del Código, que recoge que *«El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato»*.

Es concretamente por no ser esencial el saneamiento por evicción respecto a la compraventa, por lo que se admite en él la posibilidad de ciertos pactos a los que pueden llegar las partes, como estipula el mencionado artículo 1975 del Código Civil en su párrafo 3.º, *«Los contratantes sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor»*.

Hemos de exponer que si bien en lo referente a la posibilidad de allanarse el comprador en la demanda de evicción considerábamos que actuaba el Código en beneficio del vendedor al no admitir en ningún momento tal posibilidad, aquí, en cuanto a la posible renuncia o reducción del saneamiento, entendemos que el Código intenta salvaguardar la figura del comprador.

Así dispone por su parte el artículo 1476 del Código Civil que *«Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte»*. Por mala fe hemos de entender cuando el vendedor conocía la causa de evicción y la ocultó al comprador; y el 1477 del mismo Código, que expone que *«Cuando el comprador hubiese renunciado al derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea este, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias»*.

Como podemos apreciar, la idea que se desprende del Código es la de proteger en todo momento al comprador, aún habiéndose alcanzado cualquier tipo de renuncia o de reducción sobre el saneamiento, quedando este únicamente privado de cualquier posibilidad de saneamiento cuando *renuncia* con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias, entendiéndose en este caso que el comprador conocía las causas de evicción y aún así decidió comprar.

En cuanto al aumento del contenido de la obligación se entiende por la doctrina como una cláusula de penalización, como por ejemplo, pactar que en lugar del precio actual de la cosa deberá abonarse al comprador el precio más alto que haya alcanzado esta desde que se perfeccionó el contrato de compraventa hasta que tuvo lugar la evicción.

Una vez expuesto todo lo anterior, hemos de admitir que, como bien apunta LASARTE¹⁹, lo cierto es que en la práctica, salvo supuestos rarísimos, los pactos relativos a la obligación de saneamiento por evicción son virtualmente desconocidos.

IV. EFECTOS DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

Los efectos de la evicción, siempre y cuando no haya renunciado el comprador al saneamiento con conocimiento de los riesgos de evicción, podrán ser diferentes según nos encontremos ante una *evicción total o parcial*.

a) Evicción Total

Se regula en el artículo 1478 del Código Civil, el cual establece: «*Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:*

1.º *La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.*

La redacción del presente artículo 1478.1.º del Código se debe a la dada en su día por GARCÍA GOYENA en el Proyecto del Código Civil de 1851, concretamente en su artículo 1401.1.º.

Lo primero que ha de quedar claro en referencia a dicho precepto del artículo 1478 es que el Código Civil, cuando habla de *precio* de la cosa, en realidad se está refiriendo a su *valor*, por lo que obligatoriamente conllevará a una tasación de la misma.

En dicha tasación, tal y como expone GARCÍA CANTERO²⁰, deben prevalecer criterios objetivos, sin que el precio de venta sea un criterio determinante, ya que expresamente advierte el Código Civil «*sea mayor o menor que el de la venta*». Por tanto, deberá restituir el vendedor al comprador el valor que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.

A mi juicio, y más en los tiempos que corren, esta redacción dada por el Código puede proteger más al vendedor que incurrió en evicción que al propio comprador que la sufrió, ya que en nuestro sistema actual, el comprador que hace años adquirió un bien inmueble y que se vea privado del mismo a día de hoy por evicción, únicamente percibirá el valor actual de dicho bien, por lo que, vista la caída del sector inmobiliario de los últimos años, entiendo lógico que saldría beneficiado el vendedor.

Igualmente ocurre con los bienes muebles, pudiéndose nombrar como más claro ejemplo el de los vehículos a motor²¹, que es el tipo de bienes cuyo valor más se deprecia en el mercado, aunque hay que reconocer que otros tipos de bienes muebles, como pueden ser las obras de arte, ven fluctuar su valor a lo largo del tiempo, por lo que puede darse, aunque tampoco es seguro, que el valor de la cosa sea mayor en el momento de la evicción que cuando se produjo la compraventa.

Por todo ello, particularmente considero que es más lógica la interpretación del asunto que se da en ciertos ordenamientos vecinos, como el francés, portugués o italiano, en los que se fija el carácter restitutorio de la evicción en el precio de la cosa vendida, y no en el valor que ostente en el momento de su evicción, es decir, que si al producirse la evicción el bien vale menos que en el momento de la venta, el vendedor deberá restituir la totalidad del precio.

Aunque, en mi opinión, y siempre desde la perspectiva de protección del comprador que se ha visto desposeído de la cosa que compró en su día, considero más coherente que el vendedor quedase obligado a restituir el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción siempre que este fuese mayor al precio

de la venta, y solo cuando fuese menor que se respetase el precio entregado en el momento de la venta.

2.º *Los frutos o rendimientos si se le hubiera condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio.*

Dicho punto no debe plantear excesivas dudas en cuanto a su interpretación, ya que se refiere al derecho que tiene el comprador de exigirle al vendedor el reintegro de los frutos o rendimientos que se haya visto obligado a entregar a quien le haya vencido en juicio, es decir, al que resulta ser el verdadero dueño de la cosa.

En cambio, las relaciones entre comprador y tercero reivindicante deben regir por lo establecido en los artículos 451 y siguientes del Código Civil, referidos a la liquidación del estado posesorio con carácter general.

3.º *Las costas del pleito que hayan motivado la evicción y, en su caso, las del seguido con el vendedor por el saneamiento.*

Si bien es cierto que ateniéndonos a su literalidad este tercer punto no resulta excesivamente complejo de interpretar, la realidad en nuestro Ordenamiento es otra, ya que la cuestión no es pacífica en la doctrina española.

Lo único sobre lo que no cabe duda es que el precepto exige una Sentencia firme en un procedimiento entre el tercero y el comprador, no siendo necesario en cambio la existencia de un segundo procedimiento entre comprador y vendedor, pudiendo indemnizar este de forma extrajudicial al comprador.

Empezamos a encontrarnos con posicionamientos diversos entre autores en cuanto al término *costas del procedimiento* a los que el vendedor tendrá que hacer frente una vez confirmada la evicción, así como decretado su saneamiento también de forma judicial.

Entiende LASARTE²² que *«es obvio que el comprador solo tendrá derecho a reclamar las costas judiciales (sea de uno o ambos procesos) cuando efectivamente haya debido afrontarlas por haberle sido impuestas»*; sin embargo, para GARCÍA CANTERO²³, con el que coincido plenamente, *«si como es habitual, el primer proceso finaliza sin expresa imposición de costas, el comprador tendrá derecho a ser reembolsado de las que hubo de sufragar como demandado y que hubieran sido necesario para la llevanza del pleito; no podrá incluir la minuta de letrado si, según la ley, su asistencia no era precisa»*.

Es decir, que entiende que la minuta del letrado a la que ha debido de hacer frente el comprador en el pleito que un tercero ha interpuesto contra él por la cosa comprada, también deberá ser afrontada por el vendedor cuando el juez no imponga las costas a ninguna de las partes.

El segundo punto que conlleva a diferentes posturas doctrinales es la interpretación de la segunda parte del párrafo estudiado, en concreto del *«y en su caso las (costas) del seguido con el vendedor para el saneamiento»*.

Existen autores que consideran que el referido *«y en su caso»* equivale a *«en todo caso»*. Expone SCAEVOLA²⁴ en este sentido que *«si el comprador se ha limitado a reclamar la recta aplicación del artículo 1478, y el vendedor ha continuado el litigio en estas condiciones, las costas han de serle impuestas en todo caso. La Sentencia que declaró la evicción equivale a un título ejecutivo, que lleva aparejado todas las consecuencias que el artículo 1478 señala. Por la misma razón se imponen de precepto las costas en el juicio ejecutivo al demandado contra quien se sigue»*.

Sin embargo, existe otra corriente de autores²⁵ que considera que en este segundo procedimiento de saneamiento por evicción no quedará obligado el vendedor *«en todo caso»* al reembolso de las costas originadas al comprador, sino únicamente cuando así lo determine la Sentencia correspondiente.

4.º *Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.*

Es, a mi modo de ver, el párrafo del artículo 1978 que menos dudas origina. Debe entenderse que el comprador, cuando haya hecho frente a ciertos gastos del contrato, una vez sea firme la Sentencia de evicción, tendrá derecho a que se proceda al reembolso de los mismos.

Por gastos del contrato no debe entenderse los del contrato únicamente, sino todos aquellos que derivan del acto administrativo posterior (impuestos, Notaría, etc.).

5.º *Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato si se vendió de mala fe.*

Por mala fe debemos entender cuando el vendedor, aún a sabiendas de que el bien pertenece a un tercero, lo vende como si fuese suyo. Por tanto, en base a este 5.º apartado del artículo que venimos estudiando, los vendedores de mala fe deberán hacer frente a los gastos recogidos en los cuatro primeros apartados, así como a los recogidos en este quinto y último, entre los que se diferencian: daños, intereses, y gastos voluntarios o de puro recreo u ornato.

Por daños deberán entenderse cualquiera que sufra el comprador a consecuencia de la venta y que no quedasen recogidos en los apartados anteriores del artículo 1978, teniendo por tanto que demostrarlos el comprador.

Sobre los intereses, lo que no cabe duda es que no podemos tener como referencia a la hora de calcularlos el precio de la cosa, dado a la actualización de su valor que establece el párrafo primero del artículo 1978, por lo que parece más apropiado calcularlos en base al valor otorgado a la cosa en el momento de evicción.

En cuanto a si deberán incluirse dentro de los intereses el lucro cesante al que ha podido quedar sometido el comprador, todo dependerá de si entendemos que hay que acudir al artículo 1106²⁶ del Código Civil en sede de incumplimiento. En dicho sentido existen dos corrientes de autores: los que consideran que sí debemos remitirnos a dicho artículo, como RODRÍGUEZ MORATA²⁷, y los que entienden que no, como GARCÍA CANTERO²⁸.

Por mi parte en esta ocasión vuelvo a coincidir con GARCÍA CANTERO, ya que considero que el legislador ha pretendido establecer una norma concreta para estos casos en el artículo que venimos estudiando, y de ser la intención del legislador la de remitirse a lo dispuesto en el artículo 1.106 entiendo que expresamente tendría que haber quedado así recogido.

Por último, centrándonos ya en los gastos voluntarios o de puro recreo, entiendo que se refiere a las mejoras que haya afrontado el comprador únicamente en los casos en los que la valoración del bien una vez producida la evicción sea menor que la de la venta, ya que, de no ser así, de valorarse por encima del valor de la venta y pagarse igualmente las mejoras efectuadas, se estaría indemnizando doblemente al comprador por los mismos conceptos, ya que se estaría pagando el valor de la cosa en el momento de evicción que es más alto al que se entregó en su día, y al mismo tiempo se estarían pagando independientemente las reformas o mejoras que han dado origen a que el valor de la cosa sea mayor en el momento de la evicción que en el de la venta, por lo que se estarían pagando, al menos así lo entiendo yo, dos veces por los mismos conceptos.

b) Evicción Parcial

La evicción parcial queda regulada en el artículo 1479 del Código Civil, el cual establece que «Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte

de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiese comprado, podrá exigir la rescisión del contrato; pero con la obligación de devolver la cosa sin más gravámenes de los que tuviese al adquirirla.

Esto mismo se observará cuando se vendiesen dos o más cosas conjuntamente por un precio alzado, o particular para cada una de ellas, si constase claramente que el comprador no habría comprado la una sin la otra».

La primera duda que surge dada la redacción del artículo es: ¿qué importancia tenía que tener la parte perdida para el comprador para justificar que sin dicha parte no la hubiese comprado? O dicho con otras palabras, ¿cómo sabremos si la parte evicta era o no importante para el comprador, y cuánto?

Ciertamente, ateniéndonos a la literalidad del Código debemos llegar a la conclusión de que el comprador no tiene que demostrar la importancia que para él supone la parte evicta, sino que, en todo caso, la carga de la prueba pesaría sobre el vendedor para prohibir al comprador ejercer la facultad que venimos estudiando.

Pero la cuestión que más debate plantea en nuestro ordenamiento es la naturaleza de la acción prevista en el artículo 1479. Al respecto, lo que parece claro es que existe un error en nuestro Código a la hora de denominar dicha acción como de «rescisión del contrato», lo cual es imposible debido a la incompatibilidad entre los artículos 1479 y el 1295²⁹ por exigir este último la devolución de la cosa sin más cargas que las existentes al tiempo de la compra, supuesto inviable tras producirse la evicción, así como el de devolver los frutos si se le condenó a hacerlo al evicente.

Al respecto existe una doble corriente doctrinal, como son los que apoyan que la terminología correcta para la acción del artículo 1479 es la de «acción de desistimiento contractual», como ALBALADEJO³⁰, que sostiene que «si la evicción fue parcial, pero de tal importancia que sin la parte perdida no se hubiese comprado la cosa, podrá el comprador exigir el saneamiento parcial o desistir del contrato por completo y, además, ser indemnizado por los daños sufridos», y los que abogan por denominar el cambio como «acción de resolución por incumplimiento del contrato»³¹.

V. SANEAMIENTO POR CARGAS OCULTAS

El último artículo de la Sección de nuestro Código dedicado al saneamiento por evicción es el artículo 1483 del Código Civil, el cual establece que: «Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente. Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización. Transcurrido el año, solo podrá reclamar la indemnización dentro de un periodo igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre».

Una vez expuesto el contenido del artículo, imperativamente nos debe rondar por nuestro pensamiento si tiene sentido regular el saneamiento por cargas ocultas dentro de la sección dedicada al saneamiento por evicción. O dicho de otra forma, ¿no sería más lógico encuadrarla en el apartado dedicado al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida?

Esta cuestión se viene planteando en nuestra doctrina a lo largo del tiempo, existiendo al respecto diferentes posturas doctrinales.

El saneamiento de cargas ocultas no coincide con el saneamiento por evicción al no exigirse Sentencia firme para su ejercicio y no suponer la privación de la cosa para el comprador, por lo que no comparto la idea de LASARTE³² de definir el artículo 1483 de nuestro Código como de «*evicción de cargas o gravámenes ocultos*».

Pero es que tampoco coincide con el saneamiento por vicios ocultos por no tener las mismas consecuencias, y es debido a ello, a que no coincide con ninguna de las modalidades existentes de saneamiento, por lo que coincido con los autores³³ que consideran este supuesto como una tercera posible modalidad de saneamiento, independiente del saneamiento por evicción o por vicios ocultos.

De lo que no cabe ninguna duda es de que para estar refiriéndonos a un caso de saneamiento por cargas ocultas han de cumplirse una serie de requisitos, los cuales pasamos a enumerar:

1. Que la finca esté gravada con alguna carga o servidumbre. Por tanto hemos de llegar a la conclusión, al usar nuestro Código el término «finca», de que nos referimos exclusivamente a bienes inmuebles, nunca a bienes muebles.

2. Que sobre dichos bienes inmuebles pesasen gravámenes ocultos. Para ser considerados como tales, dichos gravámenes, en base a lo expuesto en el artículo 1.483, no pueden estar mencionados en la escritura (ya sea escritura privada o documento notarial, porque de ser así no cabría con posterioridad alegar su desconocimiento), ni podemos estar hablando de cargas aparentes, es decir, que pudieron haberse conocido. Tampoco puede tener conocimiento previo el comprador de tales gravámenes, como es lógico.

Pero el problema fundamental en cuanto a si debe considerarse oculto o no un gravamen radica en aquellos supuestos en los que, pese a no haber sido declarados en la escritura, sí estaban inscritos en el Registro de la Propiedad. En este sentido, la jurisprudencia más reciente y la mayor parte de la doctrina entienden que no podrá aplicarse el artículo 1483 del Código Civil cuando la carga o el gravamen goza de publicidad registral, pues el contenido del Registro se presume conocido por todos.

Sin embargo, coincido con LASARTE³⁴ en que, si bien la lógica actual implica la respuesta negativa, el sentido del precepto y su procedencia histórica nos hacen llegar a la conclusión de que dado que no existe obligación alguna para el comprador de consultar el Registro, puede lícitamente argüir su buena fe frente al vendedor aunque no lo haya consultado.

Por mi parte llego a esta conclusión por la brevedad del plazo que el legislador otorga al comprador a la hora de ejercer la acción rescisoria (no tanto la acción indemnizatoria), y es que me sorprende que únicamente se le conceda un año desde el otorgamiento de la escritura (frente a los 4 años otorgados en base al art. 1299 y 1301), lo que puede llegar a entenderse como un camino intermedio: no se le niega al comprador la acción de saneamiento recogida en el artículo 1483 por no haber consultado el Registro, lo cual choca con que sí se le priva en cambio de dicha acción cuando la carga o servidumbre es aparente, es decir, que pudo haberse producido, pero tampoco responsabiliza exclusivamente al vendedor por no haber declarado las cargas.

Cuestión diferente serían los casos en los que la carga estuviese inscrita en el Registro y el comprador lo supiese, pero el vendedor declarase que está extinguida dicha carga; o si el vendedor no declara dicha carga y ni siquiera consta inscrita en el Registro. En dichos casos no se acudiría a lo establecido en el artículo 1483, por ser este más perjudicial para el comprador que la de nulidad por error del comprador o por dolo del vendedor.

3. Que la carga sea importante, de tal naturaleza que deba entenderse que de haberla presumido el comprador no la habría adquirido. Volvemos a encontrarnos ante un caso como el estudiado anteriormente en cuanto la evicción parcial. ¿Tiene que justificar el comprador la importancia que para él supone la carga o gravamen oculto en el bien comprado? Igualmente aquí se trata de un criterio objetivo, no recayendo en ningún caso, considero, la carga de la prueba sobre el comprador.

Por último, pasamos a estudiar los efectos de la acción aquí estudiada. El comprador dispone de dos acciones a su elección: la acción de rescisión del contrato y una acción indemnizatoria.

El cómputo de los plazos no queda del todo claro, sobre todo en cuanto a la posible acción indemnizatoria se refiere, ya que en este caso, si bien no hay duda de que el plazo es de un año, la duda surge en cuanto al inicio del cómputo de tiempo, llegándose a la conclusión de que en la mayoría de los casos, dependerá de la voluntad del comprador; ya que el Código estipula en el párrafo 2.º del artículo 1483 que transcurrido el año desde el otorgamiento de la escritura, solo podrá reclamar la indemnización el comprador dentro un periodo igual (un año), *a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre*, por lo que se estará al momento en el que el comprador reconozca haber descubierto la carga o servidumbre, siempre que no pueda probarse de otra forma.

De lo que no cabe duda es que el plazo para ejercer la acción rescisoria, queda extinguido por caducidad al año del otorgamiento de la escritura o del documento correspondiente.

Por tanto, debemos llegar a la conclusión de que el inicio del cómputo del año para que el comprador ejerza la acción rescisoria del contrato será siempre al día siguiente de su propia celebración, mientras que el inicio del cómputo del año para ejercer la acción de indemnización puede iniciarse, por ejemplo, 5 años después de celebrado el contrato, siempre y cuando el comprador haga constar que desde ese día concreto conoce la existencia de la carga o servidumbre.

Aunque una vez expuesto lo anterior, entiendo que en la práctica, si dichos plazos no coinciden, deberán al menos asemejarse bastante, porque lo lógico es que el comprador, una vez que empiece a usar la cosa (normalmente poco tiempo después de comprarla), se percate de la carga o servidumbre oculta que pesa sobre ella, y sea desde ese momento cuando lo haga constar, comenzando a correr el cómputo del año para exigir la acción indemnizatoria³⁵.

Para concluir con el estudio de la figura del saneamiento por evicción, hemos de exponer que no solo se da en la compraventa, sino en cualquier contrato oneroso con obligación de dar (arrendamiento, donación onerosa, partición de herencia.). A cada uno de estos contratos se aplicará la normativa del saneamiento en la compraventa, con sus respectivas adaptaciones³⁶.

VI. LA APUESTA DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA SUPRESIÓN DEL SANEAMIENTO POR EVICCIÓN EN LA REFORMA DE LA COMPRAVENTA EN EL CÓDIGO CIVIL

No solo en España, sino también en Europa, en los últimos años se ha producido la que algunos autores llaman una modernización del Derecho de obligaciones, erigiéndose en ella el contrato de compraventa como uno de los principales protagonistas.

Tanto es así, que la Comisión General de Codificación propuso un anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de compraventa, realizada

en 2005 y publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1988, de 1 de mayo de 2005, así como una propuesta de anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, publicada también en el Boletín del Ministerio de Justicia, en enero de 2009. Ambas propuestas fueron publicadas conjuntamente por el Ministerio de Justicia en un volumen del año 2009 titulado *«Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos»*.

El anteproyecto modifica el Código Civil en materia de contrato de compraventa con la finalidad de modernizarlo, incorporando a este cuerpo legal las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. Los referentes son, en este caso, la Convención de Viena y la Directiva 1999, 44, CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

En relación con el saneamiento por evicción es de destacar que en el apartado XI de su Exposición de Motivos, la propuesta³⁷ recoge que *«la reforma afecta, fundamentalmente, al régimen de los denominados saneamientos. (...) Afecta también al saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos, cuya regulación en el Código Civil no corresponde a las exigencias de la sociedad actual. Los saneamientos, como regímenes especiales de responsabilidad contractual, desaparecen y son sustituidos por una nueva regulación de los problemas acorde con las reglas generales del Derecho de obligaciones. En este punto la reforma está presidida por la idea de unificación del sistema de responsabilidad contractual. Aun siendo los saneamientos la materia principal de esta reforma, se ha juzgado necesario modificar también otros preceptos de la compraventa...»*.

También recoge literalmente en el apartado XII de su Exposición de Motivos que *«Junto a la obligación de entregar la cosa vendida, se impone el deber de que la misma sea conforme a las exigencias del contrato y se halle libre de derechos y pretensiones de tercero que no hayan sido previstos en el contrato»*.

El Artículo Tercero, del Capítulo X de la referida propuesta expone que *«Se modifican los artículos 1474 a 1496, comprendidos en la Sección 3.ª del Capítulo IV, del Título IV, del Libro IV del Código Civil, cuya redacción será la siguiente...»*.

Expone el artículo 1474 de la propuesta que *«La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato»*.

La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad».

Por ello, debemos llegar a la conclusión de que la obligación de saneamiento del vendedor, tanto por evicción como por vicios ocultos, se sustituye en la propuesta por el deber de este de entregar una cosa conforme al contrato y libre de derechos de terceros.

Igualmente, de la propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa, la idea de evicción es sustituida por la de las consecuencias jurídicas de la existencia de derechos de tercero sobre la cosa vendida que no fueran contemplados en el contrato, es decir, que son sustituidos por una regulación de los vicios jurídicos que a su vez son considerados como un incumplimiento del vendedor, tal y como se recoge entre los artículos 1490 y 1496 de la propuesta.

Y es que, el artículo 1490 establece que *«Si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482»*; y por su parte, el mencionado 1482 expone que *«En caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de*

estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere».

La Comisión General de Codificación reconoce algo que la doctrina ya había puesto suficientemente de manifiesto: la protección que el saneamiento por evicción ofrece al comprador no es la adecuada, lo que conduce a que su aplicación en la práctica sea limitada. Fundamentalmente por dos razones. La primera es que el comprador tiene que soportar un proceso en el que va a producirse la pérdida de la cosa para poder reclamar al vendedor. La segunda es que, si no media dolo del vendedor, el comprador solo está cubierto limitadamente por los daños sufridos. Es necesario, por lo tanto, incorporar el principio de conformidad en el Código Civil y sujetar los distintos supuestos de incumplimiento del vendedor a un mismo régimen³⁸.

VII. CONCLUSIONES

En mi opinión, y coincidiendo con ATAZ LÓPEZ³⁹, considero que la Comisión General de Codificación optase por desprenderse de la figura del saneamiento por evicción en la nueva regulación de la compraventa que propone, puede deberse principalmente a dos motivos:

El primero, el hecho de que el problema que la evicción intentaba resolver se plantea en la actualidad muchísimo menos, ya que tanto el artículo 464 del Código Civil como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria permiten en la mayoría de los casos proteger al comprador de la falta de titularidad del vendedor a través del procedimiento de la *adquisición a non domino*. En este sentido, cuando viene por el Registro de la Propiedad el artículo 38 de la Ley Hipotecaria hemos de completarlo con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que establece la presunción de exactitud registral a favor de tercero, es decir, el tercero que de buena fe adquiere conforme a la inscripción que se encuentra en el Registro, aunque esta titularidad de la propiedad no sea tal, se mantendrá al tercero como legítimo propietario (*adquisición a non domino*), al tener carácter de presunción *iure et de iuris*. Esta legitimación la tenemos presente en materia de bienes inmuebles, pero también la encontramos en los bienes muebles en el artículo 464 del Código Civil. Nos dice: «*la posesión de bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título*», por lo que, supuestamente, en base a este artículo 464, podremos hacer una adquisición de bienes muebles *a non domino* también.

Y el segundo motivo, sería el hecho de que la regulación del Código Civil en materia de evicción es generadora de litigiosidad en el sentido de que obliga al comprador incluso a litigar aunque sea consciente de que quien le reclama la cosa tiene razón, a lo que hay que sumar que en este procedimiento se dan una serie de medidas en contra del comprador, como la obligación de que se le notifique al vendedor la demanda si después quiere exigirle el saneamiento por evicción; o la posible situación antes expuesta de que el vendedor sea insolvente, por lo que el comprador deberá afrontar no solo la pérdida de la cosa comprada en su día, sino también, el pago de las costas que le hubiesen impuesto en el procedimiento de evicción, y de las cuales, tampoco responderá el vendedor dada su insolvencia.

Concluyo el presente artículo resaltando que solo el tiempo dirá si efectivamente la acción de saneamiento por evicción desaparecerá de nuestro Código Civil, ya que más de diez años después de su proposición, la propuesta de ley comentada sigue siendo solo eso, una propuesta.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sección 1.^a, de 21 de marzo de 2014.
- STS, Sección 1.^a, de 19 de diciembre de 2013.
- STS, Sección 1.^a, de 9 de marzo de 2009.
- STS, Sección 1.^a, de 12 de marzo de 2008.
- STS, Sección 1.^a, de 17 de julio de 2007.
- STS, Sección 1.^a, de 7 de febrero de 1998.
- STS, Sección 1.^a, de 10 de mayo de 1966.
- STS, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 1957.
- STS, Sección 1.^a, de 7 de junio de 1956.
- STS, Sección 1.^a, de 26 de junio de 1913.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 2.º. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- ATAZ LÓPEZ, J., Artículo 1445, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Director Rodrigo Bercovitz, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., Las obligaciones del vendedor. Modernización del Derecho español y armonización del Derecho Contractual europeo, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual*, 5.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
- GARCÍA CANTERO, G.: Comentarios a los artículos 1474 a 1483 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Editorial Edersa, Madrid, 1980.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho de obligaciones, Elementos de Derecho civil II, Volumen 2.º, Contratos y cuasi contratos, Delito y cuasidelito*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil III, Contratos*, 9.ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006.
- MÉNDEZ, R. M.ª: *Saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos en el contrato de compraventa*, Barcelona, Editorial Bosch, 1.999.
- O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo 2 (Obligaciones y Contratos), Volumen 1*, Editorial Dijusa, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil, concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIII, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada y puesta al día por F. Bonet Ramón, Madrid, 1970.

NOTAS

¹ En adelante Código Civil.

² Correspondiente a la Disposición general de la Sección Primera del Capítulo IV, *De las obligaciones del vendedor*, Título IV (*Del contrato de compra y venta*), Libro IV (*De las obligaciones y contratos*).

³ O deber de garantía, como se traduce en un amplio sector de la doctrina extranjera.

⁴ En adelante RAE.

⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 19.

⁶ Artículo 1475 del Código Civil: *Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por Sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.*

El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor.

⁷ Recordemos que el término evicción etimológicamente significa *evincere*, el acto de vencer a otro.

⁸ Artículo 1481 del Código Civil: *El vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento.*

⁹ Se recoge en el artículo 1482 de nuestro Código Civil: *El comprador demandado solicitará, dentro del término que la ley de Enjuiciamiento civil señala para contestar a la demanda, que esta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible.*

La notificación se hará como la misma ley establece para emplazar a los demandados.

El término de contestación para el comprador quedará en suspenso interin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada ley de Enjuiciamiento civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo.

Si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto del comprador, el término para contestar a la demanda.

¹⁰ Expone el artículo 1502 del Código Civil: *Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviera fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.*

¹¹ Imaginemos el supuesto en el que el comprador acuerda con un tercero que le demande con la intención de allanarse y dirigirse posteriormente contra el vendedor:

¹² STS 1.ª 17, 07, 2007-3317, 2000-EDJ2007, 100766.

¹³ STS 1.ª 12, 03, 2008-285, 2001-EDJ2008, 31024.

¹⁴ STS 1.ª 07, 02, 1998-3307, 1993-EDJ1998, 589.

¹⁵ RJ 1966, 2374.

¹⁶ GARCÍA CANTERO, G.: Comentarios a los artículos 1474 a 1483 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980, página 295.

¹⁷ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad extracontractual*, 5.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 276.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Vol. 2.º. Contratos y cuasi contratos. Delito y cuasidelito*, Editorial Bosch, 1990, p. 44.

¹⁹ LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil III, Contratos*, 9.ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 226.

²⁰ GARCÍA CANTERO, G.: *Op. cit.*, p. 301.

²¹ Como muestra la SAP Málaga, Sección 6.ª, de 14 de febrero de 2000, AC, 2000, 246, en la que se condenó al vendedor a pagar el precio del vehículo vendido en el momento de la evicción, que era menor al del momento de la venta.

²² LASARTE, C.: *Op. cit.*, p. 227.

²³ GARCÍA CANTERO, G.: *Op. cit.*, p. 304.

²⁴ SCAEVOLA, *Código Civil, concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIII, vol. 2.º, 2.ª edición revisada y puesta al día por F. Bonet Ramón, Madrid, 1970, p. 150.

²⁵ RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Op. cit.*, p. 277; GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 305.

²⁶ Establece el artículo 1106 del Código Civil: «La indemnización de daños perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

²⁷ RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Op. cit.*, pp. 245 y sigs.

²⁸ GARCÍA CANTERO, G.: *Op. cit.*, p. 307.

²⁹ Establece el artículo 1295 del Código Civil: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, solo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado».

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión».

³⁰ En tal sentido, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2.º. *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 7.ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, p. 30; RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Op. cit.*, pp. 304 y 305.

³¹ GARCÍA CANTERO, G.: *Op. cit.*, p. 310.

³² LASARTE, C.: *Op. cit.*, p. 228.

³³ MÉNDEZ, ROSA M.ª: *Saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos en el contrato de compraventa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1.999, la cual establece que «Por este motivo, y pese a que el Código Civil incluye el término gravámenes en una subsección que en realidad regula únicamente los defectos ocultos de la cosa, como vicios de carácter físico —no jurídico— hemos de entender, como así lo ha hecho algún autor, que la naturaleza del precepto —artículo 1483 del Código Civil— y su especial fundamento hacen que deba considerarse este supuesto como una tercera modalidad».

³⁴ LASARTE, C., *op. cit.*, p. 229.

³⁵ En tal sentido también se expresa LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 47, al afirmar que «los plazos, pues, no tienen que ser sucesivos —como pudiera parecer a primera lectura del artículo comentado— sino que las más de las veces coincidirán, en todo o en parte: ello dependerá del juego de las fechas de la escritura y del descubrimiento de la carga».

³⁶ En la misma línea XAVIER O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil, Tomo 2 (Obligaciones y Contratos)*, Volumen 1, Editorial Dijusa, Madrid, 2009, p. 337, cuando reconoce que «la obligación de saneamiento es aplicable a otras transmisiones del dominio a título oneroso: permuta, arrendamiento, enfiteusis, sociedad. Incluso se deduce la regla general de extensión de la obligación de saneamiento a todos los contratos onerosos».

³⁷ Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Gobierno de España, Ministerio de Justicia, 2009, p. 24.

³⁸ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V., Las obligaciones del vendedor. Modernización del Derecho español y armonización del Derecho Contractual europeo, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 655

³⁹ ATAZ LÓPEZ, J., Artículo 1445, en *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Director Rodrigo Bercovitz, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10195.

1.6. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil medioambiental desde la perspectiva del Derecho privado. Defensa del derecho de propiedad y medio ambiente privado*

Environment tort liability from the perspective of private law. Defense of property right and private environment

por

M.^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO

Profesora Titular de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: El ejercicio de la facultad de uso y disfrute del derecho de propiedad en un entorno saludable, está interrelacionado con el «derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (art. 45 CE).

El Derecho Privado ofrece para su tutela acciones que derivan de los derechos reales y de responsabilidad civil extracontractual por daños a intereses generales. Aunque el medio ambiente se regula profusamente por el Derecho Administrativo, la jurisdicción civil resulta también competente para conocer de los supuestos que, afectando directamente al medio ambiente, vulneren derechos subjetivos de particulares. El Derecho Civil ofrece acciones, ejercitables individual y colectivamente, en el ámbito de las relaciones de vecindad (inmisiones), responsabilidad civil, abuso del derecho, que deben contemplar las soluciones aportadas por el Derecho comparado, incluyendo las Directivas de la Unión Europea y los proyectos de Unificación del Derecho Privado Europeo.

ABSTRACT: The exercise of the right of use and enjoyment of property rights in a healthy environment, is intertwined with the «right to enjoy an environment suitable for the development of the person» (article 45 SC).

Private Law provides for protection actions arising from property rights and tort liability for damages to general interests. Although the environment is heavily regulated by Administrative Law, civil jurisdiction is also competent to decide cases that directly affect the environment, violate individual rights of individuals. Civil Law

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2011-25092, sobre «Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho Europeo y comparado», concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, y dirigido por la Profesora María Esther GÓMEZ CALLE, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

provides actions, exercisable individually and collectively, in the field of neighborhood relations (immissions), liability, abuse of rights, which should consider the solutions provided by comparative law, including the directives of the European Union and the Draft European Private Law Unification.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil extracontractual. Medio ambiente. Propiedad. Derechos fundamentales. Inmisiones.

KEY WORDS: *Tort liability. Environment. Property right. Fundamental rights. Immissions.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y DAÑO AMBIENTAL: 1. CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE. 2. DAÑO AMBIENTAL. PRESUPUESTOS.—III. LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. NORMATIVA COMUNITARIA: A) *Tratado de la Unión Europea*. B) *Directiva 2004, 35, CE, de 21 de abril, de Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*. C) *Reglamento sobre ley aplicable a las Obligaciones Extracontractuales: ROMA II*. 2. LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAÍSES MIEMBROS: A) *Responsabilidad civil objetiva*. B) *Responsabilidad civil por culpa*. C) *Convención Nórdica*.—IV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: 1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. ARTÍCULO 45. 2. CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: A) *Presupuestos tradicionales*. B) *Daño y antijuridicidad*. C) *Relación de causalidad*. D) *Criterios de imputación y legitimidad procesal*. E) *Criterios de valoración del daño*. F) *Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual*. 3. LEGISLACIÓN ESPECIAL: A) *Ley de Responsabilidad Medioambiental de 2007*. B) *Ley de Medidas Urgentes en Materia de Medio Ambiente de 2012*.—V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MEDIOAMBIENTAL: 1. CRITERIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. 2. PLURALIDAD DE AGENTES INTERVINIENTES EN EL DAÑO. REPARTO DE RESPONSABILIDAD. 3. CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD. 4. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.—VI. PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: 1. *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*. 2. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Audiencia Provincial de Madrid, ya en su Sentencia de 12 de noviembre de 1974 se pronunció en un supuesto de inmisiones de naturaleza medioambiental, resolviendo un interdicto de obra nueva, interpuesto por el colectivo de residentes en la zona norte de Madrid, en prevención del daño que podría derivarse de un inminente y desmesurado aumento de circulación de vehículos y de la actividad comercial que se pretendía instaurar en la zona, tras la construcción de un gran centro comercial, previendo un impacto medio ambiental que perjudicaría a los residentes de los alrededores, al afectar considerablemente a las facultades de uso y disfrute de sus viviendas y propiedades inmobiliarias, en las condiciones tan óptimas y saludables que disfrutaban hasta el momento.

Ello indica que desde el ámbito del Derecho Privado, concretamente, del Derecho Civil, los particulares también podrían defender su derecho de propiedad y disfrute del medio ambiente, mediante la figura de la responsabilidad civil extracontractual por daño medioambiental, para garantizar el uso y disfrute de los bienes de su propiedad en un entorno medio ambiental saludable, que respete unas condiciones mínimas de calidad de vida.

Esta vía de actuación ha sido reconocida y seguida por los tribunales españoles y existen numerosas Sentencias en este sentido, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.^a) núm. 179, 2000 de 10 de abril (AC 2000, 996).

En esta Sentencia se establece una indemnización de daños y perjuicios derivados de inmisiones ilícitas, como consecuencia de un trazado ferroviario mediante la construcción de un viaducto, que provoca ruidos excesivos por la circulación de los trenes y la posibilidad de desprendimiento de gases y partículas sólidas con ocasión del transporte que se efectúa. Se determina una clara depreciación de las viviendas próximas y un posible daño moral.

La Sentencia expone que debe tenerse en cuenta:

- El reconocimiento del derecho de propiedad y de su función social proclamados en el artículo 33 números 1 y 2 de la Constitución.
- La regulación de las denominadas relaciones de vecindad y la jurisprudencia prohibitiva de las inmisiones perjudiciales o nocivas, por interpretación analógica de los artículos 590 y 1908 del Código Civil y de la doctrina del abuso del derecho contenida en el artículo 7.2 del Código Civil; en cuya línea cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1952 (*RJ* 1952, 2673), 12 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4747), 12 de febrero y 17 de marzo de 1981 (*RJ* 1981, 530 y 1009), 16 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 101) y 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3727), expresando estas dos últimas que el acatamiento y la observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados, y que los Reglamentos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplen, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos.
- La interpretación y aplicación de la jurisprudencia del artículo 1902 del Código Civil, declarando que si bien no cabe prescindir del aspecto subjetivo de la culpa, ha de tenderse a una apreciación más objetiva de la responsabilidad extracontractual, bien acudiendo al principio de la inversión de la carga de la prueba o a la teoría del riesgo, o bien mediante la acentuación de la diligencia exigible, de modo que no basta con la observancia de las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, especialmente si se trata de actividades peligrosas, ante las que debe imponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa.
- La necesidad de adopción de las medidas correctoras necesarias para la eliminación o reducción de los ruidos producidos, pues tal solicitud ha sido estimada, en supuestos análogos, por las Sentencias de 5 de abril de 1960 (*RJ* 1960, 1670), 3 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9176), 16 de enero de 1989.

El Tribunal Supremo también se ha manifestado en este sentido, con especial reflexión en las SSTs de 12 de diciembre de 1980, 16 de enero de 1989 y 26 de noviembre de 2010.

La Sentencia de 12 de diciembre de 1980, manifestó que reconocía a la jurisdicción civil la posibilidad de imponer la «ejecución de medidas correctoras contra los daños ocasionados por “inmisio”», derivada de contaminación atmosférica, a una Central Térmoelectrica cuyo exceso de humos había afectado gravemente los organismos de los residentes de la zona.

En la Sentencia de 16 de enero de 1989, se precisa, igualmente, en un supuesto de daños producidos por contaminación industrial, que «cuanto se recoge en las disposiciones administrativas: Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, Ley sobre Protección Ambiental, sobre adopción de medidas protectoras, se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones estas que son de la exclusiva competencia de los Tribunales del orden civil, y es que en verdad importa evitarse o aclararse el equívoco de creer, tal como lo entiende el recurrente, que porque a la Administración y en relación a aquel interés público corresponda ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, se trata en todos sus aspectos de materia propia del Derecho Administrativo y ciertamente que le interesa en aquellos aspectos generales, pero independientemente cuando afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo propio del Derecho Civil, artículo 590 del Código Civil y no menos 1908 del propio Código, y que de incurrir en responsabilidad, se hará efectiva bajo el dictado de la legislación civil, sin olvidar que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, esta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin a ambos aspectos competencia de la jurisdicción del orden civil...».

Y la Sentencia de 26 de noviembre de 2010, sigue manteniendo, que «el artículo 590 sirve de marco para proteger el medioambiente en las relaciones de vecindad, ya que constituye el núcleo que permitió con posterioridad el desarrollo de la teoría de las inmisiones; se trata de un precepto genérico, que resulta efectivo porque la técnica utilizada en el mismo, la remisión a la legislación administrativa, facilita su adaptación a las necesidades de cada momento. Al no establecer directamente sanciones, sino únicamente los supuestos de hecho de la prohibición de lesión ambiental a las propiedades vecinas, debe completarse con lo dispuesto en el artículo 1908 del Código Civil.

La doctrina ha repetido ya desde antiguo que no es preciso que la pared sea ajena o medianera, sino que se aplica a cualquier zona colindante o próxima, llegando a decir algún autor que «la pared por sí sola no cuenta». Actualmente se entiende que la proximidad se determina en función de la influencia que ejerza una finca sobre otra.

La protección de los daños entre particulares, provenientes del mal uso de fincas vecinas, es decir, lo que técnicamente recibe el nombre de «inmisiones» aparece después recogido con este nombre u otros semejantes en la Ley 351.2

del Fuero Nuevo de Navarra, y los artículos 546-13 y 546-14 del Código Civil de Cataluña.

Esta Sala ha venido aplicando desde antiguo el artículo 590 del Código Civil para sancionar aquellas conductas que producen daños en las propiedades vecinas. Limitándonos en este momento a las Sentencias que se refieren a supuestos semejantes al que es objeto del presente recurso, la Sentencia de 12 diciembre 1980 sobre contaminación por emanaciones de una central termoeléctrica que dañaban la vegetación de la zona, reitera que *«la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina»* y puntualizaría que *«si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908. «Asimismo, las Sentencias de 2 de febrero de 2001, 29 de abril de 2003, 14 de marzo y 13 de julio de 2005, 19 de julio y 30 de noviembre 2006, 2 de noviembre de 2007, entre otras».*

Por todo ello, para defender los derechos de los particulares, en concreto el derecho de propiedad y su disfrute en un entorno saludable, es absolutamente necesario tener en cuenta y plantearse el recurso no solo a la vías de tutela derivadas de los derechos reales sino también a las acciones de responsabilidad civil extracontractual por daños a los intereses generales en la defensa del medio ambiente, entendido como «un conjunto de elementos naturales, que determinan las características de un lugar»¹, y que el artículo 45 de nuestra Constitución protege.

Los supuestos de inmisiones pueden tutelarse mediante acciones colectivas, en las que el conjunto de los afectados, como perjudicados en un interés colectivo, defiendan «su propio medio ambiente»² lesionado. Son los denominados «intereses difusos»³, a los que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, reconoce legitimidad procesal activa, para entablar acciones de defensa de sus intereses lesionados, si bien en estos casos todavía existe duda de si se permite cuando el objeto es la tutela medioambiental⁴, aunque la respuesta afirmativa sería la más deseable⁵.

Es cierto que, el problema de la protección medioambiental tiene una manifiesta insuficiencia en el ámbito del Derecho privado y debe completarse a través de la correspondiente y prolija reglamentación del Derecho Administrativo⁶, pero ello no impide, sin embargo, que la jurisdicción civil sea competente para conocer de los supuestos que, aun afectando directamente al medio ambiente, vulneren derechos subjetivos de los particulares por constituir inmisiones lesivas de tales derechos⁷.

La legislación administrativa en materia de medio ambiente es profusa y compleja, pero toda ella tiene como objetivo la defensa del medio ambiente, valorando la actividad desarrollada y su impacto en el medio natural, incluyendo los efectos sobre personas y bienes, bien de forma preventiva, mediante la concesión de licencia previa para la realización de determinadas actividades, bien de forma sancionatoria de comportamientos lesivos por contravenir su normativa, que puede llegar hasta decretar el cese de la actividad (art. 12 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico).

El Derecho civil, en materia de medio ambiente, ofrece normas que se dirigen fundamentalmente a la protección de la persona, tanto en su esfera personal como patrimonial. Son disposiciones sobre relaciones de vecindad, responsabilidad civil, abuso del derecho⁸, que se aplican en la defensa ante inmisiones,

pero que, indirectamente, favorecen, también, la protección del medio ambiente, pues casi todas las perturbaciones que se consideran inmisiones suelen afectar negativamente al entorno medioambiental.

Se hace por tanto imprescindible abordar el tema del daño medioambiental desde el Derecho Privado, desde el Derecho Civil, no solo en el ámbito nacional sino también desde la perspectiva del Derecho comparado de países cercanos a nuestro entorno geográfico y jurídico y, por supuesto, tener muy presentes las Directivas de la Unión Europea y los proyectos de Unificación del Derecho Privado Europeo, con especial atención a los principios relativos a la Responsabilidad Civil Extracontractual.

II. DEFINICIÓN DE MEDIO AMBIENTE Y DAÑO AMBIENTAL

1. CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE

El Tribunal Supremo ha señalado, en Sentencia de 2 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 1003), que «por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no solo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre», destacando que su regulación jurídica interna, habrá de tener en cuenta los principios rectores de: Realidad telúrica del llamado ecosistema. Solidaridad de todos los factores implicados, así como, de los entes territoriales en que se produce la opresión en ese medio y, cuya tutela jurídica que transita desde la política de prevención hasta la reparación de los ilícitos, funda la responsabilidad de sus autores y, encuentra dentro del Ordenamiento la adecuada tutela...

...la norma constitucional plantea la horizontalidad del Derecho Ambiental y, por ende, el carácter intersectorial e interinstitucional de la política y problemática ambiental, al ser elaborada y aplicada con los instrumentos creados por el ordenamiento jurídico... y, en especial, ya dentro del Derecho Civil, se afirma que, «Una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza, es el progresivo y generalizado daño y deterioro que se produce sobre los componentes físico-naturales del ambiente, como resultado de la actividad humana. Los daños al ambiente y, evidentemente, a la naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto derechos e intereses de carácter público como de orden privado. Históricamente, los planteamientos civiles son los primeros en materia de humos y olores en las relaciones de vecindad. El daño al ambiente en algunas ocasiones puede limitarse a comportamientos físico-naturales del espacio (aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y bienestar general... El derecho civil es la expresión jurídico-formal de las relaciones de intercambio de una sociedad concebida en términos individualistas, como simple suma o agregado de individualidades. En este sentido la responsabilidad por hecho ilícito se consagra en función del individuo y de su capacidad como ente racional y autónomo para responder de sus actos cuando

estos lesionan, sea dolosa o culposamente, el derecho de otro...»; y, desde luego, aunque sea de remoto vestigio, se resalta, cómo nuestro venerable legislador del siglo pasado, ya atisbó, en cierta medida la condena a este tipo de agresiones a la propiedad privada, cuando modeló la estructura normativa de sus señeras sanciones prevenidas en los artículos 590 y 1908».

Por lo expuesto debe entenderse por medio ambiente un conjunto de bienes relacionados con la naturaleza y la calidad de vida de los particulares, que incluya⁹:

- a) Condiciones naturales que configuran un determinado estándar climático.
- b) Recursos físicos que el hombre debe organizar para satisfacer sus necesidades materiales.
- c) Morfología de los tipos de asentamiento que configuran un cierto hábitat o que caracterizan los posibles centros de atracción demográfica o económica.
- d) Formas históricas a través de las que se han ido organizando socialmente las exigencias de trabajo, distracción, liberación, o de comprensión de los individuos.
- e) Factores que condicionan el bienestar biológico y psíquico del hombre y que por tanto contribuyen a promover o comprometer su salud.

En consecuencia, y en relación al concepto de daño, puede decirse que el daño ambiental es aquel que perjudica la salud, calidad de vida o patrimonio de los sujetos particulares, y puede regularse o defenderse por la vía de la jurisdicción ordinaria y aplicando normativa de derecho privado¹⁰.

2. DAÑO AMBIENTAL. PRESUPUESTOS

La doctrina ha manifestado que el daño ambiental, desde la perspectiva del Derecho Privado, debe entenderse como el daño que se produce a las personas o su patrimonio como consecuencia de actividades que provocan perturbaciones que se propagan a través del Medio Ambiente¹¹.

El daño, puede ser tanto patrimonial, si afecta al patrimonio del sujeto perjudicado, como moral, si afecta a su salud, integridad física o sufrimiento personal.

La visión jurisprudencial de este tema confirma que el principal interés de los supuestos contenidos en el artículo 1908 del Código Civil «reside en su potencial para regular responsabilidades de tipo medioambiental que en su momento el Código Civil no pudo contemplar como tales.

Conviene puntualizar, no obstante, que en el ámbito civil el daño medioambiental solo es relevante cuando afecta a intereses privados. De ahí que la jurisprudencia de la Sala Primera venga declarando que difícilmente la protección del medio ambiente puede ser objeto del Derecho civil, como por demás viene a confirmar la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, excluyendo de su ámbito los daños a particulares (art. 5).

En cualquier caso sí es una constante en la jurisprudencia civil el amparo frente a las inmisiones, bien con base en los artículos 590, 1902 y 1908 del Código Civil, bien aplicando la Ley de Propiedad Horizontal o la de Arrendamientos Urbanos, bien, siguiendo la senda marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Ley Orgánica 1, 1982 en cuanto garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. Y también es una constante que la autorización

administrativa de una determinada actividad no exime de responsabilidad a quien desarrolla esa actividad.

Algunas Sentencias han calificado de arcaicos los números 2 y 4 del artículo 1908, pero lo cierto es que cabe adaptarlos a los tiempos actuales porque, como también ha señalado alguna Sentencia, la enumeración de casos contenida en el artículo 1908 no es cerrada»¹².

Y así, lo viene manteniendo la doctrina más autorizada, al entender que «al abordar la problemática de la relación entre la responsabilidad civil y el medio ambiente, es preciso analizar tanto la responsabilidad por daño al medio ambiente en cuanto tal, como la responsabilidad por inmisiones en el marco de las relaciones de vecindad, que se traduce en la acción que ejercita el particular para ser resarcido, la cual va normalmente acompañada de la pretensión inhibitoria o negatoria dirigida a que se condene al demandado a la adopción de las medidas de precaución necesarias para que cese la actividad dañosa, que quizá sea donde, de un modo, más claro, la vía civil protege al medio ambiente»¹³.

III. LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

1. NORMATIVA COMUNITARIA

A) *Tratado de la Unión Europea*

En materia de medio ambiente, la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea indica, en el artículo 191 (antiguo art. 174 TCE), los objetivos en materia medioambiental:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático.
- alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

B) *Directiva 2004, 35, CE, de 21 de abril, de Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*

La Directiva persigue una acción preventiva (art. 5) y reparadora (art. 6) de los daños medioambientales y atribuye el coste de los daños a los agentes que los producen (art. 8), pero excluye de su ámbito de aplicación los daños sufridos por los particulares con motivo de daños medioambientales, estableciéndolo expresamente en su artículo 3.3.

Mantiene que no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que esta sea eficaz,

es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales.

La presente Directiva no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.

Pero, de acuerdo con el principio de «quien contamina paga», un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias».

C) Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: ROMA II

Como ha señalado la doctrina¹⁴, en la construcción de un derecho internacional privado europeo, el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales cierra el círculo en cuanto a la normativa aplicable en supuestos de daños en los que las partes pertenezcan a distintos Estados miembros.

Respecto de los daños al medio ambiente, el artículo 7 del Reglamento establece, para los supuestos en los que el lugar de origen del daño y el lugar donde se produce el perjuicio es distinto, que debe aplicarse la ley del lugar donde se padece el daño, salvo que la víctima opte por la ley del Estado de origen.

Esta regla de conflicto se aplica tanto a los daños a bienes públicos, como a los daños a las personas o bienes privados derivados de daños al medio ambiente, ampliando el ámbito de aplicación de la Directiva¹⁵.

2. LEGISLACIÓN INTERNA DE LOS PAÍSES MIEMBROS

Los Estados miembros de la Unión Europea se han mostrado favorables a la promulgación de leyes específicas sobre responsabilidad civil medio ambiental¹⁶, para la defensa de los particulares afectados por los daños derivados de actuaciones que vulneran la normativa sobre medio ambiente o que deterioran el medio ambiente, salud, calidad de vida o bienes patrimoniales.

A) Responsabilidad civil objetiva:

- Gran Bretaña: *Environmental Protection Act* de 1990.
- Alemania: Ley sobre Responsabilidad Civil por daños al medio ambiente de 10 de diciembre de 1990 —*Umwelthaftungsgesetz*—. Y artículos 823 y 906 BGB.
- Suecia: *Environmental Civil Liability Act*. De 1986.
- Dinamarca: *Compensation for Environmental Damage Act* 225, 1994.
- Países Bajos: *Act on Liability for Dangerous Substances and the pollution of the Air, Water and Soil*, de 30 de noviembre de 1994.
- Finlandia: *Environmental Damage Compensation Act* 737, 1994.

- Noruega: *Pollution Control Act* de 1981.
- Suiza: Ley federal suiza sobre protección del medio ambiente, en 1995.

B) Responsabilidad civil por culpa:

- Italia: Ley núm. 349, de 8 de julio de 1986, de Medio Ambiente.

C) Convención Nórdica

Finlandia, Noruega, Suecia y Dinamarca, mediante la Convención de 19 de febrero de 1974, sobre la protección del medio ambiente, dejaban abierta a los particulares la posibilidad de demandar responsabilidad civil por inmisiones que dañen al medio ambiente¹⁷.

En su artículo 1 entiende como actividad dañosa cualquier escape o emanación desde el suelo, edificios, instalaciones o residuos, que suponga una inmisión en el medio ambiente, por afectar a las aguas, aire, incluyendo el ruido, vibraciones, etc.

Y en su artículo 3, legitima a cualquier persona afectada por la inmisión para demandar el cese de la actividad y solicitar una indemnización.

IV. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1978. ARTÍCULO 45 (MEDIO AMBIENTE)

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

2. CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A) Presupuestos tradicionales

En nuestro Código Civil las vías de defensa de los intereses y bienes privados de los particulares, se derivan de varias figuras, desde el principio que prohíben el abuso del derecho, contenido en el artículo 7, las normas sobre relaciones de vecindad que prohíben las inmisiones, artículo 590, y la correspondiente acción negatoria e interdictos de defensa de la posesión, hasta los criterios y formas de reparación o indemnización de los daños causados a través de la responsabilidad civil extracontractual del 1902, concretada en el 1908.

Según el artículo 1908 del Código Civil, «responderán los propietarios de los daños causados:

1. Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.
2. Por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades.
3. Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.
4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen».

Para que pueda imputarse Responsabilidad Civil Extracontractual al sujeto que provoca el daño deben concurrir una serie de requisitos: daño, antijuridicidad, nexo causal y criterios de imputación y valoración del daño.

Al daño nos hemos referido en líneas anteriores y la antijuridicidad se desprende de los criterios de uso normal del derecho y normal tolerabilidad que se aplican en los supuestos de inmisiones. En cuanto a la relación de causalidad, basta con probarla, ya que se admite la imputación objetiva al que se demuestra ha sido causante del daño.

B) Daño y antijuridicidad

El artículo 1908, al aplicarse en el ámbito de las relaciones de vecindad, implica que el requisito de antijuridicidad deba interpretarse de forma tan amplia que pueda acoger todos los fenómenos que supongan inmisiones «excesivas»¹⁸, según la teoría del abuso del derecho y los criterios de normal tolerancia y uso normal derivados, precisamente, de la convivencia¹⁹.

C) Relación de causalidad

Respecto a los requisitos fundamentales del efecto indemnizatorio y la tendencia jurisprudencial al respecto, destaca la síntesis de ALONSO PÉREZ²⁰, al explicar que «la jurisprudencia acude continuamente a la vía reparadora del artículo 1902 del Código Civil, con tendencia a la objetivación de la responsabilidad²¹, aunque alguna Sentencia se limita a la inversión de la carga de la prueba (STS de 31 de enero de 1986). Aquel precepto sigue cumpliendo una función importante en orden a la reparación de los daños generados por inmisiones nocivas (STS de 16 de julio de 1991). A menudo sucede que se desestiman las pretensiones de responsabilidad porque no se prueba el nexo causal entre las inmisiones nocivas y los daños irrogados (SSTS de 19 de junio de 1980, 27 de octubre de 1990). Es menester acreditar suficientemente, al menos, que la causa adecuada y determinante del daño no fue otra que la inmisión de polvo industrial (STS de 14 de julio de 1982). Ello supone que, en la concurrencia de causas, debe probarse cuál fue la decisiva en la producción del evento dañoso en relación con las circunstancias del caso y el buen sentido (STS de 30 de diciembre de 1981)».

Y cuando las causas sean cumulativas, se distribuirá el pago de la indemnización entre los inmitentes, y la obligación tendrá carácter solidario (STS de 15 de marzo de 1993)²².

D) Criterios de imputación y legitimidad procesal

La legitimación activa corresponde al sujeto perjudicado personal o patrimonialmente, ya sea propietario de la finca o titular de un derecho real sobre ella. Y la legitimación pasiva debe recaer sobre el inmitente, como causante o responsable directo de la inmisión²³.

En relación a la legitimación activa, se reconoce a todas aquellas personas que resultan afectadas personal o patrimonialmente por el ejercicio de la actividad dañosa, cuando dicha actividad lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, como la salud, integridad física, derechos patrimoniales, etc.²⁴.

Respecto a la legitimación pasiva, la jurisprudencia manifiesta, también, lógicamente, la responsabilidad civil del empresario por el daño producido por sus empleados, artículo 1903 del Código Civil, y, en caso de que la inmisión se produzca como consecuencia de la actividad u omisión de un tercero, se otorga un derecho de repetición del propietario-empresario frente al tercero responsable, pero se mantiene la responsabilidad directa del propietario frente al perjudicado²⁵.

En este sentido, la STS de 15 de marzo de 1993²⁶, en un supuesto de inmisiones por gases y polvo emanados de fábricas de azulejos establece «una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica en cuestión y de cuyo funcionamiento se beneficia (*«ubi emolumentum, ibi onus»*), lo que no impide, obviamente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica (lo que en el proceso ni siquiera se ha alegado ni, mucho menos, probado) pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente, pero en modo alguno hace surgir, frente al tercero perjudicado, el litisconsorcio pasivo necesario que aquí se denuncia»²⁷.

Un supuesto especial se plantea²⁸ cuando los daños se han producido como consecuencia de un control técnico o inspección defectuosa de la actividad inmitente. La cuestión a dilucidar se concreta en quién, y en qué circunstancias, responde del defecto de inspección.

El responsable de los daños producidos parece ser el encargado de realizar la inspección, el Estado, en la mayoría de los casos, cuando no se ha traspasado la función a centros o servicios privados especializados. La inspección técnica puede realizarse antes o después de la concesión de la licencia, para verificar el cumplimiento de los requisitos o detectar posibles deficiencias, y en cualquiera de esos momentos puede producirse un fallo en la inspección. Sin embargo, la cuestión no ha sido resuelta específicamente por nuestro Tribunal Supremo, ya que hasta el momento no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema concreto, pero, a nuestro juicio, la responsabilidad no debería imputarse únicamente al servicio de inspección, ya que en la producción del daño también ha intervenido claramente el sujeto que realiza la actividad inmitente, como sí ha manifestado nuestro Alto Tribunal en SSTs de 15 de marzo de 1993 y 7 de abril de 1997.

En este sentido, la STS de 15 de marzo de 1993, en el supuesto de inmisiones por gases y polvos emanados de una fábrica de azulejos, en el que se establece una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica y de cuyo funcionamiento se beneficia, señala, igualmente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica, el empresario puede repetir contra el técnico correspondiente.

El artículo 1909 del Código Civil, que esta Sentencia considera aplicable, interpretando extensivamente el supuesto y las expresiones «arquitecto y constructor» sustituyéndolas por el término «técnico», «concede al tercero perjudicado (por los hechos que enumera el 1908) la facultad («podrá», dice el artículo) de dirigir también su acción contra el técnico (aunque el poco afortunado precepto solo habla de Arquitecto) correspondiente, pero no le impone la obligación de hacerlo, con lo que la relación jurídico-procesal queda adecuadamente constituida si solamente demanda (como aquí ha ocurrido) al propietario que explota y se beneficia de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivos y causantes del daño». Y si no puede probarse cuál es la causa específica determinante de la inmisión «la responsabilidad del empresario dueño de la misma y, en su caso, la del técnico que dirigió su instalación, siempre sería de carácter solidario frente al tercero perjudicado, sin perjuicio de la acción de repetición que a dicha propietaria pueda, en su caso, corresponder contra el mencionado técnico».

Y la STS de 7 de abril de 1997, insiste en la tendencia hacia soluciones «cuasi objetivas», «demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica», y, basadas, en «el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa».

El agente principal del daño es el sujeto que realiza la actividad iminente. A dicha causa productora del daño, puede sumarse la negligencia en la inspección y autorización, por lo que cabe apreciar una concurrencia de causas y responsabilidad en régimen de solidaridad²⁹.

E) Criterios de valoración del daño

En relación a los criterios de fijación de la cuantía indemnizatoria, aparte de la vía convencional, por acuerdo entre las partes, y de la obligación de reponer las cosas al estado anterior a la perturbación, o reparación *in natura*³⁰, el juez debe valorar los daños desde un punto de vista objetivo, teniendo en cuenta el lugar y las circunstancias concretas de la inmisión: duración, clase, intensidad y efectos³¹.

Si la finca es productiva, el daño a resarcir se determinará en función de la pérdida de valor de uso, la diferencia de productividad de la finca antes y después de la inmisión, como se observa en la Sentencia de la AP de Baleares de 8 de mayo de 2000.

Si no tiene finalidad de goce directo, se compensará la diferencia del valor venal, es decir, la depreciación o disminución del valor en venta.

Las Sentencias de la AP de Asturias, de 28 de febrero de 2000 y 10 de abril de 2000, resuelven supuestos de daños por construcción y posterior explotación de ferrocarril entre las factorías explotadas por la demandada, en el que se solicitaba la indemnización por depreciación de la vivienda y daño moral y la adopción de medidas necesarias para evitar las inmisiones dañosas.

Confirman «la acción que tiene el titular de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble situado en el lugar en donde se producen las reseñadas inmisiones para exigir que desaparezcan o se atenúen en la medida de lo posible, y que consecuentemente cesen las causas de la depreciación de tales inmuebles, pues en definitiva tiene interés inmediato por cuanto el entorno se ve negativamente afectado, ..., e interés inmediato en relación con el precio de venta de dicha vivienda ... [...] Habrá de entrarse en la indemnización por depreciación de las dos viviendas de los actores. Que dichos inmuebles se ven sometidos a un

proceso depreciador parece indudable. El deterioro del entorno desde un punto de vista de contaminación visual y desde otro de contaminación sonora y por desprendimientos, es un hecho probado. Ahora bien, cualquier valoración deberá contar con periciales que ayuden cuando menos a establecer líneas concretas delimitadoras de indemnizaciones correctas».

F) Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual

En relación al plazo de la acción aquiliana del artículo 1968.2, ha de advertirse que, según mantiene reiterada jurisprudencia, comienza, no desde que se inicia la producción del daño, sino desde su verificación total.

Así, la STS de 7 de abril de 1997 confirma que «cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida³².

3. LEGISLACIÓN ESPECIAL

A) Ley de Responsabilidad Medioambiental, Ley 26/2007, de 23 de octubre

La Ley de Responsabilidad Medioambiental traspone la Directiva 2004, 35, CE del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental.

En su Exposición de Motivos explica la configuración de la responsabilidad extracontractual por daños medioambientales, como una responsabilidad objetiva, ilimitada y mancomunada, que excluye los daños producidos a las personas como particulares y su patrimonio y basada en los principios de prevención y de que «quien contamina paga». Se trata, efectivamente, de un régimen administrativo en la medida en la que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la Ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora. Se separa, pues, de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial.

La responsabilidad medioambiental es ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Al poner el énfasis en la restauración total de los recursos naturales y de los servicios que prestan, se prima el valor medioambiental, el cual no se entiende satisfecho con una mera indemnización dineraria.

La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento.

En cuanto la exclusión de la legitimación activa de los particulares para reclamar responsabilidad por daños derivados del daño medioambiental, el ar-

título 5.1 de la Ley dispone que «Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación». Por lo que la reclamación de los daños producidos a los particulares deberá reclamarse por la vía ordinaria, aplicando la normativa del Derecho Civil, pero teniendo en cuenta un plazo de prescripción de 30 años, a contar desde que tuvo lugar por última vez la emisión, el suceso o el incidente que lo causó (art. 4. Aplicación temporal de la responsabilidad).

B) Ley de Medidas Urgentes en materia de Medio Ambiente, Ley 11/2012, de 19 de diciembre

Es la más reciente iniciativa legislativa es materia de Medio Ambiente y modifica una serie de leyes especiales en relación al Medio Ambiente, en desarrollo y armonización del Derecho de la Unión Europea. Entre las leyes modificadas se encuentran la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados.

En su preámbulo explica que se ampara en «el derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, que obliga a que los poderes públicos establezcan mecanismos eficaces para protegerlo y conservarlo. Este fin solo puede alcanzarse procurando la compatibilidad de la actividad humana con la preservación del medio ambiente...».

V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MEDIOAMBIENTAL

En el Derecho Privado, la responsabilidad civil por daño medioambiental se deriva de los efectos perjudiciales que determinadas actividades, que han causado daños al medio ambiente, han provocado en las personas o sus bienes³³, y debe ajustarse a una serie de presupuestos y condiciones.

1. CRITERIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

En los supuestos de daños que afectan al medio ambiente prevalece el criterio de responsabilidad objetiva, la creación de un riesgo o la efectiva causación de un daño son causas suficientes para la indemnización al perjudicado.

Incluso se hacen inoperantes e inefectivas las alegaciones del causante del daño sobre cumplimiento de la normativa ambiental y reglamentos y autorizaciones administrativas correspondientes³⁴.

El agente causante de los daños, aplicando el principio «quien contamina paga», debe, por tanto, indemnizar a la víctima por los perjuicios causados, cesar en la actividad origen del daño o adoptar las medidas de precaución necesarias para evitarlo, y reponer el entorno a la situación anterior al daño³⁵.

2. PLURALIDAD DE AGENTES INTERVINIENTES EN EL DAÑO. REPARTO DE RESPONSABILIDAD

En los casos en los que se determine la confluencia de varias causas originadas por varios sujetos, la responsabilidad puede entenderse solidaria o mancomunada.

A) *La responsabilidad civil solidaria*

Establece un régimen de responsabilidad que permite la reclamación por la víctima a cualquiera de los agentes intervinientes, y los posteriores reembolsos entre ellos. Es el régimen de responsabilidad mantenido por la legislación comunitaria y extracomunitaria con contadas excepciones.

B) *La responsabilidad civil mancomunada*

Es la que indica un sistema de reparto del daño entre los agentes del daño. Es el sistema seguido en:

- España: Ley 26/2007, 23 de octubre, Responsabilidad Medioambiental. Artículo 11.
- Alemania. Según los artículos 830 y 840 BGB, la responsabilidad será mancomunada salvo que los distintos agentes intervinientes en el daño lo hicieran mediante un acto ilícito realizado en común o resulte imposible identificar concretamente al responsable del daño.
- Italia: Según mención de la Ley núm. 349 de 8 de julio de 1986: artículo 18.6.

3. CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Las causas de exención de responsabilidad se basan en tres supuestos, mencionados en la Directiva 2004, 35, CE, de 21 de abril, de Responsabilidad medioambiental.

- a) Intervención activa u omisiva de terceros como causa del daño.
- b) Supuestos de fuerza mayor.
- c) Error sobre la peligrosidad de su actividad, inducido por un tercero.
- d) Contribución o intervención fundamental y exclusiva de la víctima.

4. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y REQUISITOS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la reclamación por daños extracontractuales debe realizarse por la víctima, incluyendo los presupuestos básicos:

- Prueba de la existencia del daño.
- Identificación del causante del daño.
- Nexo causal entre la actividad dañosa y el daño, que se entiende como probabilidad de causar el daño. Se presume el nexo causal a favor del dañado, invirtiendo la carga de la prueba respecto del agente dañoso.

VI. PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

1. *DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*

El Borrador del Marco Común de Referencia (Common Frame of Reference —CFR—) es el resultado de una versión revisada de los Principios sobre Derecho Contractual Europeo³⁶, como texto académico que intenta armonizar y modernizar los Derechos nacionales y construir un Derecho Privado Europeo³⁷. El Libro VI se dedica a la Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños causados a terceros y establece una responsabilidad objetiva cuando el daño se provoca como consecuencia de contacto o emisiones de sustancias peligrosas, pero exonera de responsabilidad al emisor si tomó las medidas de precaución necesarias para evitar el daño³⁸.

Artículo 3:206: Responsabilidad por daños causados por sustancias o emisiones peligrosas. (1) El cuidador de una sustancia o el operador de una instalación es responsable de los daños personales y patrimoniales causados por esa sustancia o por emisiones de la instalación, así como de los daños establecidos en el artículo 2:202 (daños sufridos por terceros por lesiones personales y muerte de otros) de las pérdidas resultantes de daños a la propiedad, y del pago de los costes previstos en el artículo 2:209 (costes del Estado por daño medioambiental), si: (a) teniendo en cuenta su cantidad y características, en el momento de la emisión, o si no ha existido una emisión, en el momento de contacto con la sustancia, es muy probable que la sustancia o emisión causara un daño semejante al causado, a menos que se controle adecuadamente, y (b) el daño es resultado de la materialización de ese peligro.

(2) «Sustancia» incluye los productos químicos (ya sean sólidos, líquidos o gaseosos). Los microorganismos deben ser tratados como sustancias.

(3) «Emisión» incluye (a) la liberación o escape de sustancias, (b) la conducción de la electricidad, (c) el calor, la luz y otras radiaciones, (d) el ruido y otras vibraciones, y (e) otro impacto inmaterial sobre el medio ambiente.

(4) «Instalación» incluye una instalación móvil y una instalación en construcción o que no esté en uso.

(5) Sin embargo, una persona no es responsable de causar el daño en virtud del presente artículo si esa persona: (a) no almacena la sustancia o no explota la instalación para fines relacionados con su actividad comercial, negocio o profesión, o (b) demuestra que no hubo incumplimiento de las normas legales de control de la sustancia o de la gestión de la instalación.

Artículo 3:207: Otros supuestos de responsabilidad objetiva por daños jurídicamente relevantes. Una persona también es responsable de causar un daño jurídicamente relevante si la legislación nacional así lo dispone, en los supuestos en que: (a) se relaciona con una fuente de peligro que no está dentro de los artículos 3:104 (Responsabilidad por daños causados por niños o personas bajo supervisión) y 3:205 (Responsabilidad por daños causados por vehículos a motor), (b) se relaciona con sustancias o emisiones, o (c) no se aplica el artículo 3:204 (4) (e) (Responsabilidad por productos defectuosos).

La responsabilidad objetiva se deriva, en principio, de la relación de causalidad y la producción de un daño por emisión o contacto con una sustancia peligrosa.

Se entiende por sustancia peligrosa aquella que puede generar un peligro, por la cantidad de su almacenamiento o por sus características intrínsecas.

Es importante destacar que esta norma incluye entre los supuestos de daños derivados de daños medioambientales, los producidos a particulares, tanto los personales como los patrimoniales. Pero resulta llamativo que la imputación de responsabilidad se produzca solo en los casos de explotación de una instalación o uso de sustancias con fines empresariales y que se exonere de responsabilidad si se cumplen las medidas de control legalmente establecidas.

La responsabilidad por riesgo que asume el artículo 3:206 desaparece cuando se cumple la legislación que establece las medidas de control, sin pensar en que, como explican los tribunales españoles, el daño que se produce demuestra, precisamente, que las medidas de precaución no son las adecuadas, y se deja sin reparación o compensación a la víctima del daño.

Es cierto, que el artículo 3:207 remite a la legislación nacional de cada Estado miembro para establecer la imputación de responsabilidad objetiva, y, en relación a la legislación española, debe mencionarse que la legislación específica no incluye los daños irrogados a particulares, remitiendo los supuestos de daños a particulares a las normas genéricas de Derecho Privado sobre responsabilidad civil, como son los artículos 1908 y 590 del Código Civil.

2. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el ámbito de la armonización del Derecho Privado, uno de sus grupos de trabajo se ha ocupado de la posibilidad de uniformizar la responsabilidad civil extracontractual, es el llamado *European Group on Tort Law*, que en mayo de 2005 ha presentado los *Principles on European Tort Law*³⁹.

Los Principios entienden que la responsabilidad objetiva se aplicará en casos de daños por actividades anormalmente peligrosas y sin una regulación específica⁴⁰:

Artículo 5:101. Actividades anormalmente peligrosas: (1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

VII. CONCLUSIONES

I. En relación al concepto de daño, también puede definirse el daño ambiental como aquel que perjudica la salud, calidad de vida o patrimonio de los sujetos particulares.

II. El derecho de propiedad y su disfrute en un entorno saludable puede y debe protegerse no solo mediante vías de tutela derivadas de los derechos reales sino también desde el ámbito de responsabilidad civil extracontractual por daños a los intereses, generales y particulares, de defensa del medio ambiente.

III. Los supuestos de inmisiones pueden tutelarse mediante acciones colectivas, en las que el conjunto de los afectados, como perjudicados en un interés colectivo, defiendan el derecho a su propio medio ambiente.

IV. Las inmisiones que afectan a derechos particulares y al medio ambiente en general, también pueden impedirse mediante acciones particulares de defensa, desde el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

V. La visión jurisprudencial de este tema confirma que el principal interés de los supuestos contenidos en el artículo 1908 del Código Civil reside en su potencial para regular responsabilidades de tipo medioambiental que en su momento el Código Civil no pudo contemplar como tales.

VI. En los supuestos de daños que afectan al medio ambiente prevalece el criterio de responsabilidad objetiva, la creación de un riesgo o la efectiva causación de un daño son causas suficientes para la indemnización al perjudicado.

VII. Es cierto que, el problema de la protección medioambiental tiene una manifiesta insuficiencia en el ámbito del Derecho privado y debe completarse a través de la correspondiente y prolija reglamentación del Derecho Administrativo, pero ello no impide, sin embargo, que la jurisdicción civil sea competente para conocer de los supuestos que, aun afectando directamente al medio ambiente, vulneren derechos subjetivos de los particulares por constituir inmisiones lesivas de tales derechos.

VIII. El Derecho civil, en materia de medio ambiente, ofrece normas que se dirigen fundamentalmente a la protección de la persona, tanto en su esfera personal como patrimonial. Son disposiciones sobre relaciones de vecindad, responsabilidad civil, abuso del derecho, que se aplican en la defensa ante inmisiones, pero que, indirectamente, favorecen, también, la protección del medio ambiente, pues casi todas las perturbaciones que se consideran inmisiones suelen afectar negativamente al entorno medioambiental.

IX. Resulta necesario abordar la defensa del medio ambiente desde el Derecho Privado y desde la perspectiva de futuro de los proyectos de Unificación del Derecho Privado Europeo, con especial atención a los principios relativos a la Responsabilidad Civil Extracontractual.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 23 de diciembre de 1952
- STS de 5 de abril de 1960
- STS de 30 de octubre de 1963
- STS de 19 de junio de 1980
- STS de 12 de diciembre de 1980
- STS de 12 de febrero de 1981
- STS de 17 de marzo de 1981
- STS de 30 de diciembre de 1981
- STS de 14 de julio de 1982
- STS de 31 de enero de 1986
- STS de 19 de septiembre de 1986
- STS de 3 de diciembre de 1987
- STS de 16 de enero de 1989
- STS de 16 de octubre de 1989
- STS de 25 de junio de 1990
- STS de 27 de octubre de 1990
- STS de 26 de noviembre de 1990

- STS de 28 de mayo de 1991
- STS de 16 de julio de 1991
- STS de 15 de marzo de 1993
- STS de 20 de marzo de 1993
- STS de 24 de mayo de 1993
- STS de 7 de abril de 1997
- STS de 2 de febrero de 2001
- STS de 26 de noviembre de 2010
- STS de 11 de enero de 2012

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

- AP de Madrid de 12 de noviembre de 1974
- AP de Asturias de 10 de abril de 2000.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, E. (2001). Comentario a STS de 2 de febrero de 2001, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 57, 618, 642.
- (1995). *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, Madrid, 162, 448, 453-455.
- ALONSO PÉREZ, M. (1994). La Protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas, *Actualidad Civil*, 1994-2, 411-413, 427.
- CABANILLAS SANCHEZ, A. (1996). *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 19-28, 45, 64, 69-72, 147-162.
- (1996). La responsabilidad por inmisiones y daños al medio ambiente, *Anuario de Derecho Civil*, 1996-1, 11, 24, 1954-1994.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (1995). Derecho de propiedad y protección al medio ambiente. La acción negatoria, *Protección del Derecho de Propiedad*, Consejo General del Poder Judicial, 255.
- (1990). La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, *Revista de Derecho Ambiental*, 14.
- DÍAZ BRITO, F.J. (1999). *El límite de tolerancia en las inmisiones*, Navarra, 38.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1993). *Sistema de Derecho Civil II., El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, pp. 634-635.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1994). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III*, Madrid, pp. 203-204.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1996). La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente, *La Ley*, núm. 4125, 18 de septiembre de 1996, 1-3-1419-1420.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994). *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, 57, 82, 83, 105, 120, 156-158, 164-165, 176-186, 192-193.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2000). La protección interdictal contra las inmisiones excesivas, *Actualidad Civil*, 2000, II, 557.
- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. (2001). Las competencias autonómicas sobre el medio ambiente y su problemática en los Tribunales Superiores de Justicia, en *Cuadernos de Derecho Judicial* diciembre de 2001, Madrid.

- GARCÍAMARTÍN ALFÉREZ, F. (2007). La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), Diario La Ley, octubre de 2007 (La Ley 5907, 5007).
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1985). *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid, 130-131.
- MARÍN CASTÁN, F. (2012). *Supuestos de Responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, Madrid, 243-291.
- MARTÍN CASALS, M. (2005). Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil». In *Dret* 2, 2005, 15-17.
- MORO ALMARAZ, M.J. (1993). Medio ambiente y función social de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 957-959.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. (1997). *Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil*, Madrid, 19, 23, 296, 393-398.
- OLIPHANT, K. y STEININGER, B. (2011). *European Tort Law. Basic Texts.*, Institute for European Tort Law. Austrian Academy of Sciences, Viena.
- PARRA LUCÁN, A. (1992). *La protección del medio ambiente*, Madrid, 17.
- PEÑALVER I CABRÉ, A. (2008). Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus. Cap. VIII: «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales».
- RUDA GONZÁLEZ, A. (2008). El daño ecológico puro, *Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a Ley 26, 2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Pamplona, 227-228, 235-238, 347-350.
- SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, C. (1995). Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 2156, 2161-2162.
- SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1908 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII- 2, p. 635.
- VINAIXA MIQUEL, M. (2006). *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*. Universidad de Santiago de Compostela, 33-35, 272-276.
- VIGURI PEREA, A. (2009). *Globalización y defensa del Medio Ambiente en el Derecho Privado: aplicación del principio «quien contamina paga» y régimen de la responsabilidad civil objetiva: Derecho español, europeo, norteamericano y japonés*, Madrid, pp. 30-54.
- VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (2008). *Principles of European Contract Law*, Sellier, München.
- VON BAR, C. (2009). *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Munich.

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO, L. (1994): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, p. 203. Vid., también, sobre el tema, STS de 2 de febrero de 2001.

² Vid., sobre el tema DÍEZ-PICAZO, L. (1994): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, ob. cit, p. 204; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. (1997): *Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil*, Madrid, 1997, pp. 19 y sigs.

De igual opinión SANTOS BRIZ, J. (1984): Comentario al artículo 1908 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII-2, p. 635.

³ Vid., ALONSO PÉREZ, M. (1994): La Protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas, *Actualidad Civil*, 1994-2, p. 427.

⁴ Como señala, EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, p. 120.

⁵ Vid. al respecto, la opinión de Díez-PICAZO, L. (1994): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, ob. cit., p. 204.

⁶ Vid. al respecto, EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): *Acción negatoria, inmisiones ..., ob. cit.*, p. 82.

⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. (1997): Las inmisiones y molestias medioambientales, ob. cit., pp. 23 y 393-398, en este sentido afirma, que «el disfrute de un inmueble incluye el del medio ambiente circundante y es por ello que el Derecho civil, como defensor de ese disfrute, se convierte en cauce eficaz de protección indirecta del medio ambiente».

Y en el mismo sentido se pronuncian SÁNCHEZ FRIERA GONZALEZ, C. (1995): Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, p. 2156; VIGURI PEREA, A. (2009): *Globalización y defensa del Medio Ambiente en el Derecho Privado: aplicación del principio «quien contamina paga» y régimen de la responsabilidad civil objetiva: Derecho español, europeo, norteamericano y japonés*, Madrid, pp. 30-54.

⁸ Vid., al respecto, ALGARRA PRATS, E. (2001): Comentario a STS de 2 de febrero de 2001, ob. cit., p. 618; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): La responsabilidad civil por inmisiones..., ob. cit., p. 11; CONDE-PUMPIDO TOURON, C. (1994): Derecho de propiedad y protección al medio ambiente. La acción negatoria, *Protección del Derecho de Propiedad*, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 243; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1996): La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente, *La Ley*, 1996, T.V, pp. 1419-1420; MORO ALMARAZ, M.J. (1993): Medio ambiente y función social de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, pp. 957-959.

EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): Acción negatoria, inmisiones ..., ob. cit., pp. 82-83, mantiene, en este ámbito, que el artículo 3 de la Ley catalana sobre inmisiones, se dirige, también, a favorecer la protección medioambiental, aunque a través de la defensa directa del derecho individual del propietario de un inmueble, en relación a su derecho de propiedad no en el ámbito de sus derechos personales.

En sentido semejante se pronuncia, respecto al ejercicio del interdicto de retener, EVANGELIO LLORCA, R. (2000): La protección interdictal contra las inmisiones excesivas, *Actualidad Civil*, 2000, II, p. 557.

⁹ GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. (2001): Las competencias autonómicas sobre el medio ambiente y su problemática en los Tribunales Superiores de Justicia, en *Cuadernos de Derecho Judicial* diciembre de 2001, Madrid.

¹⁰ Vid., al respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, pp. 19-28.; Díez-PICAZO, L. (1994): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Madrid, pp. 203-204; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1996): La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente, *La Ley*, núm. 4125, 18 de septiembre de 1996, pp. 1-3.; VINAIXA MIQUEL, M. (2006): *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, pp. 33-35.

¹¹ Vid., al respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, p. 64; RUDA GONZÁLEZ, A. (2008): *El daño ecológico puro, La Responsabilidad Civil por el deterioro del Medio Ambiente, con especial atención a la Ley 26, 2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Pamplona.

¹² MARÍN CASTÁN, F. (2012): *Supuestos de Responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, Madrid, pp. 243-291.

¹³ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, Pamplona, p. 45; CONDE PUMPIDO TOURÓN, C. (1990 y 1995): La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, *Revista de Derecho Ambiental*, p. 14 y Derecho de propiedad y protección del medio ambiente. La acción negatoria, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 255; PARRA LUCÁN, A. (1992): *La protección del medio ambiente*, Madrid, p. 17.

¹⁴ GARCÍMARTÍN ALFÉREZ, F. (2007): La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), *Diario La Ley*, octubre de 2007 (La Ley 5907, 5007).

¹⁵ GARCÍMARTÍN ALFÉREZ, F.: La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II), *Diario La Ley*, octubre de 2007 (La Ley 5907, 5007).

¹⁶ *Vid.* Sobre dicha normativa las referencias mencionadas por VINAIXA MIQUEL, M. (2006): *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, pp. 272-276.

¹⁷ http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/06_6-01_nordic-environmental-protection.xml

¹⁸ *Vid.* HERNÁNDEZ GIL, A. (1985): Las relaciones de vecindad..., *ob. cit.*, p. 130; SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, M.^a C. (1995): Las relaciones de vecindad..., *ob. cit.*, p. 2162.

¹⁹ *Vid.* en este sentido, ALONSO PÉREZ, M. (1994): La Protección jurídica..., *ob. cit.*, pp. 411-413; DÍAZ BRITO, F.J. (1999): El límite de tolerancia..., *ob. cit.*, p. 38; HERNÁNDEZ GIL, A. (1985): Las relaciones de vecindad..., *ob. cit.*, p. 131.

E, igualmente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo anteriormente citada, de la que ha destacado la STS de 12 de diciembre de 1980.

Aunque EGEA FERNÁNDEZ, J.: Acción negatoria, inmisiones ..., (1994), *ob. cit.*, pp. 105 y 156-158, argumenta, en contrario, «que la responsabilidad extracontractual no está dirigida a proteger solo a un concreto tipo de perjudicados (vecinos), ni distingue en relación al objeto de la tutela».

²⁰ ALONSO PÉREZ, M. (1994): La Protección jurídica..., *ob. cit.*, p. 413.

²¹ *Vid.* además, al respecto, entre la jurisprudencia más reciente, la SSTS de 7 de abril de 1997, que sintetiza al manifestar: «El número segundo del artículo 1908 del Código Civil configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados “por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades”».

Vid. También, al respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, pp. 69-72.

²² *Vid.*, al respecto, ALGARRA PRATS, E. (1995): La defensa jurídico-civil..., *ob. cit.*, pp. 453-455, quien, analizando el Derecho alemán, diferencia los supuestos de «incremento lineal» e «incremento progresivo». En el primer caso, se suman dos o más causas y se establece responsabilidad a prorrata, y en el segundo caso, del daño como efecto conjunto de actividades se responde solidariamente.

²³ Según algunos autores, la responsabilidad es independiente de la titularidad de un derecho real.

Vid., en este sentido, ALGARRA PRATS, E. (1995): La defensa jurídico-civil..., *ob. cit.*, pp. 162 y 448 y Responsabilidad civil por daños causados por inmisiones... (2001), *ob. cit.*, p. 642; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): La responsabilidad por inmisiones..., *ob. cit.*, p. 1983; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1993): *Sistema de Derecho Civil II., El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, pp. 634-635; SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, M.^a C. (1995): Las relaciones de vecindad..., *ob. cit.*, pp. 2161-2162.

²⁴ *Vid.* PEÑALVER I. CABRÉ, A. (2008): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus. Cap. VIII: «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales»*, (Director: Antoni Pigrau Solé).

²⁵ *Vid.*, también, RUDA GONZÁLEZ, A. (2008): *El daño ecológico puro*, pp. 235-238.

²⁶ *Vid.*, igualmente, la ya mencionada STS de 7 de abril de 1997.

²⁷ *Vid.*, el comentario a esta Sentencia de CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996): La responsabilidad por inmisiones..., *ob. cit.*, pp. 1957-1994, para quien, el artículo 1909, interpretado extensivamente, solo limita la responsabilidad del técnico a un determinado periodo de tiempo, pero no impone el litisconsorcio pasivo necesario con el propietario o empresario.

²⁸ *Vid.*, al respecto, EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): Acción negatoria, inmisiones ..., *ob. cit.*, pp. 192-193.

²⁹ *Vid.*, también, RUDA GONZÁLEZ, A. (2008): *El daño ecológico puro*, pp. 227-228, 347-350.

³⁰ *Vid.*, al respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.(1996): La responsabilidad civil por inmisiones..., *ob. cit.*, p. 24; EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): Acción negatoria, inmisiones..., *ob. cit.*, p. 57; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A (1997): Las inmisiones y molestias medioambientales, *ob. cit.*, p. 296. Y SSTs de 14 de mayo de 1963 y 23 de septiembre de 1988.

³¹ *Vid.* EGEA FERNÁNDEZ, J. (1994): Acción negatoria, inmisiones ..., *ob. cit.* pp. 164-165.

³² Cita SSTs de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 de marzo de 1993, 25 de mayo de 1993.

³³ *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.(1996): La responsabilidad civil derivada de los daños al medio ambiente, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996 (La Ley 2001, 22122).

³⁴ En este sentido, SSTs de 30 de octubre de 1963 (*RJ* 1963, 4231), 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero y 17 de marzo de 1981 (*RJ* 1981, 530 y 1009), 16 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 101), 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3727) y 7 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2743).

³⁵ *Vid.* CABANILLAS SANCHEZ, A. (1996): *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, Pamplona, pp. 147-162.

³⁶ VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (2008): *Principles of European Contract Law*, Sellier, München.

³⁷ [http: www.law-net.eu, en_index.htm](http://www.law-net.eu/en_index.htm)

³⁸ VON BAR, C. (2009): *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Munich.

Versión en castellano, dir. Prof. Miquel Martín Casals, y versión española de los comentarios correspondientes, revisada por Martín Casals y Pedro del Olmo (Coord. Francisco Oliva).

³⁹ *Vid.* MARTÍN CASALS, M. (2005): Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil». *In Dret* 2, 2005, pp. 15-17.

⁴⁰ OLIPHANT, K. y STEININGER, B. (2011): *European Tort Law. Basic Texts.*, Institute for European Tort Law. Austrian Academy of Sciences, Viena.

1.7. Concursal

Los efectos de la resolución del contrato de compraventa en el concurso de acreedores* (a propósito de la STS de 19 de julio de 2016)

The effects of the termination of a purchase agreement in the insolvency proceedings

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

Profesora Doctora de Derecho mercantil

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: Cuando el contrato de compraventa pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración de concurso se resuelve por incumplimiento de la concursada, ya sea ese incumplimiento anterior o posterior a la declaración de concurso, el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es un crédito contra la masa. No obstante, la parte *in bonis* está vinculada por su actuación en el concurso, de modo que el crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio será concursal cuando así fue comunicado por la parte *in bonis* y reconocido por la administración concursal.

ABSTRACT: *When a purchase agreement (not fully performed by either party upon the opening of insolvency proceedings) is terminated by the solvent buyer, and the termination is based on the breach of said agreement by the insolvent seller, then the buyer's right to restitution will be a claim against the estate, regardless of whether the breach occurred before or after the opening of insolvency proceedings. However, had the buyer's claim been notified as an insolvency claim, this qualification shall remain.*

PALABRAS CLAVE: Ley Concursal. Contratos con obligaciones recíprocas. Compraventa. Incumplimiento. Resolución. Restitución.

KEY WORDS: *Insolvency Act. Executory contracts. Purchase agreement. Breach of contract. Termination. Restitution.*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-71210-R, sobre «Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa», Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO: 1. LOS HECHOS RELEVANTES. 2. LAS RESOLUCIONES DE INSTANCIA. 3. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LAS NORMAS CONCURSALES RELATIVAS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: 1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO. 2. LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS Y SOBRE LAS FACULTADES CONTRACTUALES DE LAS PARTES. 3. LA AFECCIÓN DEL CONTRATO EN BASE AL INTERÉS DEL CONCURSO.—III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL CONCURSADO Y SUS EFECTOS: 1. LA REGULACIÓN CONCURSAL DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO. 2. LA SITUACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO. 3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO. 4. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO. 5. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO COMO LA COMPRAVENTA. 6. LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: LA VINCULACIÓN DE LA PARTE *IN BONIS* AL CONCURSO Y AL CONVENIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO

1. LOS HECHOS RELEVANTES

El 28 de diciembre de 2005 se celebra un contrato de compraventa de una parcela entre la vendedora Fadesa Inmobiliaria, S.A. (posteriormente, Martinsa Fadesa, S.A.) y la compradora Carpol Inversiones S.L. La entrega del inmueble estaba prevista para el mes de septiembre de 2006. No obstante, el 24 de julio de 2008 se declara el concurso voluntario de Martinsa-Fadesa, S.A., sin que se hubiera hecho entrega de la parcela, si bien la compradora había entregado algunas cantidades a cuenta del precio (en concreto, el último pago se efectuó en el mes de agosto de 2006).

En el mes de septiembre de 2008, la compradora comunicó en el concurso de acreedores el crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio; crédito que fue reconocido por la administración concursal e incluido en la lista de acreedores con la calificación de crédito concursal contingente, en cuanto dependía de la resolución del contrato. En marzo de 2011, se aprueba el convenio en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., y en el mes de febrero de 2012, la compradora comunica a la vendedora la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento contractual.

2. LAS RESOLUCIONES DE INSTANCIA

La empresa compradora, Carpol Inversiones, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de La Coruña interesando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento esencial de la vendedora; pretensión a la que se allanó la vendedora, que, sin embargo, se opone a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio más allá de los términos y condiciones previstos en el convenio aprobado en el concurso de acreedores, así como a la indemnización por daños.

El juzgado de primera instancia declara resuelto el contrato por incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega, y condena a la restitución de todo lo entregado a cuenta del precio más los correspondientes intereses. El

juzgado considera que, al momento de la declaración de concurso de Martinsa Fadesa S.A., el contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento tanto por el vendedor, que no había entregado el inmueble, como por el comprador, que no había pagado el precio, de modo que el crédito de la compradora *in bonis* —no concursada— era un crédito contra la masa. Ese crédito a la entrega de la vivienda, cuando se resuelve el contrato con posterioridad a la declaración de concurso, se convierte en un crédito por la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, que será igualmente un crédito contra la masa.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña, que conoce del recurso de apelación (Sentencia de 20 de enero de 2014), ratifica el pronunciamiento resolutorio, pero considera que el crédito restitutorio por las cantidades entregadas a cuenta del precio debe sujetarse al convenio concursal. Entiende que el crédito era concursal y no contra la masa, pues había nacido antes de la declaración de concurso, sin que la calificación de crédito concursal contingente que reconoció la administración concursal hubiera sido impugnada por la compradora *in bonis*. De ahí que el pago del crédito deba producirse en los términos del convenio aprobado en el concurso de acreedores de la vendedora.

3. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de casación planteado por la compradora *in bonis* se funda esencialmente en dos motivos:

1. La infracción de la jurisprudencia sobre el incumplimiento resolutorio (art. 1124 del Código Civil), al estimar resuelto el contrato con anterioridad al concurso, si bien la compradora no comunicó su intención de resolverlo hasta que, con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, deviene de imposible cumplimiento la obligación de entrega por la ejecución hipotecaria de la parcela objeto de la compraventa.

2. Y la infracción de la jurisprudencia sobre resolución del contrato de compraventa por incumplimientos anteriores al concurso (art. 62.1 LC), que considera que no es posible instar la resolución de los contratos de tracto único, como la compraventa, por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso. La parte *in bonis* solo puede ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento posterior de la concursada.

Frente a ello, el Tribunal Supremo entiende incontrovertidos los siguientes hechos:

En primer lugar, que en el momento de declararse el concurso de acreedores (en el mes de julio de 2008), la obligación de entrega del vendedor (exigible en el mes de septiembre de 2006) aún no se había cumplido, aunque estaba vencida. Por tanto, cuando se abre el proceso, el contrato se encontraba pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues la compradora tampoco había satisfecho la totalidad del precio. Al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, la obligación de entrega de la parcela a cargo de la vendedora en concurso debía realizarse con cargo a la masa (art. 61.2 LC).

En segundo lugar, que el incumplimiento de la concursada fue anterior a la declaración de concurso, con independencia de que la imposibilidad de cumplimiento tardío se constatará después, al ejecutarse la garantía sobre el bien.

Vencida la obligación de entrega de la parcela (en 2006), la vendedora se encontraba en situación de mora y su obligación pendiente de cumplimiento, como subsistía pendiente de cumplimiento la obligación de pago de la compradora. Con la ejecución de la hipoteca sobre el inmueble deviene imposible el cumplimiento tardío y la compradora ejerce la facultad resolutoria, pero el incumplimiento de la concursada había sido anterior al concurso.

No obstante, atendida la circunstancia de que la resolución del contrato es querida por ambas partes, el Tribunal solo se cuestiona los efectos derivados del ejercicio de la facultad resolutoria con posterioridad a la declaración de concurso. En este sentido, cuando la Ley Concursal regula los efectos que derivan del ejercicio de la resolución por incumplimiento en el proceso concursal (art. 62.4), no toma en consideración los efectos de la resolución sobre los contratos de tracto único, como la compraventa, sino que solo se refiere a los efectos sobre los contratos de tracto sucesivo. De ahí que contemple los posibles efectos liberatorios, liquidatorios e indemnizatorios de la resolución, pero no su eficacia restitutoria o *ex tunc*, que obliga a las partes a restituir lo recibido, propia de los contratos de tracto único, en los que «la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no». Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal, la laguna legal no impide entender esa eficacia restitutoria como un efecto consustancial a la extinción de los contratos con obligaciones recíprocas que, cuando estaban pendientes de cumplimiento por ambos contratantes al tiempo de la declaración de concurso, determina la calificación del crédito a cargo del concursado como un crédito contra la masa. Al margen de si debía o no resolverse el contrato por tratarse de un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, cuando se resuelva, el efecto restitutorio habrá de aplicarse indistintamente a todos los contratos de tracto único y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* será un crédito contra la masa.

Ahora bien, aunque la argumentación del Tribunal resulta favorable a las pretensiones de la compradora *in bonis*, no se estima el recurso planteado, pues la parte no concursada debe considerarse «vinculada por su actuación dentro del concurso». En consecuencia, al haber obtenido el reconocimiento de su crédito como crédito concursal contingente, «en cuanto que dependía de una resolución del contrato», sin que esa calificación hubiera sido impugnada mediante el correspondiente incidente concursal, debe mantenerse, pues devino firme, ya que el único competente para modificarla era el juez que conocía del concurso.

II. LAS NORMAS CONCURSALES RELATIVAS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS

1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO

En el Capítulo III, del Título III, de la Ley Concursal, se regulan los efectos del concurso de acreedores sobre los contratos (arts. 61 a 70). Dentro de estas normas, se distinguen especialmente las que establecen los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas, que constituyen la mayor parte de los contratos del tráfico¹.

Las disposiciones aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 LC) parten del principio de vigencia de los contratos tras la apertura

del procedimiento². Con arreglo a este principio, el contrato habrá de mantenerse en todos sus términos y no podrá resolverse por la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes. Además, para garantizar la eficacia del principio de vigencia, la ley dispone que «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (art. 61.3 LC). Sin embargo, el contrato no puede permanecer inmune frente las exigencias y fines concursales. De ahí que, junto a la regla de la vigencia, las normas faculen al concursado intervenido o a la administración concursal, en caso de suspensión, para ejercer la resolución del contrato en interés del concurso, y a cualquiera de los contratantes, concursado o parte *in bonis*, para pedir la resolución por incumplimiento; sin perjuicio de que el juez pueda enervar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato cuando lo considere conveniente para el interés del concurso.

Al mismo tiempo, la regulación deja a salvo aquellos supuestos especiales en los que las leyes contemplan la facultad de denuncia unilateral del contrato, o disponen la extinción del contrato en los casos de concurso de cualquiera de los contratantes, o bien permiten pactar expresamente esa extinción. Aunque la regulación parte de la vigencia del contrato tras la declaración del concurso, aquellas disposiciones legales que configuren el concurso como una causa de extinción del contrato o permitan la resolución *ad nutum* por cualquiera de las partes serían plenamente aplicables (v., art. 63 LC en relación con el art. 1732.3.º del Código Civil para el contrato de mandato, o 26.1-b LCA, para el contrato de agencia, o 279 CCom., para la comisión, entre otros).

En definitiva, el contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes se mantiene vigente tras la declaración de concurso siempre que no concurra un interés concursal que aconseje su resolución por el concursado o la administración concursal (art. 61 LC), y podrá resolverse por incumplimiento de cualquiera de las partes cuando el interés del concurso no exija que el juez acuerde el cumplimiento (art. 62 LC). Por tanto, la situación de los contratos tras la apertura del procedimiento se define en base al interés del concurso, y el legislador habría hecho prevalecer este interés sobre el interés particular de la contraparte *in bonis*³. Hay que tener presente, sin embargo, que los créditos derivados tanto del mantenimiento como de la resolución de los contratos son créditos contra la masa, lo cual supone una importante ventaja para la parte *in bonis*, que goza de un trato preferente frente al resto de acreedores concurrentes en el procedimiento (art. 84.2-6.º LC)⁴.

El régimen expuesto revela que, si bien la regla de la vigencia del contrato responde a las exigencias propias de un procedimiento que, en principio, «no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor» (v. Exp. de Mot. III, par. 4.º y art. 44 LC), y que manifiesta una clara preferencia por la solución convenida (v. Exp. de Mot. VI, par. 2.º y art. 100 LC) y por «la conservación de las empresas» (v. Exp. de Mot. VII, par. 5.º y art. 146 bis LC), también tiene como «finalidad esencial» la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. En aras de esa finalidad, el juez podría acordar el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor y el cese o la suspensión, total o parcial, de su actividad empresarial (art. 44.4 LC), e incluso la división o la realización aislada de todos o alguno de los elementos que componen la masa activa, cuando resulte más conveniente a los intereses del concurso (v. Exp. de Mot. VII, par. 5.º)⁵.

2. LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS Y SOBRE LAS FACULTADES CONTRACTUALES DE LAS PARTES

El concurso despliega sus efectos no solo sobre el contrato, sino también sobre los créditos que del mismo se derivan y sobre las facultades contractuales de las partes. En este sentido, al formular el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, la norma distingue, por un lado, «los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones»; y, por otro, los «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Esta diferenciación en base al grado de ejecución del contrato tiene trascendencia tanto para la calificación de los créditos derivados del negocio, cuanto para las facultades contractuales que pueden ejercer las partes. En el primer caso, cuando el contrato ha sido totalmente ejecutado por uno de los contratantes, el crédito o la deuda a favor o a cargo del concursado se integrará, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso, y la parte *in bonis* cumplidora no podrá resolver el contrato⁶. En el segundo caso, cuando el contrato no ha sido totalmente ejecutado por ninguno de los contratantes, «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa», y el contrato podrá resolverse en interés del concurso, ya sea por la administración concursal, en caso de suspensión, o por el concursado, en caso de intervención (art. 61.2-II LC), o bien a consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las partes (art. 62.1 LC).

Respecto de los créditos que derivan del contrato, son créditos contra la masa tanto los que resulten de prestaciones a cargo del concursado por los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, cuanto los que deriven de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria —en interés del concurso— o por incumplimiento del concursado. El crédito contra la masa es un crédito preferente dentro del procedimiento concursal (art. 84 LC). Se trata de créditos que surgen para satisfacer las propias exigencias del procedimiento, por los gastos y costas procesales, las necesidades del deudor y del mantenimiento de la actividad profesional o empresarial, o bien porque el legislador ha atribuido al crédito esa condición. Por tanto, son créditos extraconcursoales, que no se integran en la lista de acreedores, no son objeto de reconocimiento ni de clasificación, no padecen los efectos que el procedimiento genera sobre los créditos concursales y no participan de la solución convenida o liquidatoria, ya que, por regla general, deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos. Esa naturaleza especial del crédito contra la masa aparece en el ámbito de los contratos como la contrapartida adecuada ante el hecho de que el contrato se mantenga frente a la parte *in bonis* a pesar de las «incertidumbres» propias de la situación de insolvencia de la contraparte en concurso⁷. No obstante, la Ley Concursal contempla la posibilidad de que el crédito del contratante *in bonis* que resulte de prestaciones a cargo del concursado «en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso» (art. 84.2-6.º LC) se convierta en un crédito subordinado cuando «el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso» (art. 92.7.º LC).

En cuanto a las facultades contractuales que se reconocen a las partes, la singularidad de la resolución en interés del concurso o las especialidades que presenta la facultad de resolución por incumplimiento derivan de las exigencias que impone el proceso concursal. La resolución en interés del concurso es una

resolución de naturaleza «voluntaria», susceptible de producirse, aunque no concurra incumplimiento (v. art. 84.2-6.º LC). La resolución por incumplimiento, en cambio, si bien es manifestación de la facultad resolutoria que el Código Civil establece para los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas (art. 1124), exige para su ejercicio dentro del concurso la concurrencia de dos condiciones previas. La primera viene referida a la naturaleza del contrato, dado que la norma obliga a diferenciar los contratos de tracto único, como la compraventa, de los contratos de tracto sucesivo, como el suministro. Mientras que los primeros, una vez declarado el concurso, solo pueden resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración; los segundos pueden resolverse tanto por incumplimientos anteriores como posteriores a la apertura del procedimiento concursal (art. 62.1 LC). La segunda condición requiere atender al interés del concurso, ya que «aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso» puede acordar el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LC).

3. LA AFECCIÓN DEL CONTRATO EN BASE AL INTERÉS DEL CONCURSO

A nuestro modo de ver, atendida la configuración legal del principio de vigencia de los contratos, no puede afirmarse que los contratos con obligaciones recíprocas no se vean «afectados» por el concurso. Tanto el contrato como los créditos que del mismo se derivan y las facultades contractuales de las partes padecerán determinadas consecuencias en función de la naturaleza del negocio y del grado de ejecución de las obligaciones, así como en atención a las exigencias y fines concursales. Como otros elementos del activo concursal, los contratos deben dirigirse primordialmente a satisfacer las pretensiones de los acreedores de la mejor forma posible, ya sea mediante el convenio o la liquidación. De ahí que los efectos que despliega el concurso, especialmente la posibilidad de que el contrato se resuelva, aunque se esté cumpliendo de forma puntual y exacta, o bien se mantenga, aunque concurra una causa de resolución, solo pueden explicarse desde su funcionalidad para la consecución de los fines concursales encaminados a obtener la mayor satisfacción de los acreedores. Ahora bien, es posible que el legislador no haya tenido en cuenta el coste de priorizar el interés del concurso tal y como se articula en la regulación.

En principio, la facultad, atribuida al concursado o a la administración concursal, de resolver el contrato en interés del concurso, calificada como voluntaria, no tiene, sin embargo, carácter discrecional. Cuando al concurso interese la resolución el contrato, porque las ventajas que se obtendrían desde la perspectiva de la satisfacción de los acreedores concursales sean mayores si el contrato se resuelve que si se mantiene vigente, parece que debe pedirse la resolución, ya que, en otro caso, la masa activa se estaría gravando con créditos derivados de contratos pendientes que ya no interesan a los fines concursales o que pueden ser un obstáculo para la solución convenida o liquidatoria. Ahora bien, las consecuencias restitutorias e indemnizatorias derivadas de la resolución, con arreglo a la normativa, son créditos contra la masa, de modo que, los legitimados para ejercer esta acción habrán de valorar el coste, en términos de gravamen para la masa activa, que resulta de su ejercicio.

Asimismo, cuando el juez acuerde en interés del concurso el cumplimiento del contrato no obstante la concurrencia de una causa de resolución, la norma dispone que serán a cargo de la masa «las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Esta solución se ha entendido por gran parte de la

doctrina y por el Tribunal Supremo en el sentido de considerar a cargo de la masa tanto las prestaciones que eran debidas antes de la declaración de concurso, cuando el deudor aún no era concursado, como las debidas después, por el deudor-concursado. El fundamento de atribuir el carácter de créditos contra la masa a los créditos derivados de prestaciones a cargo del concursado cuando el juez enerve la resolución y acuerde el cumplimiento del contrato se encontraría en la propia reciprocidad contractual; y funcionaría como una «garantía para el derecho de la contraparte» *in bonis*, que se ve expropiada de su facultad de desligarse del contrato frente al incumplimiento del concursado. Ahora bien, la necesidad de asumir el pago de todos los créditos, en especial de toda la deuda anterior a la declaración de concurso, con cargo a la masa, podría condicionar las posibilidades de continuar con la actividad, la necesidad de obtener la mayor satisfacción de los acreedores mediante la solución convenida o liquidatoria y, en última instancia, podría supeditar el interés del concurso a la consecución de los intereses específicos del contratante *in bonis*⁸.

III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL CONCURSADO Y SUS EFECTOS

1. LA REGULACIÓN CONCURSAL DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Si entendemos que el concurso no supone la extinción del contrato y que este debe seguir cumpliéndose conforme a lo pactado, parece que, como una consecuencia lógica de la reciprocidad de las obligaciones, si uno de los contratantes no cumple, ya sea el concursado o la parte *in bonis*, el otro podría acudir a la facultad de resolución por incumplimiento (art. 62 LC en relación con el 1124 del Código Civil). En este sentido, el artículo 62 de la Ley Concursal establece que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos».

Desde el punto de vista sustantivo, la no afectación del concurso a la facultad resolutoria por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas solo concurre, como hemos visto, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, concursado y parte *in bonis*, de modo que la resolución no se admite cuando el contrato está pendiente de cumplimiento solo por un contratante. Además, la norma distingue entre los contratos de tracto único y los contratos de tracto sucesivo. Ambos podrían resolverse por incumplimiento de cualquiera de los contratantes posterior a la declaración de concurso, pero solo en los contratos de tracto sucesivo «la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso».

En cuanto a los requisitos procesales para ejercicio de la resolución por incumplimiento en el concurso, «la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal». A estos efectos, la norma no distingue el supuesto de que la resolución proceda del contratante *in bonis* por incumplimiento del concursado, en el que nos encontraríamos ante una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio del concursado (art. 8-1.º LC), de aquella situación en la que la acción procede de la administración concursal, en caso de suspensión, o del concursado intervenido con autorización de la administración concursal (art. 54 LC), y se dirige contra el patrimonio de la parte *in bonis*; supuesto en el que, conforme a las reglas generales, no tendría competencia el juez del concurso, sino el juez de primera instancia. Por tanto, dado que la regulación no discrimina en función

de la parte que ejerza la acción por incumplimiento, habrá de entenderse que, en todo caso, ya se promueva la resolución por la parte *in bonis* o por la contraparte en concurso, el juez competente será el juez del concurso y el trámite será el incidente concursal (arts. 192 a 194 LC)⁹.

Por otra parte, puesto que estamos ante una acción resolutoria en sentido propio, para el éxito de la misma no es suficiente cualquier incumplimiento, sino que deberá tratarse de un incumplimiento grave y total, sobre obligaciones principales, y de entidad suficiente para frustrar la finalidad perseguida con el contrato¹⁰.

En última instancia, la resolución que se ejerce en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tras la declaración de concurso presenta un «requisito» adicional específico: la necesidad de que no concurra un interés del concurso favorable al cumplimiento del contrato. Del mismo modo que el artículo 61 de la Ley Concursal atribuye al concursado o a la administración concursal la facultad de resolver el contrato en interés del concurso no obstante la regla de la vigencia del contrato, el artículo 62 reconoce al juez del concurso la facultad de acordar el cumplimiento del contrato, aunque exista causa de resolución, en atención al interés del concurso (art. 62.3 LC). Así, aunque concurra un incumplimiento grave y esencial, susceptible de frustrar la finalidad perseguida con el negocio, el juez del concurso podrá enervar el ejercicio de la resolución por incumplimiento si estima que al interés del concurso conviene la continuación del contrato¹¹.

2. LA SITUACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

Desde una perspectiva concursal, interesa poner de relieve la configuración del contrato de compraventa como un contrato con obligaciones recíprocas y de tracto único¹². En el supuesto enjuiciado por la Sentencia que comentamos se trataba, en concreto, de la compraventa de un inmueble con precio aplazado en la que ni el vendedor había entregado el bien en la fecha pactada, ni el comprador había pagado la totalidad del precio cuando se declara el concurso de la promotora-vendedora.

Según el Tribunal, el contrato se encontraba pendiente de cumplimiento por ambos contratantes al momento de la apertura del procedimiento concursal y, con arreglo a la normativa, la prestación a que venía obligado el concursado debía realizarse con cargo a la masa (art. 61.2-I LC). La administración concursal encontraría en el concurso un crédito a favor del comprador que habría de satisfacerse con cargo a la masa, el inmueble debía entregarse a la parte *in bonis* y, como contrapartida, en la masa activa se incluirían las cantidades entregadas a cuenta del precio. Aunque el cumplimiento no se llevó a cabo en el día pactado, al momento de declararse el concurso tampoco se había obrado en aras de la resolución del contrato y la ejecución de la prestación aún resultaba posible, de modo que la situación jurídica del deudor se correspondía con la mora. La perturbación del derecho de crédito se limitaba a la de un retraso cualificado que, en cualquier circunstancia, debe permitir al comprador que lo padece reclamar los daños y perjuicios derivados del retraso.

A nuestro modo de ver, los razonamientos del Tribunal son conformes con la regulación, si la declaración de concurso, por sí misma, no puede afectar a la vigencia del contrato, tampoco puede impedir que el cumplimiento íntegro tenga lugar una vez declarado el concurso, aunque esta posibilidad presuponga

el incumplimiento del contrato con anterioridad a la declaración de concurso. Así, a juicio del Tribunal, no cabe duda de que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, aunque no se ejerciera la facultad resolutoria hasta mucho tiempo después, de modo que, al momento de la declaración de concurso, el contrato estaba aún pendiente de cumplimiento por ambos contratantes.

3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO

Ahora bien, en este supuesto, aunque el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes, la cuestión de la calificación de los créditos que del mismo se derivan resulta controvertida.

En principio, la obligación de entrega de la vivienda debió cumplirse antes de la declaración de concurso, de modo que, en el momento de abrirse el procedimiento, esa obligación ya había vencido y ya se había producido el incumplimiento de la vendedora. Por tanto, según una posible interpretación, si tenemos en cuenta que la existencia del crédito concursal se vincula al vencimiento de la obligación¹³, en el momento de la declaración de concurso existiría un crédito vencido y exigible, que debería incluirse en la lista de acreedores y formaría parte de la masa pasiva del procedimiento. Un crédito concursal que, al tener por objeto una prestación no dineraria, debería computarse por el valor de la prestación en la fecha de la declaración de concurso (art. 88.3 LC)¹⁴.

Frente a ello, el Tribunal Supremo entiende que se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, en el que las prestaciones a cargo del concursado son créditos contra la masa. El vendedor mantendría su obligación de entrega de una cosa cierta y determinada, que habría de realizarse con cargo a la masa, y que, aunque sea susceptible de valoración económica, no debería computarse en el pasivo concursal. Los créditos contra la masa no se computan en la lista de acreedores. En este sentido, se ha afirmado que las reglas del cómputo de los créditos en dinero (art. 88 LC) no se aplican a los contratos pendientes de ejecución en el concurso, ya que la ley «ha establecido para ellos un régimen particular, reconociendo a la administración concursal un derecho de opción entre el cumplimiento y la resolución del contrato (art. 61)»¹⁵.

A nuestro modo de ver, si el contrato se entiende pendiente de cumplimiento por ambas partes y las prestaciones habrán de seguir el curso de su ejecución conforme a lo pactado, la protección que la norma otorga al acreedor *in bonis* (comprador) se cifra en la consideración del crédito como un crédito contra la masa que no estaría sujeto a convenio. La parte no concursada tendrá derecho a la prestación *in natura* o en su defecto al equivalente pecuniario. Y el crédito se vería reflejado en la relación separada de créditos contra la masa, que también habrá de acompañar el informe de la administración concursal (art. 94.4 LC)¹⁶, de modo que no puede decirse que el crédito no tiene reflejo en el concurso por el hecho de que no se refleje en la lista de acreedores. Ahora bien, por su propia naturaleza, esa relación de créditos contra la masa está expuesta a cambios continuos. Un claro ejemplo lo constituyen los créditos derivados de contratos que continúan en vigor tras la declaración de concurso. Estos créditos pueden verse modificados atendido el régimen especial aplicable a los contratos, que contempla la posibilidad de que el contrato se resuelva en interés del concurso o por incumplimiento.

Sin embargo, en el supuesto que comentamos, no se indica que la administración concursal considerara la existencia de un crédito contra la masa por la

entrega de la parcela, y la parte *in bonis* tampoco comunica en el concurso un crédito por la prestación insatisfecha, que se consideraba vencida y era exigible (esto es, la prestación de entrega de la parcela), sino un crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio¹⁷. La única explicación que puede encontrarse a esta actuación de los compradores en los contratos de compraventa a plazos pendientes de cumplimiento por ambas partes en los que se realizaron entregas a cuenta del precio, se encuentra en la necesidad del comprador de verse reconocido como acreedor en el procedimiento. El contratante *in bonis* tiene conciencia de que solo los reconocidos en la lista de acreedores por la administración concursal pueden participar de la solución convenida o liquidatoria, de modo que, el comprador teme la pérdida de las cantidades entregadas si no son reconocidas en el pasivo¹⁸. Ahora bien, el reconocimiento en el concurso de un crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio dependerá en todo caso de la suerte que corra el contrato en el procedimiento, de ahí que la administración concursal acuda a los supuestos especiales de los créditos contingentes. Si el concursado cumple con su obligación de entrega del inmueble, el comprador no podrá ser reconocido como acreedor en el procedimiento, sino que será deudor del pago del precio que reste. Solo si el concursado no cumple con su obligación de entrega del inmueble, podrá la parte *in bonis* pedir la resolución del contrato por incumplimiento y reclamar el crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. No obstante, en este caso, la parte *in bonis* no podía acudir a la resolución, ya que, con arreglo a la normativa, esta posibilidad solo le asiste cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. Según el tenor literal del artículo 62.1, si el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso no es posible el ejercicio de la resolución en los contratos de tracto único como la compraventa. Por consiguiente, en el supuesto enjuiciado, si no era posible instar la resolución (porque, como afirma el Tribunal, no cabe duda de que el incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso) no puede hablarse de contingencia. Sin embargo, la administración concursal reconoce el crédito comunicado por las cantidades entregadas a cuenta del precio como crédito concursal contingente sin cuantía propia. Una calificación que, en modo alguno, resulta adecuada para esos créditos del comprador *in bonis*, ya que no pueden considerarse créditos sujetos a condición o litigio (art. 87.3). Por un lado, no parece que, en este caso, el crédito pueda entenderse como litigioso, ya que, al tiempo de la declaración de concurso, no consta contienda alguna que deba solucionarse durante la tramitación del procedimiento. Por otro, podría pensarse que la justificación de ese reconocimiento del crédito se halla en el hecho de asimilarlo a los créditos sometidos a condición suspensiva, en la medida en que la existencia del crédito no es segura, pues dependía del incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble y, en concreto, de la resolución del contrato¹⁹. Pero, con independencia del hecho de que en este caso no fuera admisible la resolución, no creemos que constituya una condición lo que simplemente es una consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación, que depende de la voluntad del deudor²⁰.

4. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

Si, en el ámbito del Derecho privado, la compraventa, tanto al contado como a plazos, se configura como un contrato de tracto único, cuando se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes (porque ni el vendedor entregó

el bien ni el comprador pagó el precio), podrá resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, pero no por incumplimientos anteriores. Esta es la interpretación del Tribunal Supremo cuando afirma que, después de la declaración de concurso, «la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan solo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; [...] [C]onsiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único»²¹. No obstante, esta postura no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia²².

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal no aborda el tema, pues «la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida», y considera que su decisión debe limitarse únicamente a la contienda en torno a los efectos derivados de la resolución. Sin embargo, en sus argumentos *obiter dicta*, insiste en el hecho de que el incumplimiento de la vendedora es anterior a la apertura del procedimiento, y aprovecha para señalar que, en supuestos semejantes, cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso y no se ejerce la resolución, la conclusión es que no sería posible hacerlo después.

Aunque el debate sobre la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento no llega a plantearse, en los contratos de tracto único, como la compraventa, ese debate se contrae a la determinación del momento en que se produce el incumplimiento. En este supuesto, ese momento habría de coincidir, según el Tribunal, con la fecha establecida en el contrato para el cumplimiento de la obligación de entrega de la parcela por parte de la vendedora, anterior a la declaración de concurso —en 2006—. Posteriormente, la ejecución de la garantía hipotecaria que gravaba la parcela, aunque permita constatar la imposibilidad de cumplimiento, no origina el incumplimiento, si bien hasta entonces la obligación estaba pendiente de ser cumplida y la vendedora se encontraba en situación de mora.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, en las circunstancias descritas, el deudor no cumple en plazo, pero el término de cumplimiento no podía entenderse «esencial», pues se produce un estado de mora, de modo que solo después, cuando la obligación se hace sobrevenidamente imposible, puede hablarse de incumplimiento definitivo²³. Y si entendemos que el incumplimiento resolutorio que contempla la Ley Concursal debe tener el carácter de incumplimiento definitivo, grave y esencial, sería posible concluir que en el caso que nos ocupa ese incumplimiento no fue anterior sino posterior al concurso. Inicialmente, los hechos apuntan a un supuesto de retraso no resolutorio. El término no era esencial y el comprador habría admitido una entrega tardía, pero puede constituir en mora al vendedor, mediante la correspondiente interpelación, y reclamar los daños derivados del retraso. En términos del artículo 1124 del Código Civil, el perjudicado ha optado por el cumplimiento porque todavía era posible y susceptible de satisfacer su interés. Cuando vencida y exigible la obligación de entrega el vendedor no cumple (septiembre de 2006), el comprador ya podía pedir la resolución, pero opta por esperar un cumplimiento tardío, que se prolonga hasta el momento de la frustración del fin del negocio con la imposibilidad de la prestación (la resolución se comunica en febrero de 2012). En estas circunstancias, habrían concurrido hasta tres manifestaciones posibles del incumplimiento: aquel que se conecta al término señalado para cumplir, aquel que se conecta al retraso intolerable para el acreedor y aquel que se conecta a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Pues bien, parece que solo en el tercer estadio, con la frustración del fin perseguido por el negocio, el incumplimiento habría tenido para el acreedor la

suficiente gravedad y relevancia para convertirse en resolutorio. Por tanto, en este caso concreto, el incumplimiento relevante para la resolución concursal que debe tomarse en consideración es el incumplimiento definitivo que viene conectado a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, con la cesación de la situación de incertidumbre sobre el cumplimiento posterior del deudor²⁴.

5. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO COMO LA COMPRAVENTA

La decisión del Tribunal se contrae a los efectos de la resolución por incumplimiento, que deben ser los previstos en la norma específica. El artículo 62.4 de la Ley Concursal establece los efectos liberatorios de la resolución, al considerar extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. A continuación, recoge una regla de liquidación, al distinguir dentro de las obligaciones vencidas, según que el incumplimiento del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. En el primer caso, «se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales», es decir, será concursal el crédito por la contraprestación a favor de la parte *in bonis* cumplidora. En el segundo caso, cuando el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, «el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa», esto es, será crédito contra la masa el crédito por la contraprestación a favor de la parte *in bonis* cumplidora. Por último, la norma mantiene que, tanto en uno como en otro caso, «el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».

El precepto, de alcance limitado (dado que solo contempla la situación de incumplimiento del concursado anterior o posterior a la declaración de concurso, y no se plantea el incumplimiento de la parte *in bonis* o una situación de incumplimiento continuado, anterior y posterior a la declaración de concurso), regula únicamente los efectos de la resolución en los contratos de tracto sucesivo²⁵. Como pone de manifiesto el Tribunal en la resolución que comentamos, los efectos de la resolución recogidos por la norma son liberatorios, liquidatorios y, en su caso, indemnizatorios, pero no restitutorios. Y es que, a su modo de ver, no tiene sentido una eficacia restitutoria y *ex tunc* de la resolución, cuando estamos ante contratos que generan obligaciones periódicas que se van satisfaciendo recíprocamente. Cuando el contrato de tracto sucesivo se resuelve, las partes se liberan de las obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento, en tanto que, respecto de las obligaciones vencidas, la relación debe liquidarse. La parte *in bonis* cumplidora tendrá un derecho de crédito por la contraprestación insatisfecha en cada incumplimiento de la concursada. El acreedor que no ha obtenido la contraprestación no dispone de un derecho de crédito a la restitución de la prestación que realizó y quedó sin contrapartida, sino de un derecho de crédito por la contraprestación incumplida a cargo del concursado. De ahí que la ley atribuya a ese derecho de crédito una calificación diferente según que el incumplimiento del concursado se sitúe antes o después de la declaración de concurso. En el primer caso, el crédito de la parte *in bonis* es concursal. En el segundo caso, debe satisfacerse con cargo a la masa²⁶.

Ahora bien, para el Tribunal, el hecho de que el efecto restitutorio —propio de la resolución en los contratos de tracto único, como la compraventa— no venga expresamente previsto en la Ley Concursal, «no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del con-

cursado». No se trataría solo de un efecto «connatural al carácter recíproco de las obligaciones», sino que, además, se acomodaría mejor a la previsión contenida en el artículo 61.2 de la Ley Concursal que, «califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento de la concursada». En consecuencia, «al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa».

A nuestro modo de ver, el Tribunal adopta una perspectiva contractual, en la que la prestación a cargo de ambas partes en el contrato se configura como objeto unitario de una sola obligación, ya se ejecute en una o varias veces. En tales circunstancias, si uno de los obligados no cumple el otro debe poder liberarse de su obligación y, en todo caso, retornar a la situación anterior al incumplimiento. Dado que en estos contratos no cabe fraccionar el cumplimiento y, por ende, el incumplimiento, y que declarado el concurso el crédito de la parte no concursada constituía un crédito contra la masa, una vez resuelto el contrato, el crédito resultante será igualmente un crédito contra la masa. Por tanto, cuando el contrato de compraventa se resuelva por incumplimiento del concursado, el efecto restitutorio que debe aplicarse «indistintamente» a todos los contratos de tracto único originará un crédito contra la masa²⁷.

El Tribunal comparte la opinión de la doctrina más autorizada que, en ausencia de una norma expresa que limite la eficacia de la resolución por incumplimiento para los contratos de tracto único en el concurso, entiende que producirá los efectos que le son propios, ya se le atribuyan efectos retroactivos reales o meramente obligacionales. En este sentido, la resolución por incumplimiento de un contrato de tracto único en el concurso de acreedores genera una situación similar a la que se origina cuando se ejercitan acciones de reintegración de la masa (art. 73): la Sentencia debe declarar la resolución y condenar a la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que «el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa»²⁸.

Frente a ello, se observa que, así como en el apartado primero del artículo 62 de la Ley Concursal se toma en consideración la diferencia entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo, el apartado 4 no tiene en cuenta esa distinción, de modo que los efectos que allí se contemplan deben aplicarse a ambas categorías de contratos. Además, la razón de esa falta de diferenciación podría hallarse en el hecho de que, desde el punto de vista funcional, los acreedores que han cumplido frente al concursado incumplidor son por esencia los acreedores concursales, que deben buscar su satisfacción en clave de convenio o de liquidación. Por consiguiente, el hecho de que la norma no aluda a la restitución no significa que la descarte cuando, como afirma el Tribunal, se trata de un efecto consustancial a la resolución de los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas. En este sentido, el precepto permitiría entender que, acordada la resolución, si el incumplimiento de la vendedora fue anterior a la declaración de concurso, el crédito de la compradora por la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, será un crédito concursal; en tanto que, si el incumplimiento sobrevino una vez declarado el concurso, será un crédito contra la masa²⁹. No obstante, esta solución es cuestionable desde una perspectiva estrictamente contractual, ya que la calificación de ese crédito restitutorio como concursal no permite una verdadera restitución, pues solo se produce en los límites del convenio o de la liquidación³⁰.

6. LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: LA VINCULACIÓN DE LA PARTE *IN BONIS* AL CONCURSO Y AL CONVENIO

Aunque la calificación del crédito por la restitución del precio como crédito contra la masa coincide con la tesis de la parte recurrente *in bonis*, el recurso es desestimado. El Tribunal considera que la parte *in bonis* debe quedar vinculada por su actuación dentro del concurso y, en concreto, por el hecho de que su crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio fue comunicado, reconocido y clasificado como crédito concursal contingente; calificación que, al no ser impugnada, devino firme, condicionando el resultado de la acción ejercitada³¹.

Ahora bien, tras estos razonamientos del Tribunal subyace —mas no llega a plantearse— la problemática de una resolución que se ejerce una vez aprobado el convenio. Con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133 LC) y se generan efectos novatorios sobre todos los créditos comprendidos en su ámbito subjetivo de aplicación (art. 136 LC). Atendida esa eficacia novatoria, sería dudosa la posibilidad de ejercicio de la resolución y, en todo caso, ejercida la resolución, surgiría el problema de la calificación de un crédito restitutorio que no podría calificarse como concursal ni como crédito contra la masa³².

IV. CONCLUSIONES

I. La Ley Concursal no regula las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas y de tracto único como la compraventa.

II. La restitución de las prestaciones es un efecto consustancial a la resolución en los contratos con obligaciones recíprocas aun cuando la resolución se ejerza en el seno del concurso de acreedores.

III. Si el contrato de compraventa pendiente de cumplimiento por ambas partes cuando se declara el concurso se resuelve por incumplimiento de la vendedora concursada, ya sea ese incumplimiento anterior o posterior a la apertura del procedimiento, el crédito por la restitución de las cantidades entregadas por el comprador *in bonis* a cuenta del precio será, en todo caso, un crédito contra la masa.

IV. La parte *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas estará vinculada por su actuación dentro del procedimiento y, si no impugna la lista de acreedores, deberá estar y pasar por la calificación atribuida a su crédito.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 11 de octubre de 2011
- STS de 9 de abril de 2013
- STS de 13 de noviembre de 2013
- STS de 24 de julio de 2013
- STS de 25 de julio de 2013
- STS de 22 de julio de 2014
- STS de 26 de marzo de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN SANCHO, M. (2014). Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores, *ADCo*, núm. 32, 285-325.
- BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1492-1524.
- (2012). Créditos contra la masa. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, 877-899.
- BERMEJO, N. (2004). Artículos 87 y 88. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1559-1595.
- BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO, A. (2015). Tres estudios sobre resolución contractual y concurso. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (Rojo, A., Campuzano, A.B.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1813-1843.
- (2010). Derecho de contratos. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2009). http://www.gomezacebopombo.com, media, k2, attachments, concurso_de_la_inmobiliaria_promotora_y_situacion_concursal_de_los_contratos_de_compraventa_de_vivienda_con_precio_adelantado.pdf
- CLEMENTE, M. (2007). Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio. *ADCo*, núm. 10, 203-228.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la Ley Concursal* (Bercovitz, R., coord.). Madrid: Tecnos, 669-717.
- GARRIDO, J. M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1681-1698.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la legislación concursal* (Sánchez Calero, Guilarte Gutiérrez, dirs.), Valladolid: Lex Nova, 1139-1179.
- (2005). Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2787-2828.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2013). Eficacia del contrato. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1305-1351.
- MADRAZO, J. (2013). Los efectos del concurso sobre los contratos. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1197-1228.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1117-1188.
- (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *ADCo*, núm. 13, 57-114.
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22, 2003, de 9 de julio, Concursal). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2949-2974.
- MONSERRAT, A. (2008). Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales. *ADCo*, núm. 14, 71-120.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2010). *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ROJO/BELTRÁN. (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi.
- SALELLES, J. R. (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 3155-3193.
- SALINAS, C. (2011). Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos. *ADCo*, núm. 24, 99-135.
- SÁNCHEZ PAREDES, M. L. (2009). Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *ADCo*, núm. 18, 423-473.
- (2012). Contratos y concurso. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, 713-730.
- (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A.B., Sanjuán y Muñoz, E., dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 473-505.

NOTAS

¹ La razón por la que esta categoría contractual merece un tratamiento específico dentro del procedimiento concursal deriva de que, en el Derecho privado, se establece un sistema de tutela del contratante cumplidor que se funda en la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso y en la facultad de resolución por incumplimiento. Por la primera, el contratante al que se exige el cumplimiento conforme a lo pactado puede oponerse a la demanda alegando la falta de cumplimiento de la contraparte o el cumplimiento defectuoso de la prestación (arg. ex arts. 1466 y 1467 del Código Civil). Por la segunda, en caso de que uno de los obligados con carácter recíproco no cumpliera lo que le incumbe, la contraparte cumplidora, «podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (art. 1124 del Código Civil). La posibilidad de ejercicio de estos mecanismos de tutela en el seno del procedimiento concursal se enfrenta con los principios y reglas concursales, que imponen el sometimiento de todos los acreedores al concurso. Ante la falta de cumplimiento del concursado, el contratante dispuesto a cumplir podría, o bien obtener un cumplimiento íntegro conforme a lo pactado, o bien resolver el contrato y liberarse de su obligación o conseguir la restitución de la prestación ejecutada por su parte. Mientras que los demás acreedores del concursado están sujetos al procedimiento y a la solución convenida o liquidatoria, la parte *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas podría colocarse al margen del procedimiento concursal o privar al concurso de un elemento del activo patrimonial necesario para la consecución de los fines concursales.

Por otro lado, si frente a esos mecanismos de tutela propios de los contratos con obligaciones recíprocas se imponen los principios concursales, se acabaría con la reciprocidad característica de la contratación, ya que la parte *in bonis*, a cambio del cumplimiento íntegro de su prestación, solo podría aspirar a un cumplimiento en moneda concursal, en los límites del convenio o de la liquidación.

Se enfrentan así, el interés del concurso y el interés del contratante *in bonis* en esta categoría de contratos, pues, una vez abierto el procedimiento, el contrato no se resuelve en un crédito a favor del concurso, que incrementa la masa activa, o una deuda en su contra, que incrementa la masa pasiva, sino que el crédito a favor del concursado tiene como contrapartida una obligación a su cargo, y el incremento de la masa activa supone un correlativo incremento de la masa pasiva. Si el concurso quiere la prestación a cargo de la contraparte *in bonis* deberá cumplir conforme a lo pactado la prestación a cargo del concursado. V. ANTÓN SANCHO, M. (2014). Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores, *ADCo*, núm. 32, pp. 287 y sigs.; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2010). Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales. Valencia: Tirant lo

Blanch, p. 28. También, SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A.B., Sanjuán y Muñoz, E., dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 478 y 479.

² Es decir, «como regla general, debe entenderse que todos los contratos siguen en vigor, aunque se hubiera declarado el concurso», v. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, p. 27; también, MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1121; SALELLES, J. R. (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 3165; MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22, 2003, de 9 de julio, Concursal). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 2957; BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 60; MONSERRAT, A. (2008). Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales. *ADCo*, núm. 14, p. 85; SALINAS, C. (2011). Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos. *ADCo*, núm. 24, p. 103; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 484.

³ V. GARCÍA VICENTE, J. R. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la Ley Concursal* (Bercovitz, R., coord.). Madrid: Tecnos, p. 672; también, MADRAZO, J. (2013). Los efectos del concurso sobre los contratos. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1198; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 480.

⁴ En este sentido BELTRÁN (2012) afirmaba que «[L]os créditos contra la masa —a diferencia de los concursales— no se someten a las exigencias del concurso de acreedores, sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y al tiempo de pago. No se trata, en efecto, de una simple prioridad temporal en el pago de los créditos contra la masa respecto del reparto del activo resultante de la liquidación, sino de una *satisfacción ordinaria*, al margen del concurso, que permite que los créditos contra la masa hayan de ser satisfechos incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de que se apruebe el convenio», v. Créditos contra la masa. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, p. 892.

⁵ Los contratos, en cuanto elementos del activo patrimonial, estarán sujetos a la satisfacción de los acreedores, y deberán valorarse en aras de su funcionalidad para la consecución de los fines del concurso. V. MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, *cit.*, p. 1143; GÓMEZ MENDOZA, M. (2005). Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 2788; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 485 y 486; y (2012). Contratos y concurso. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, pp. 717 y 718.

Al respecto, hay que tener en cuenta que las últimas reformas concursales, especialmente la debida al Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, convalidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se manifiestan resueltamente encaminadas a favorecer el mantenimiento de la actividad y de la empresa. Con este fin, se superan algunos de los límites y prohibiciones que afectaban al convenio concursal en la redacción originaria de la ley; aunque, es en el ámbito preconcursal, y al objeto de flexibilizar el régimen de los convenios preconcursales, donde mayor incidencia han tenido las reformas, dirigidas a favorecer y procurar la continuidad de las empresas económicamente viables (v. Preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014).

⁶ El artículo 62 de la Ley Concursal dispone que «[L]a declaración de concurso *no afectará* a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes»; y el apartado 2 del artículo 61 se refiere a «los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimen-

to tanto a cargo del concursado como de la otra parte». De ahí que, cuando se trate de un contrato del apartado 1 del artículo 61, en los que solo una parte queda obligada, porque la otra ha cumplido íntegramente sus obligaciones, la declaración de concurso *afectará a la facultad de resolución de los contratos*, y la contraparte *in bonis* cumplidora no podrá pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada.

En cuanto a la resolución del contrato en interés del concurso, también se regula como una facultad atribuida al concursado o a la administración concursal en los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 I y II LC). Por tanto, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento solo por un contratante no podría ejercerse esta facultad. Si el que cumplió es el concursado, y el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*, lo que se ejercerá por el concursado intervenido o la administración concursal —considerando evidentemente el interés del concurso— es la facultad de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento, con indemnización de daños e intereses en ambos casos. Y si el que cumplió fue el contratante *in bonis* y el contrato solo está pendiente de cumplimiento por el concursado, el contratante cumplidor no podrá acudir ni a la resolución por incumplimiento, ni a la resolución que se ejerce en *interés del concurso*. El artículo 61.1 de la Ley Concursal no contempla otra solución para el contratante *in bonis* que ha cumplido íntegramente la prestación a su cargo cuando se declara el concurso, que la de considerar su crédito como concursal, sujeto a comunicación, reconocimiento y clasificación en la lista de acreedores, por lo que integrará la masa pasiva del procedimiento.

En relación con la imposibilidad de resolver por incumplimiento los contratos cumplidos por una de las partes cuando se declara el concurso, v., especialmente, MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *ADCo*, núm. 13, pp. 59 a 65.

Por su parte, el Tribunal Supremo considera que los únicos contratos susceptibles de ser resueltos en interés del concurso o por incumplimiento, son los que presentan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, v. SSTs 11.10.2011 y 9.4.2013, la primera puede encontrarse reseñada en el *ADCo*, núm. 26, pp. 578 y 579; la segunda, en el *ADCo*, núm. 31, pp. 582 a 584. V., también, la jurisprudencia reseñada en ROJO/BELTRÁN. (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, p. 188.

⁷ Así, BELTRÁN (2004) consideraba que «el contrato concluido por el deudor —más tarde concursado— se convierte en un contrato de masa, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por el deudor, con cargo a la masa, como por la contraparte» v. Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1519

⁸ V. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 493 y 499-500.

⁹ V. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 496.

¹⁰ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículo 62. Resolución por incumplimiento. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, pp. 1165 y 1166. También, en relación con la configuración del incumplimiento resolutorio por el Tribunal Supremo, STS de 13 de noviembre de 2013 [Resolución de 1217/2011].

¹¹ Precisamente, la STS de 22 de julio de 2014 [Recurso 2278/2012], en relación con contratos de compraventa de inmuebles en los que se demanda la resolución por incumplimiento, entiende que la Ley Concursal confiere al juez del concurso «la potestad para desestimar las pretensiones resolutorias de la relación contractual deducidas por los contratantes perjudicados por el incumplimiento, [...] pese a que, de no exigirlo el interés del concurso, las mismas deberían ser estimadas». A juicio del Tribunal, el ejercicio de esa potestad, dirigida a persistir en el cumplimiento (y no totalmente extraña al 1124 del Código Civil), implica la exigencia de un nuevo requisito para el éxito de la acción resolutoria, v., la reseña, en el *ADCo*, núm. 35, pp. 341 y 342.

¹² A la configuración de la compraventa como un contrato de tracto único alude la propia resolución que comentamos, con cita de la STS de 24 de julio de 2013, a la que puede añadirse otra de contenido análogo de 25 de julio de 2013, de la que es ponente también Ignacio Sancho Gargallo. V., la reseña de ambas, en el *ADCo*, núm. 31, pp. 600 a 603.

En la jurisprudencia se entiende de forma pacífica que la compraventa no deja de ser un contrato de tracto único por el hecho de que el precio se fraccione en diferentes plazos, v. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, pp. 308 y 309.

¹³ Son varios los preceptos que en la Ley Concursal avalan este criterio, así, el artículo 6.2-4.º que dispone, en relación a los documentos que deben acompañar la solicitud de concurso voluntario, la necesidad de expresar «el vencimiento de los respectivos créditos», y el artículo 94.2, referido a la estructura y contenido de la lista de acreedores, que contiene la exigencia de expresar el «vencimiento de los créditos reconocidos»; pero, también, el artículo 146, que establece «el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados». De ahí la importancia de consignar el vencimiento a la hora de determinar las cantidades que el deudor tiene derecho a percibir (arg. ex art. 159 LC). V. GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1690.

¹⁴ Este parece ser el sentido de las consideraciones de CARRASCO (2009), cuando afirma: «a pesar de que el contrato continúe, el deber de entrega de la vivienda es crédito ordinario y no concursal, pues no ha sido una obligación que venciera después de la fecha de la declaración de concurso», V. Concurso de la inmobiliaria promotora y situación concursal de los contratos de compraventa de vivienda con precio adelantado, http://www.gomezacebopombo.com/media/k2/attachments/concurso_de_la_inmobiliaria_promotora_y_situacion_concursal_de_los_contratos_de_compraventa_de_vivienda_con_precio_adelantado.pdf, p. 2.

También, SALELLES (2005), al considerar la posibilidad de que el contrato incumplido en el momento de la declaración de concurso pueda cumplirse después, razona que, atendiendo a la posición jurídica de la parte no concursada, «las consecuencias pueden no ser muy diferentes de las establecidas en relación con el cumplimiento íntegro efectuado con anterioridad a aquel momento», es decir, crédito concursal concurrente, v. La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, *cit.*, p. 3164.

¹⁵ V. BERMEJO, N. (2004). Artículo 88. Cómputo de los créditos en dinero. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1581.

Asimismo, el artículo 84.2-6.º LC, como hemos visto, considera créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

En cambio, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 303 a 307, entiende que los créditos derivados de las obligaciones pendientes de las partes deberían verse reflejados en el concurso. Frente al criterio de la Junta de Jueces Mercantiles de Barcelona (acuerdo de 15 de julio de 2010), que en el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes considera que «tales contratos no deberán tener reflejo alguno ni en el inventario (cantidad pendiente de pago por el comprador) ni en la lista de acreedores (obligación de entrega de la cosa, derecho de crédito del comprador), ya que el comprador ostenta un crédito contra la masa», en la práctica se habría puesto de relieve la necesidad de incluir en el pasivo el valor del inmueble como crédito concursal ordinario del comprador (art. 88.3 LC), y correlativamente en el activo, un derecho de crédito de la concursada por la parte del precio aplazado.

¹⁶ Esa relación separada, donde se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, cumple la función esencial de informar a los acreedores y demás interesados sobre el coste del procedimiento concursal y, por tanto, sobre la situación de la masa activa, de modo que el criterio más lógico para la ordenación de los créditos es el de la fecha de vencimiento. V. GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido, *cit.*, pp. 1697 y 1698. Y, especialmente, BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa, *cit.*, p. 1504.

¹⁷ Esta sería la situación propia de un contrato celebrado antes de la declaración de concurso, en el cual la entrega estaba prevista también en una fecha anterior a la apertura

del procedimiento y que, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador habría resuelto extrajudicialmente con anterioridad al concurso de acreedores del vendedor. En tal caso, el comprador debería comunicar su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio más el interés legal y los correspondientes daños, que sería calificado como crédito concursal.

¹⁸ FERNÁNDEZ SEIJO (2013) afirma la necesidad de reflejar los contratos en la configuración de la masa activa y pasiva del concurso, dado que la solución contraria «da cierto vértigo sobre todo en aquellos supuestos en los que es previsible el incumplimiento o ese incumplimiento ya se ha producido de hecho», v. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 320. Si bien, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, considera que «las expectativas de los compradores» que habrán de figurar en la masa pasiva, coinciden con el derecho a la entrega de cosa cierta y determinada que habrá de valorarse conforme a las reglas del artículo 88, *supra*, n. 15.

¹⁹ V. BERMEJO, N. (2004). Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, pp. 1566 y 1567. El crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio surgiría en el momento de la resolución del contrato y su cuantía se determinaría en atención a las cantidades entregadas a cuenta del precio hasta entonces, ya que el contrato debió seguir cumpliéndose por ambas partes conforme lo acordado.

²⁰ V. CARRASCO, A. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 552 a 554.

²¹ V., Sentencias citadas de 24 y 25 de julio de 2013, *supra*, n. 12.

²² V., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, pp. 66 a 72, quien entiende que no puede admitirse esa pretendida interpretación literal, no solo porque la norma no dice que los contratos de tracto único no puedan resolverse por incumplimientos anteriores —en realidad, solo aclara que, en los contratos de tracto sucesivo, la facultad resolutoria puede ejercerse también por incumplimientos anteriores—, sino porque, en supuestos como el que nos ocupa, cuando existe un incumplimiento previo al concurso y el contrato está pendiente de ejecución por ambas partes, «negar la posibilidad de resolver supondría dejar indefensa (y vinculada de forma indefinida) a la parte dispuesta a cumplir y que sufre el incumplimiento del otro contratante [...]». Además, semejante solución podría resultar perjudicial para los intereses del concurso. Dado que la parte concursada ha incumplido con anterioridad a la declaración de concurso, que el contrato no se ha resuelto por incumplimiento anterior, y que cuando se declara el concurso está pendiente de cumplimiento por ambas partes, si la parte concursada quisiera resolver en interés del concurso habría de hacer frente a unas consecuencias muy gravosas para la masa activa, el crédito por la restitución y los daños sería un crédito contra la masa (art. 61.2-II LC). Asimismo, si pretendiera liberarse de su obligación e incumpliera posteriormente con el fin de que la parte *in bonis* ejerciera la resolución por incumplimiento posterior, el crédito de la parte cumplidora por los daños derivados del incumplimiento sería un crédito con cargo a la masa. Por tanto, en tales circunstancias, lo más favorable para el interés del concurso sería que la parte *in bonis* pudiera ejercitar la resolución en base a ese incumplimiento anterior, ya que entonces la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento que puede acompañar la resolución sería deuda concursal y no crédito contra la masa (arg. ex arts. 62.4 y 84.2-6.º, en concreto, este último precepto cuando atribuye el carácter de crédito contra la masa al crédito derivado de obligaciones de restitución e indemnización en caso de incumplimiento se refiere al *incumplimiento del concursado* «y no puede hablarse de incumplimiento por el concursado cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso»).

Más recientemente SEIJO (2013) afirmaba que «la práctica judicial se ha pronunciado mayoritariamente a favor de reconocer la posibilidad de resolver los contratos de compraventa con pago de precio aplazado en caso de incumplimiento del vendedor tanto antes como después de la declaración de concurso», v. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 312. Este es también el criterio seguido por los tribunales mercantiles y la audiencia provincial de Alicante, v. AA. VV. (2014). *Diez años de aplicación de*

la *Ley Concursal en Alicante*. Alicante: Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, pp. 48 y sigs.

²³ V. CARRASCO, A. (2010). Derecho de contratos, *cit.*, p. 864.

²⁴ V. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2013). Eficacia del contrato. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1316.

²⁵ Esta es también la opinión de MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 87.

²⁶ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, pp. 72 y sigs., quien considera, además, que no puede descartarse totalmente una eficacia restitutoria de la resolución en los contratos de tracto sucesivo, aunque la regulación no la contemple, pp. 73 y 74. En su opinión, incluso parece coherente con la regulación que la norma no contemple una eficacia restitutoria para la resolución por incumplimiento en sede concursal. La situación del acreedor que cumplió antes de la declaración de concurso las prestaciones a su cargo y que no contó con la contrapartida del cumplimiento del concursado, es la que corresponde a la generalidad de los acreedores concursales, cuyo derecho de crédito a la contraprestación es anterior al concurso, pueda o no ese contratante ejercitar la resolución del contrato por incumplimiento del concursado. De ahí que el acreedor *in bonis*, frente al incumplimiento anterior del concursado, tenga un crédito concursal por la contraprestación insatisfecha y no por la restitución de lo que por su parte cumplió, que sería un derecho nuevo derivado de la resolución. Se evitarían también así los efectos retroactivos reales ligados a la resolución e incluso la necesidad de modificar la valoración del derecho del acreedor *in bonis* en el procedimiento, *ibidem*, pp. 75 a 77.

²⁷ En el mismo sentido, CLEMENTE, M. (2007). Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio. *ADCo*, núm. 10, pp. 215 y 216, considera que solo en los contratos de tracto sucesivo podrá ser concursal el crédito de restitución, ya que solo en estos contratos es posible la resolución por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso. En los contratos de tracto único, en los que solo cabe la resolución por incumplimientos posteriores, es decir, por incumplimiento de prestaciones a cargo de la masa, el crédito restitutorio derivado de la resolución solo puede ser un crédito contra la masa. Una solución que el autor aplica igualmente cuando el incumplimiento del concursado es anterior y posterior a la declaración de concurso, ya que solo los incumplimientos posteriores son relevantes y son de la masa.

²⁸ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 88.

²⁹ V. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 80 a 85.

³⁰ En este sentido MARTÍNEZ FLÓREZ afirma que supondría un enriquecimiento injusto de la masa, que no ha entregado nada, pero que tampoco restituye todo lo que recibió, v. Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 85.

³¹ En términos semejantes, y también en relación con un contrato de compraventa de vivienda pendiente de cumplimiento por ambas partes, la STS de 26 de marzo de 2015, [Recurso 1348/2013], considera que la parte *in bonis* que no impugna la lista de acreedores ni ejerce la resolución del contrato por incumplimiento posterior de la concursada, se verá vinculado por el convenio, que nova las obligaciones.

³² V. CARRASCO, A. (2015). Tres estudios sobre resolución contractual y concurso. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (Rojo, A., Campuzano, A.B.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1816, 1817 y 1819.

2. DERECHO MERCANTIL

La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés

The Ineffectiveness of Authority to Represent a Company as a Consequence of Violation of the Directors' Duty of Loyalty and Conflicts of Interest

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado razona que el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social, en contra —en nuestra opinión— de lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.—Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud, que falla admitiendo que el régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional.

ABSTRACT: *The Decision of the Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 3 August 2016 reasons that a conflict of interests is not actually a case of unauthorised action, not in the meaning of article 1259 of the Spanish Civil Code, which states that no-one may enter into contracts in another person's name without being authorised by that person. In the case at hand, legal standing to act stems from the person's standing as a company director. As is well known,*

directors' power to represent their company covers the company's entire purpose. Any restriction of directors' powers is ineffective vis-à-vis third parties. Even when the acts in question overstep the bounds of the company's purpose, the obligations are binding for the company if entered into with third parties in good faith without gross negligence. This, in our opinion, goes against the judgment of the Court of Justice of the European Union (Sixth Chamber) of 16 December 1997 (*Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA v Erik Aarnoud Minderhoud*) which admits that the rules governing enforceability as against third parties of acts performed by members of company organs in situations of conflict of interest with the represented company do not fall within the normative framework of Directive 68, 151, EEC of the Council of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, and are matters for the national legislature.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Representación. Administradores. Conflicto de interés.

KEY WORDS: *Company law. Representation by directors. Conflict of interest.*

SUMARIO: I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En la Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (*BOE* núm. 230 de 23 de septiembre de 2016) se resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Roses núm. 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa, donde se trata la controvertida cuestión de las consecuencias que en el ámbito de la eficacia representativa de la actuación de los administradores pudiera tener la actuación en conflicto de interés con la sociedad representada.

Según el Fundamento de Derecho I de la referida Resolución del Centro Directivo, la cuestión que se plantea es la posible existencia de un conflicto de intereses en el supuesto en que el representante de la sociedad vendedora sea el cónyuge de la adquirente, estando ambos casados bajo el régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias, del Derecho alemán. En este expediente se trata de una compraventa de bienes inmuebles situados en España, realizada entre persona física y jurídica de nacionalidad alemana y por tanto sujeta al Reglamento 593, 2008 de 17 de junio, de obligaciones contractuales, (Roma I) que, en defecto de ley escogida por las partes a los contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, aplica la ley del lugar donde estuvieran situados, en consecuencia, la legislación española bajo cuyo prisma debe considerarse el

posible conflicto de intereses que pueda concurrir en la prestación del consentimiento en el contrato considerado.

Esto, no obstante, existen ciertos aspectos que quedan excluidos de la esta ley, dos de ellos relevantes en este caso, de un lado la proyección del régimen económico del matrimonio en los efectos del contrato, y de otro las cuestiones de funcionamiento interno de las sociedades, en cuanto a la manera de abordar los supuestos en los que sus representantes defienden en el mismo contrato también intereses contrapuestos al de la sociedad y de formalizar los acuerdos pertinentes. En cada uno de los casos deberá aplicarse lo previsto en los artículos 9.2 y 9.11 del Código Civil respectivamente. Asimismo, de conformidad con la Resolución de este Centro Directivo de 27 de abril de 2015, la determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro. Y a estos efectos, no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En nuestro caso, al aplicar las normas de conflicto la regulación aplicable será Derecho español en lo relativo a la compraventa y Derecho alemán en cuanto al régimen económico matrimonial y al funcionamiento de la sociedad mercantil.

Mantiene la Registradora que existe un conflicto de intereses por el hecho de que el administrador de la sociedad sea el marido de la compradora cuando están casados en el régimen supletorio de participación en ganancias recogido en la legislación alemana.

Desde el punto de vista de la parte vendedora, se plantea si la situación personal del administrador puede viciar de alguna manera el contrato de venta.

Pues bien, más allá de los aspectos de Derecho Internacional Privado que pudieren suscitarse de la lectura de la presente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 2016 y que por cuestiones de espacio no son objeto de este trabajo, hemos de reseñar los argumentos que vierte la referida Resolución sobre las consecuencias jurídicas que —a su juicio— han de anudarse a la actuación de los administradores actuando en conflicto de interés y que son los siguientes:

«Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe autocontratación, ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico. En estos casos es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (véanse Resoluciones de 9 de julio de 2014 y 20 de octubre de 2015) que en la valoración de la suficiencia de las facultades del representante debe el Notario hacer mención expresa a la facultad de autocontratar. Pero al margen de la problemática de la incidencia de la doctrina del autocontrato, debe analizarse también si existe un posible conflicto de intereses. La legislación de los distintos países europeos regula de manera paralela el régimen de responsabilidad de los administradores y particularmente el denominado deber de lealtad, que obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad. Así se establece en el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital al decir que «los

administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la Sociedad». Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, se incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital), bajo el régimen de imperatividad y dispensa que establece el artículo 230 de la misma Ley. Respecto a las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y situación de conflicto de intereses son las previstas en los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital, al imponer el primero la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto; y, el segundo artículo, el 232 al decir «el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad». Lo anterior pondría de manifiesto que frente a los diversos grados de ineficacia del autocontrato del artículo 1459 del Código Civil, el conflicto de intereses en el ámbito societario provoca unos efectos diversos como ha quedado expuesto (arts. 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital). Ciertamente, en este régimen especial, no solo se contemplan acciones de responsabilidad frente al administrador que incumple su deber de abstención ante un eventual conflicto de intereses, sino también acciones (art. 232 Ley de Sociedades de Capital) que pueden comprometer la eficacia del acto otorgado, como las que se dirigen a la cesación de sus efectos, y su impugnación o anulación. Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración.

El artículo 234 de la Ley de Sociedades de capital establece que: «1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social». Por ello, desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime. El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz

frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009, 101, CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

Por ello las consideraciones que preceden son congruentes con lo que sostiene este Centro Directivo, en lo que se refiere a la actuación del registrador (Resoluciones de 26 de junio y 8 de julio de 2015), de que no debe perderse de vista que al Registro solo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación (cfr. arts. 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Solo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo fundamental en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y Registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los Registradores calificarán «...la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase,... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...». Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de este. Por todo ello, los dos ámbitos, autocontrato y conflicto de intereses, deben mantenerse separados. Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital. En conclusión, y por lo que respecta a la legislación española, en nuestro caso no puede deducirse del solo hecho de que el administrador de la sociedad vendedora sea el marido de la compradora, cuando esta actúa en su propio nombre y derecho, sin adquirir con carácter común, que se haya quebrantando el deber de lealtad y se haya causado un perjuicio a la sociedad, cuestiones estas de carácter sustantivo, que deberán ventilarse en el juicio correspondiente».

Con el propósito que ahora nos ocupa, la Dirección General de los Registros y del Notariado concluye lo siguiente:

(i) Desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista

representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime.

(ii) El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009, 101, CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

De nuevo y como tratamos en su momento¹, la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a analizar erróneamente a nuestro juicio un supuesto de actuación de administradores desde la óptica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y con dejación de la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, como hiciera en su día en relación con el ámbito de aplicación y consecuencias del artículo 160.1.f de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. a título de ejemplo, Resolución de la Dirección General 11 de junio de 2015 de los Registros y del Notariado (*BOE* núm. 190, de 10 de agosto de 2015), donde se decantó por una posible aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital y por tanto sostener que prevalecen los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave, lo cual a nuestro juicio supone no abordar el problema ni atenderlo de la forma que debiera en el seno de la conocida como representación aparente y en función de la aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, con las requisitos y consecuencias inherentes al mismo, puesto que no creemos que pueda sostenerse en estas situaciones la propugnada por ciertos autores aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

II. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA

En la doctrina, las infracciones del deber de lealtad se han venido sancionando con la correspondiente acción de responsabilidad de los administradores infractores del mismo y que han incurrido en el correspondiente conflicto de interés, así como mediante el remedio que ofrezca la acción jurídica que permita el caso concreto.

De esta forma, PAZ-ARES² expone al respecto lo siguiente: «(i) acciones de impugnación, dirigidas a obtener la anulación de un acuerdo del consejo o, en su caso, de la junta general que contradiga los deberes de lealtad de los administradores o accionistas de referencia (normalmente habrá de instrumentarse a través del concepto de infracción del «interés social», cuya fenomenología extiende ahora la reforma a la lesión injustificada del interés del accionista minoritario: v. art. 204.1 II LSC); (ii) acciones de nulidad, encaminadas a obtener la anulación

de concretos negocios o contratos que hayan sido celebrados contraviniendo las reglas derivadas del deber de lealtad; y (iii) acciones de cesación y remoción, cuya finalidad es obtener del Juez una resolución que ordene el cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad —por ejemplo, una actividad competitiva— o la remoción de los efectos causados por ellas (art. 1098 del Código Civil *in fine*) (...) La procedencia de estas acciones es indiscutible. Cuestión distinta es cómo deben coordinarse sus presupuestos sustantivos y procesales con las acciones más genuinamente societarias. La complejidad que reviste el tema me impide tratarlo de manera mínimamente completa. No estará de más, sin embargo, plantear una distinción entre infracciones del deber de lealtad meramente tipológicas (por ejemplo, aquellas derivadas de operaciones que no siguieron los cauces procedimentales previstos para su aprobación) e infracciones del deber de lealtad sustantivas, cuya ilicitud se irradia a la causa del contrato. En las primeras, entiendo que los remedios generales no pueden ser ejercitados al margen de los requisitos de legitimación y plazo que marca la legislación societaria (por ejemplo, puede instarse la anulación del contrato junto a la exigencia de responsabilidad de los administradores en el bien entendido de que la anulación de la operación con el propio administrador o persona vinculada constituye una vía de resarcimiento *in natura*). En las segundas, en cambio, los remedios generales pueden hacerse valer autónomamente, lo que determina la posibilidad de que una operación —imagine el caso grueso o burdo de la venta del principal activo social a una sociedad perteneciente a los propios administradores a cambio de un precio ridículo ilustrado por la Sentencia que inmediatamente citaré— pueda ser anulada por un socio minoritario, aunque no esté legitimado para impugnar el acuerdo o para exigir responsabilidad de los administradores. El fundamento último de todo ello radica en el reconocimiento general de legitimación para entablar la acción de nulidad por causa ilícita a cualquier tercero que tenga un interés legítimo, y es obvio que el socio lo tiene, como certeramente ha establecido la reciente STS de 8 de abril de 2013 (RJ 2013, 4597)».

Con discernimiento sobre si la acción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, es una acción de nulidad o anulabilidad del acuerdo infractor del deber de lealtad, GARCÍA-VILLARUBIA³ razona lo siguiente: «La doctrina mayoritaria se inclina por sostener que se está ante una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa: “la acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad aludida en el artículo 232 es la acción de nulidad del artículo 1300 del Código Civil, que en particular encuentra su fundamento en la causa ilícita del artículo 1275 del Código Civil de que adolecen esos actos o contratos por estar preordenados a ocasionar un daño ilegítimo (por resultar de la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto) a la sociedad o los socios” (Massaguer, J., *op. cit.*, pp. 436 y 437; en el mismo sentido, Díaz Moreno, A., *op. cit.*, p. 7). Con más matices (el fundamental, el que excluye de esta opinión a las antes llamadas infracciones meramente tipológicas), PAZ-ARES, C., *op. cit.*, p. 64, entiende que en el caso de las infracciones sustantivas, su ilicitud se irradia a la causa del contrato y frente a ellas los remedios generales pueden hacerse valer de manera autónoma. Este planteamiento, el de la configuración de la acción de anulación del artículo 232 LSC como una acción de nulidad radical por ilicitud de la causa, determina que la legitimación activa corresponde a todo aquel que tenga un interés legítimo, incluidos, por tanto, los socios de la compañía a título individual; determina que la acción no esté sometida a plazo de caducidad o prescripción y determina, en fin, que a la liquidación de la relación anulada sea aplicable el artículo 1306.1.º

del Código Civil si la contraparte es la propia sociedad, y el artículo 1306.2.º del Código Civil, si lo es un tercero, estableciéndose los efectos restitutorios propios de la acción de nulidad absoluta⁴».

A continuación, GARCÍA VILLARUBIA parece decantarse por la configuración de la acción como de nulidad relativa o anulabilidad cuando razona que: «Otra vía pasaría por configurar la acción de anulación del artículo 232 LSC con contornos propios de una acción de anulabilidad o nulidad relativa. La principal dificultad de este segundo camino estaría en el encaje de estos supuestos en alguno de los vicios de anulabilidad contemplados por el ordenamiento. Pero la dificultad podría superarse entendiendo que se estaría, en estos casos, no ante defectos por sí solos estructurales del propio negocio jurídico, sino de defectos en la formación de la voluntad de uno de los contratantes (la sociedad en cuyo seno se ha producido la lesión al interés social); en definitiva, de una suerte de vicio de voluntad próximo a un vicio del consentimiento, que consistiría en la emisión de la declaración de voluntad con lesión del deber de lealtad y, además, de manera contraria al interés social. El consentimiento solo estaría realmente viciado si, además del comportamiento puramente infractor del deber de lealtad, el acto o contrato es contrario al interés social. Esta tesis (que podría sostenerse con más facilidad en los casos de las infracciones tipológicas que en los de infracciones sustantivas) solucionaría los problemas de ausencia de plazo para el ejercicio de la acción, que estaría sometida a la caducidad del artículo 1301 del Código Civil. Además, sería compatible con la idea de dispensa, que como se ha visto no es fácil de encajar en una acción de nulidad de pleno derecho. En efecto, en tanto el artículo 230 LSC permite la dispensa —*a priori* o *a posteriori*— por parte de la junta general o del órgano de administración de los actos y contratos realizados por los administradores con violación del deber de lealtad, esta dispensa podría interpretarse como una confirmación —en el caso de la dispensa *a posteriori*— del negocio anulable *ex* artículo 1309 del Código Civil».

Sin embargo, no es esta la dirección y el resultado que entendemos más adecuado para intentar ofrecer una solución al problema propuesto, o sea, a la consecuencia que hemos de ofrecer al negocio jurídico celebrado por los administradores en conflicto de interés con la sociedad.

Evidentemente, no ayuda la terminología del propio artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando hace referencia a la acción de «anulación», ni tampoco ofrece claridad al respecto la regulación de la dispensa que prevé el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital⁵ y la posibilidad de que la misma se pueda otorgar *a posteriori*, a los defensores de la nulidad absoluta por ilícito causal⁶, aunque con lo que no podemos coincidir es con el criterio que nos ofrece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de agosto de 2016 ubicando el problema en el ámbito de representación de los administradores y por tanto en la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que ello es contrario —en nuestra opinión— a la interpretación de las Directivas societarias que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. —Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plussengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. —Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad —Países Bajos. Asunto C-104, 96 (*Recopilación de Jurisprudencia* 1997 página I-07211), cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

«El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto

de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional».

El Tribunal de Justicia, falla en consonancia con las Conclusiones del Abogado General La Pergola presentadas el 12 de marzo de 1997, que sobre el particular y por su interés reproducimos:

«V. Examen del litigio

6. En mi opinión, el artículo 9 de la Directiva, invocado como parámetro de interpretación de la legislación nacional controvertida y de la disposición paralela contenida en los Estatutos de Mediasafe, no se aplica al presente caso. En efecto, comparto la opinión sostenida por el Gobierno sueco y que también fue sostenida, aunque con cierta ambigüedad, por la Comisión, según la cual, la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva no regula el supuesto de que los órganos de la sociedad, a los que se les ha confiado su representación, se hallen en una situación de conflicto de intereses. Las consecuencias que derivan de situaciones de conflicto de intereses de los administradores se rigen pues por el Derecho nacional aplicable.

7. Esta afirmación, que considero correcta, se funda en la propia formulación de la citada disposición que, en mi opinión, se refiere únicamente a la oponibilidad de los límites fijados por la ley, los estatutos o las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes conferidos a los representantes de la sociedad. En definitiva, estamos frente a una disposición que establece un régimen relativo al contenido material y al alcance de dichos poderes. Se trata de límites que se encuentran, por ejemplo, en las disposiciones que permiten obligar a la sociedad hasta una cantidad determinada o que establecen una distinción según el tipo de negocio jurídico que el representante está autorizado a realizar. Además, ello queda confirmado por el hecho de que la disposición de la Directiva de que se trata se refiere, muchas veces, a la correspondencia entre los actos realizados por el representante y el objeto social, o tiene en cuenta la publicación de los poderes de los que son titulares los órganos sociales. Por el contrario, dicha disposición no se ocupa de las circunstancias subjetivas que influyen sobre el correcto ejercicio del poder de representación.

8. En efecto, el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la *contemplatio domini*. En mi opinión, el conflicto de intereses se sitúa en otro contexto muy diferente, es decir, el de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al

órgano social de que se trate. Por lo tanto, la situación de conflicto de intereses paraliza la competencia y la capacidad de acción del representante en relación con los actos y con los sujetos con los que debe contratar, cuando el interés que persigue en abstracto se escinde y, por tanto, diverge del de la sociedad representada. En este supuesto, se está ante un estado patológico de la representación que no incide sobre la naturaleza ni sobre la amplitud de los poderes conferidos, sino que, por el contrario, afecta a los actos individuales que, por circunstancias que se refieren a la persona del representante, tienen por efecto, o al menos así se presume, lesionar los intereses de la sociedad. La situación de anomalía que caracteriza al representante en caso de conflicto de intereses no está regulada por la Directiva, como tampoco lo están las situaciones de incapacidad natural o legal o de los vicios de la voluntad que pueden incidir sobre la validez de los actos realizados por el mismo representante. En cambio, dicho conjunto normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los límites objetivos fijados por las disposiciones legales o de los estatutos, o por las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes de los órganos sociales.

9. *Por otra parte, mi análisis se ve reforzado también por la Propuesta de Quinta Directiva sobre las sociedades. (2) En esa ocasión, la Comisión propuso precisamente la adopción de normas específicas que hacen oponibles a terceros contratantes las situaciones de conflicto de intereses en que se halle el órgano social tiene atribuida su representación, aunque únicamente a condición de que la sociedad aporte la prueba de que estos mismos terceros contratantes conocían la irregularidad del acto realizado o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarla (apartado 4 del artículo 10). El hecho mismo de que la Comisión considerase necesario proponer que se legislara expresamente en materia de conflicto de intereses también aboga, por consiguiente, en favor de la exclusión de dicho fenómeno del ámbito de aplicación de la Directiva⁷.*

Pues bien, la actuación de los administradores en vulneración del deber de lealtad y con conflicto de intereses queda por tanto al margen de la aplicación de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, (véase art. 10 de la Directiva 2009, 101, CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009), y por consiguiente de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que a nuestro entender dicha actuación — no estando configurada dentro del poder de representación de los administradores — ha de configurarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código Civil, lo que volvemos a reiterar, casa con la dispensa sobre todo *ex post* que pueda efectuarse.

El artículo 1259 del Código Civil expresamente prevé que:

«Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

Sobre las consecuencias del acto del representante sin poder ha existido una extensa polémica tanto a nivel jurisprudencial o doctrinal⁸ al respecto.

De esta forma, existen Sentencias del Tribunal Supremo que se decantan por la anulabilidad del acto (*Vid.* SSTs de 9 de mayo de 1994 y 23 de diciembre de 1997), y otras por considerar que el acto del representante sin poder ha de ser calificado como un negocio jurídico incompleto, no nulo ni inexistente, susceptible de ser ratificado (*Vid.* SSTs de 10 de junio de 2002 y 4 de abril de 2004).

Por su parte, y a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007, 9063), expone la correcta doctrina al respecto:

«2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La Sentencia de 10 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 4884) señala que el recurrente «ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 4060 del Código Civil (LEG 1889, 27), supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala «a quo»— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo [...]». La Sentencia de 26 julio 2001 (*RJ* 2001, 8428) dice que «[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 4126 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (*RJ* 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del «dominus»), 22 de diciembre de 1977 (*RJ* 1977, 4837) (presuntivamente deducida), 25 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1858), [...]».

En nuestra opinión, los supuestos en que el contrato o negocio jurídico es celebrado por un representante sin poder han de calificarse como de negocios pendientes de una *condictio iuris* para su eficacia, es decir, la consistente ratificación expresa o tácita del principal, sin que puedan considerarse como nulos o anulables.

No obstante, si nos podemos referir al supuesto de hecho como *falsus procuratus* y representación aparente, no es menos cierto que es necesario realizar diferencias al respecto en función de cuál es el sujeto cuya protección debe primar, es decir, el principal (sociedad) o el tercero contratante.

Agudamente, Díez-PICAZO⁹ analiza el anterior problema sobre las distinciones y efectos que nos podemos encontrar en los casos de representante sin poder y representante aparente. De esta forma, nos enseña que: «Para perfilar el supuesto que ahora analizamos hay que preguntarse si es posible distinguir el representante aparente o la apariencia de poder de representación de la figura estricta del representante sin poder. Aunque a veces en la terminología se confunde (ver Messineo, RTDDC, 1957), a nuestro juicio, la figura del falso procurador constituye una particular aplicación de la hipótesis de la ausencia de

poder de representación, en la cual la protección hay que dispensarla en favor del *dominus*. Supone, por consiguiente, que el *dominus* no ha participado en absoluto en la actividad del llamado *fictus procurator*, que esta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia. En estos casos, la eventual protección de los terceros que hayan tratado con el *falsus procurator* no se sitúa en primer plano, porque estos terceros han soportado una carga de diligencia en la investigación de los poderes de representación de la persona con que se han relacionado.

En cambio, es distinta la situación de los que se pueden llamar representantes aparentes. La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del *dominus negotii*, cuando este, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente. En este caso, la hipótesis no es de *falsus procurator*. Por el contrario, hay una auténtica procura o apoderamiento tácito, producido por *facta concludentia*.

Obviamente, la situación es distinta cuando la apariencia ha sido creada exclusivamente por el representante. Por ejemplo: ha falsificado el documento que le acredita como representante o ha llevado a cabo cualquier otra situación culpable o fraudulenta. La apariencia creada por el representante no cambia la cuestión del falso procurador. Hay únicamente inexistencia de poder de representación».

En análogo sentido al ya expuesto, GORDILLO CAÑAS¹⁰ opina que: «En efecto, incluso tomando *falsus procurator* en la acepción más amplia que se le atribuye en la doctrina como comprensiva de la actuación, no solo de quien jamás gozó de poder de representación, sino de quien, teniéndolo, lo traspasa, abusa de él, o lo ejercita tras su extinción, siempre será cierto que ella no viene a confundirse con la del representante aparente. Esta última supone que, a más de actuación sin poder, concurren en el supuesto circunstancias tales que pueden llevar al tercero a la convicción razonable de que la persona en cuyo nombre actúa el representante ha apoderado efectivamente a este. Solo en este caso el *falsus procurator*, será, además, representante aparente».

Por tanto, en términos de apariencia jurídica o no ha de desenvolverse la existencia de protección del tercero.

Es conclusión, el acto del administrador con infracción del deber de lealtad puede ser considerado como un acto o negocio ineficaz o irrelevante, sujeto a la autorización o ratificación del órgano societario correspondiente, ex artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital¹¹, que supone la legitimación de la actuación del administrador enervando la ilicitud de su conducta y la eficacia del negocio, sin que la infracción y el negocio puedan quedar amparados dentro del ámbito representativo de los administradores.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ MORENO. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas), en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2014.
- DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979.
- *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993.
- ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil*, 2013 (III).

- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. Las infracciones al deber de lealtad. *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil núm. 35.
- GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente* (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica), Sevilla, 1978.
- JUSTE MENCÍA. Artículo 227. Deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- MASSAGUER FUENTES. Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Ley 31/2014), Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, número 39.
- REDONDO TRIGO. El «*falsus procuratus*» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 752, 2015.
- RIVERO HERNÁNDEZ. De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. II (2016).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997.
- STS de 9 de mayo de 1994.
- STS de 23 de diciembre de 1997.
- STS de 10 de junio de 2002.
- STS de 4 de abril de 2004.
- STS de 28 de diciembre de 2007.
- STS de 8 de abril de 2013.
- STS de 23 de septiembre de 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de junio de 2015.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de agosto de 2016.

NOTAS

¹ *Vid.* REDONDO TRIGO. El «*falsus procuratus*» y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año núm. 91, Núm. 752, 2015, pp. 3741-3756.

² PAZ-ARES. Anatomía del deber de lealtad, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, número 39, página 64.

En realidad, junto a estas acciones que a continuación son citadas por Paz Ares, ha de tenerse presente que de acuerdo con el artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Por otro lado, cabe hacer notar en lo que nos ocupa que las Conclusiones de las Jornadas de los Magistrados especialistas en Mercantil, celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, se estimó lo siguiente:

En cuanto a las acciones previstas en el artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital:

— «1. La nueva «acción de enriquecimiento injusto»

1.1. La previsión del artículo 227.2 del TRLSC —la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador—, aunque se proyectará normalmente sobre supuestos en que concurren los dos tipos de efectos patrimoniales —el daño y el enriquecimiento injusto—, ¿admite también hipótesis en las que, como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, se genere un enriquecimiento pero no un daño para la sociedad?

1.2. ¿Cabe, por lo tanto, el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto, aunque no esté expresamente previsto en el artículo 232 del TRLSC?

1.3. ¿Supone un obstáculo para admitir la posibilidad de un ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto el significado propio del verbo *devolver* que emplea el precepto? ¿Acota los supuestos de enriquecimiento injusto a los casos en que el administrador ha percibido ventajas que corresponderían o que podría haber obtenido la sociedad? O, en otros términos, ¿en el verbo *devolver* está implícita la tradicional exigencia del empobrecimiento del actor, la sociedad en este caso?

1.4. ¿La condena con base en las dos acciones puede consagrar un beneficio para la sociedad, o se debe descontar en la reparación del daño lo que el administrador debe devolver?

1.5. ¿Podría aunque del hecho no se derive perjuicio para el patrimonio social estimarse parcialmente la demanda para condenar al administrador a *devolver* —es decir, a pagar a la sociedad— lo que con infracción de su deber de lealtad obtuvo del tercero?

1.6. Si cabe el ejercicio autónomo de la acción de enriquecimiento injusto ¿la legitimación corresponde a la sociedad por medio de su órgano de representación, o cabría admitir también una legitimación subsidiaria de los socios?

1.7. Plazo prescriptivo ¿es de aplicación la norma del artículo 241 bis, cuatro años a contar desde el día en que pudo ejercitarse?

1.8. ¿A quién corresponde la legitimación activa?; ¿cabría admitir el ejercicio subsidiario de la acción por parte de la minoría?

«Se entendió por mayoría que la acción de enriquecimiento no es una acción autónoma, sino que se trata de un efecto o de una penalidad, mediante la que se trata de reforzar la virtualidad del deber de lealtad, adicional a la estricta obligación de reparar el daño causado a la sociedad cuando se ejerce la acción social de responsabilidad, sometiéndose por lo tanto a los requisitos de legitimación y de prescripción de esta».

— «2. Otras acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232):

2.1. ¿Cómo se resuelve la confluencia de normas y de remedios en el caso de que la conducta infractora del deber de lealtad sea también un ilícito de la Ley de competencia desleal (por ejemplo, hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados, artículo 229.1.c, y la revelación de secretos del artículo 13 de la LCD)? ¿cabría el ejercicio simultáneo o duplicado de las dos acciones, con distinto régimen de legitimación activa y de alcance de soluciones, por ejemplo en materia de enriquecimiento injusto?

2.2. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad, ¿es de la competencia del Juzgado de Primera Instancia no especializado, o el hecho de fundarse en la infracción de normas societarias, las que definen el deber de lealtad, determina la competencia del Juzgado de lo mercantil conforme a la letra a) del artículo 86 ter. 2 de la LOPJ?

2.3. ¿Cabe sostener una acción de nulidad de un contrato en la deslealtad de la actuación del administrador que en nombre de la sociedad lo concertó, sin demandarlo? Supuesto que la acción de anulación sea de la competencia del Juzgado de lo mercantil, ¿cabría acumular a ella otra de enriquecimiento injusto dirigida contra el administrador?

«Resulta posible un concurso de normas en el caso de que al mismo tiempo se esté ante una infracción de competencia desleal.

En los casos de ejercicio acumulado de acciones, se entendió unánimemente que resultaría competencia del juzgado de lo mercantil si alguna de las acciones acumuladas fuera específicamente mercantil.

En el caso de que se plantee el ejercicio de las «otras acciones» de forma aislada, por ejemplo de la acción de anulación de actos y contratos, se entendió de forma mayoritaria que la competencia sería del juzgado de lo mercantil, al basarse la causa de pedir en la infracción del deber de lealtad».

³ GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ. «Las infracciones al deber de lealtad». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* núm. 35, 2015.

⁴ Vid. JUSTE MENCÍA. «Artículo 227. Deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31, 2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015, pp. 360 y sigs.; Massaguer Fuentes. «Artículo 232. Infracciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31, 2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015, pp. 427 y sigs.; y Díaz Moreno. «Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)», en *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, diciembre de 2014.

⁵ Para un análisis del régimen jurídico de la «autorización», Vid. Rivero Hernández. «De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado». *Anuario de Derecho Civil*, Vol. II (2016).

El artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, prevé que:

«(...) La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso. (...)».

RIVERO HERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 399 y 400) razona los efectos de la autorización en Derecho Privado de la siguiente forma: «En términos generales, considerada como permisión para actuar, la autorización relativa a actos materiales no tanto habilita al autorizado para la realización del acto —que podría hacerse sin ella, aunque sería ilícito— cuanto remueve la ilicitud del mismo, y si referida a actos jurídicos hace posible producir efectos para el autorizante mediante un acto que sin aquella sería indiferente, ineficaz para este. Desde otro punto de vista, habida cuenta que no hay un régimen general de la autorización en nuestro sistema jurídico sino normas particulares para supuestos concretos, algunos bastante diferentes que otros, amén de la distinción entre autorización simple y la *stricto sensu*, no cabe hablar de unos efectos determinados de la autorización, como típicos de esta, por lo que habrá que estar en ese orden al efecto legal específico que la norma respectiva señale para cada caso. Por tanto, con esa salvedad y remisión, apenas cabe decir (i) en la *autorización simple* su eficacia general es la del levantamiento de la prohibición concreta, de lo que resulta la corrección jurídica de la actividad del autorizado, lo que permite la producción de efectos —casi siempre para él, excepcionalmente para el autorizante—, los específicos de cada supuesto y norma correspondiente; hay, pues, dos tipos de eficacia (genérica y específica); (ii) en la *autorización stricto sensu* su efecto es legitimar al autorizado en su actividad negocial referida a bienes e intereses del *dominus*, y con ello permitir la producción de los efectos concretos del negocio actuado en su interés, efectos ahora para este (lateralmente para aquel). En este orden su alcance y eficacia es menor que la del poder, que puede ser representativo, y no la autorización, más limitada a ese respecto (con independencia de su contenido *ex voluntate*): lo que se puede alcanzar con la autorización se puede también con el poder, pero no a la inversa (a un procurador de los tribunales no le basta presentar en el proceso una autorización; se requiere un poder de representación)».

⁶ En realidad la dispensa *a posteriori* no está prevista en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque no observamos que exista ningún inconveniente al respecto desde un punto de vista dogmático. Si la dispensa es *a priori*, genuinamente estaríamos

ante un caso de «autorización», mientras que si la dispensa es *a posteriori*, en realidad estaríamos ante un supuesto de «ratificación».

Al hilo de lo anterior y aunque dentro del análisis de la figura del autocontrato podemos citar al caso las siguientes reflexiones de Estruch Estruch: «A nuestro entender, la autorización para dotar de validez al autocontrato necesariamente tiene que ser anterior al negocio jurídico realizado por el representante en su propio nombre y en nombre del representado.

Si la autorización se otorga por el *dominus negotii* una vez perfeccionado el contrato, en realidad no estaremos ante un supuesto de autorización de la autocontratación sino ante un caso de ratificación (posterior) del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para ello (art. 1259 del Código Civil).

Aunque aparentemente parezca que los efectos que producen ambas situaciones (autorización previa o ratificación posterior) son los mismos, pues la ratificación tendrá eficacia retroactiva, sin embargo, existen algunas diferencias entre ambas situaciones que impiden, a nuestro entender, equipararlas.

En primer lugar, a efectos fiscales no existirá retroactividad, por lo que el impuesto de transmisiones patrimoniales se devengará con la ratificación y no con la perfección del negocio jurídico realizado sin poder o sin poder suficiente para su celebración.

Por lo tanto, si el negocio se hubiera autorizado previamente por el *dominus negotii* el impuesto se habría devengado en el momento mismo de su perfección por el representante (art. 49.1 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones) y, en caso de ratificación, el impuesto se devengará en el momento de la ratificación (art. 49.2 Texto Refundido Ley del Impuesto de Transmisiones).

En segundo lugar, aunque posteriormente se ratificara el negocio jurídico incurrido en autocontratación realizado sin autorización previa del *dominus negotii*, parece que el representante que celebró dicho negocio habrá infringido el artículo 1714 del Código Civil y, en su caso, el artículo 1459.2 del Código Civil, con las consecuencias en orden a la responsabilidad del mandatario que ello pueda acarrear (cfr. art. 1726 del Código Civil).

Por el contrario, si el representante estaba autorizado, dichas infracciones no se produjeron.

Por otra parte, en el caso de autorización previa, es posible que el *dominus negotii* inste la nulidad del negocio jurídico realizado por su representante con abuso de poder, esto es, por la utilización desviada del mismo en relación con la finalidad para la que se otorgó.

Sin embargo, en el caso de ratificación, una vez realizada esta, el representado ya no podrá instar la nulidad por abuso de poder, pues habrá consentido de modo expreso el concreto negocio jurídico realizado en su nombre por el representante.

Finalmente, aunque, como decimos, la ratificación tiene eficacia retroactiva, hay que tener presente que lo que en ningún caso podrá hacer es perjudicar los derechos de terceros de buena fe adquiridos entre el negocio jurídico realizado por el representante y la ratificación posterior [SSTS de 22 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7621) y 12 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989, 8821)].». ESTRUCH ESTRUCH. Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil*, 2013 (III).

⁷ Propuesta modificada de Quinta Directiva basada en el artículo 54 (3) (g) del tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus cargos (presentada por La Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983), preveía lo siguiente:

«4. La falta de autorización por parte del órgano de vigilancia o la irregularidad de la decisión por la que se concede la autorización no podrá oponerse frente a terceros, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros estaban al corriente de la falta de autorización o de la irregularidad de la decisión, o que no podían ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias».

⁸ DIEZ-PICAZO, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Tomo II. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1993, pp. 439 y 440, expone su parecer del siguiente modo: «La segunda parte del precepto legal que comentamos, examina el régimen jurídico del contrato celebrado por quien carece de poder de representación suficiente, lo que puede ocurrir porque el poder no haya sido jamás otorgado, porque se haya extinguido con todos los requisitos necesarios para que esta extinción produzca efecto en relación con los terceros o porque el poder de representación sea insuficiente en relación con el acto que

se pretende celebrar. Para esta hipótesis, en los casos en que la actuación del representante es abierta, el artículo 1259 considera el acto nulo, aunque sin puntualizar, ni hacer ningún tipo de referencia a la clase de nulidad. Inmediatamente después de decir que es nulo añade que el acto puede ser ratificado por el *dominus* o principal, lo que se compagina mal con una nulidad que, carente de calificación, habría que considerar como radical y absoluto. Efectivamente, si un acto es radicalmente nulo, no admite convalidación, ni producción de efectos en momento alguno. Un acto que puede ser ratificado y que a partir de su ratificación produce todos sus efectos, no puede ser considerado nulo en sentido estricto. Además, el precepto legal admite que el tercero puede «revocar» el contrato celebrado por el representante sin poder, lo que tampoco parece conciliable con la sanción de nulidad, pues el acto es *per se* nulo, el tercero no puede ni tiene por qué revocarlo.

Podría pensarse que con la referencia a la nulidad, el Código Civil alude a lo que técnicamente se denomina anulabilidad, mas tampoco esta categoría conviene al fenómeno contemplado en el precepto que comentamos. La ley no atribuye al *dominus* o principal un poder especial de impugnación del acto, ni tiene este por qué soportar la carga de llevar a cabo la impugnación. Además, aun en el supuesto de que el principal o el representado atacara o impugnara el acto, no por ello destruiría la eficacia que tal acto puede desplegar entre sus autores. Por todo ello, entendemos que la categoría técnica que expresa mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder frente al principal o *dominus* es la de ineficacia relativa o irrelevancia».

⁹ DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, pp. 214 y 215.

¹⁰ Con carácter general sobre la materia de la representación aparente, *Vid.* Gordillo Cañas. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978.

¹¹ Coincidimos con GARCÍA VILLARRUBIA (*Vid. op. cit.*) en que las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2013 (*RJ* 2013, 4597, Ponente Ignacio Sancho Gargallo) y 23 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5044, Ponente Rafael Sarazá Jimena), que constituyen la base de los autores que argumentan la nulidad del negocio por causa ilícita, en realidad argumentan dicha nulidad del negocio jurídico por causa ilícita por la defraudación de los derechos de socios y no por la infracción del deber de lealtad.

3. URBANISMO

El incumplimiento obligado de la parcela mínima como supuesto de vinculación singular y no de fuera de ordenación

The mandatory nonfeasance of the minimum size of the plot as a case of singular linkage but not out of regulation

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Se analiza en el presente comentario la doctrina sentada en la Resolución de 29 de julio de 2016 al equiparar a la situación de fuera de ordenación la aparición sobrevenida, en ejecución del planeamiento urbanístico, de parcelas de superficie inferior a la parcela mínima a fin de amparar su posible segregación, equiparación que, aun compartiendo la conclusión a la que se llega, se considera indebida toda vez que el régimen de fuera de ordenación resulta de aplicación exclusivamente en relación con la existencia de edificaciones incompatibles con la nueva ordenación, no, por lo tanto, respecto del indicado supuesto, el cual, por el contrario, sin perjuicio de que represente una anomalía excepcional, es, sin embargo, tolerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se identifica como vinculación singular susceptible de catalogación como supuesto indemnizatorio cuando no fuera susceptible de distribución equitativa.

ABSTRACT: *Analysis of the resolution of 29th July 2016 which equates the case of out of regulation with the nonfeasance of the minimum size of the plot to allow its segregation. However, the situation of out of regulation refers to buildings as opposed to a new plan, whereas the case of the resolution, that can determine the right to an indemnization, refers to the institution of the singular linkage, admitted by the Supreme Court.*

PALABRAS CLAVE: Vinculación singular. Fuera de ordenación. Parcela mínima. Reparcelación. Indemnización. Equidistribución. Segregación.

KEY WORDS: *Singular linkage. Out of regulation. Minimum size of the plot. Indemnization. Equidistribution. Segregation.*

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016.—II. EL OBJETO DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN.

—III. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA ADMISIBLE APARICIÓN SOBREVENDIA DE UNA PARCELA INFERIOR A LA MÍNIMA EN EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. SOBRE LAS VINCULACIONES SINGULARES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO. 3. LA CREACIÓN DE UNA PARCELA INFERIOR A LA MÍNIMA COMO SUPUESTO DE VINCULACIÓN SINGULAR SUSCEPTIBLE DE INDEMNIZACIÓN.—IV. EL CARÁCTER POTESTATIVO DEL RÉGIMEN DE FUERA DE FUERA DE ORDENACIÓN.

I. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2016

El objeto del recurso interpuesto contra la Resolución de 29 de julio de 2016 consiste, como se expresa en su Fundamento de Derecho 1, en determinar si es inscribible una segregación de una porción de finca urbana cuando la superficie de la finca resto tras la segregación es inferior a la parcela mínima fijada por el planeamiento aplicable.

Así se plantea tomando como hechos a tener en cuenta, de un lado, la formalización de una escritura pública de segregación y cesión a favor del Ayuntamiento de Hoyo de Manzanares de una porción de terreno destinada a viales y, de otro, la aceptación de la cesión por su Alcalde, expidiéndose certificación por el Secretario municipal de aprobación de expediente de segregación y cesión de viales con expresión de que la finca resto, ocupada por una vivienda unifamiliar, quedaba en situación de fuera de ordenación.

Denegada la inscripción e interpuesto el recurso gubernativo, después de rechazar la resolución la falta de motivación de la nota alegada por la recurrente, trata, en primer lugar, en el Fundamento de Derecho 3, la legalidad de la operación pretendida.

A tal fin, una vez citados los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario, así como la doctrina de la Dirección General sobre la calificación de los documentos administrativos (Resoluciones de 8 de noviembre de 2011, 27 de febrero de 2012, 22 de junio de 2013 y 30 de junio de 2016), se sostiene al respecto lo siguiente:

a) El Registrador puede calificar la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido y sus trámites e incidencias esenciales, circunstancia que *«no le convierte en órgano revisor de la legalidad administrativa, tarea que obviamente es de carácter jurisdiccional (...)»*.

b) En concordancia con el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,¹ la validez de la calificación estará sujeta al carácter ostensible de la omisión del trámite y, a su vez, a su condición esencial, es decir, alcanzando tal conclusión de manera *«manifiesta y palpable sin necesidad de una particular interpretación jurídica»* y sin extenderse a valorar la adecuación del procedimiento seguido respecto de otro posible *«siempre que sean ambos procedentes»*.

c) Con referencia a la Resolución de 19 de mayo de 2010 y dado el carácter normativo de los instrumentos de planeamiento reconocido tanto en ella como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo², la extensión del acto de calificación a la verificación de la conformidad a la Ley de la práctica del asiento en cada caso pretendido es igualmente predicable en relación con tales instrumentos y su relación interna en orden al cumplimiento del principio de jerarquía normativa, lo que así quedó plasmado en tal resolución al confirmar la calificación ante la

existencia de *«un defecto esencial ostensible del procedimiento seguido, (...) (al) desarrollar(se) urbanísticamente, como suelo urbanizable, a través de un plan parcial, un suelo clasificado como no urbanizable por normas de superior jerarquía»*.

A partir de lo anterior, la Resolución de 29 de julio de 2016 se ocupa en el Fundamento de Derecho 4 del caso particular apuntado, a cuyo fin se refiere a las circunstancias determinantes de la necesaria tramitación de una modificación del planeamiento general del término municipal de Hoyo de Manzanares en orden a la conexión de un determinado sistema general viario preexistente con un viario de nueva creación de tal manera que no se viera afectada la urbanización La Berzosa.

En razón de lo anterior, el objeto de la modificación puntual consistió en la alteración aislada y puntual de las determinaciones de los usos permitidos en el planeamiento a fin de obtener el viario que permitiera la ejecución de un concreto acceso, lo cual, según la Resolución, justificaba que *«la segregación de la finca registral y la posterior cesión gratuita de la finca segregada al Ayuntamiento obedece al cumplimiento de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias y por lo tanto, que la licencia administrativa otorgada no contraviene, clara, objetiva y ostensiblemente, las normas superiores del Planeamiento de Hoyo de Manzanares»*.

Paralelamente, en la resolución se hace hincapié en que, si bien la finca resto quedó en situación de fuera de ordenación por tener una superficie inferior a la mínima, ello no era equivalente a la autorización de una segregación que supusiera el incumplimiento del plan pues, además de tratarse de una institución expresamente prevista por el artículo 64.b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM), sus consecuencias jurídicas fueron conocidas y asumidas por el interesado.

A estos efectos la resolución realiza un recorrido por los antecedentes históricos de la situación de fuera de ordenación desde su previsión inicial en el artículo 48 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, figura cuya razón de ser sitúa en la necesidad de dar respuesta a las situaciones transitorias de disconformidad con la ordenación debidas a la alteración de los instrumentos de planeamiento imponiendo una serie de limitaciones llamadas a evitar el incremento del coste de expropiación, destacando, a su vez, como *«factor clave»*, su no *«indemnizabilidad»* al permitir su subsistencia inmediata, ello más allá de que su régimen jurídico conduzca en último término a la *«extinción natural de la construcción o instalación así calificada»*.

Por todo ello, en fin, concluye la resolución afirmando que *«no puede mantenerse la existencia de defecto esencial ostensible en la resolución administrativa que ampara las operaciones contenidas en el documento calificado, licencia que, por otra parte permite cumplir el mandato impuesto al registrador por el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre, en cuanto a la exigencia de la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable»*.

II. EL OBJETO DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN

Aún cuando se comparte plenamente el pronunciamiento final de la resolución comentada, una primera consideración que necesariamente ha de realizarse es la que se desprende de la identificación inicial que en ella se hace sobre el

objeto susceptible de recibir el tratamiento propio de las situaciones de fuera de ordenación.

En este sentido, la resolución hace suyo el contenido de la certificación expedida por el Secretario municipal en la que se afirma que la finca resto después de la segregación participa de *«la particularidad de que, al tener una superficie inferior a la mínima requerida urbanísticamente, queda fuera de ordenación»*, circunstancia que da lugar a la ya referida exposición, por parte de aquella, de sus antecedentes históricos desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 a fin de enmarcar la afirmación de que no por ello la segregación autorizada supone el incumplimiento del planeamiento municipal.

Pues bien, lo que quiere ponerse de manifiesto es que, al vincular la situación de fuera de ordenación con la dimensión de la finca resto inferior a la de la parcela mínima según las previsiones del planeamiento, la nota de calificación introduce en realidad un falso debate que la resolución, después, acoge acríticamente.

Y es que, en efecto, la situación de fuera de ordenación no es en ningún caso predicable respecto de las dimensiones de las parcelas sino, como resulta históricamente de la legislación urbanística y así se recoge en el artículo 64.b) de la LSCM invocado en la resolución, *«de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación»*. Es decir, *«se refiere a las consecuencias consumadas por la aplicación de un Plan anterior (...) concertadas en la existencia de edificios, instalaciones o industrias construidas o levantadas en ejecución de aquel primer Plan»*.³

Tal posición habría permitido, por sí sola, zanjar ya de entrada la objeción opuesta en la nota de calificación, eludiéndose así, para dar amparo al asiento pretendido, la *«equiparación»* efectuada en la resolución con la situación de fuera de ordenación a fin de *«salvar»* lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre (TRLRU), así como en los artículos 145.2 y 146 de la citada LSCM⁴.

Las construcciones y no las parcelas son, por lo tanto, en los términos del párrafo segundo del artículo 64.b) de la LSCM, las susceptibles de ser *«identificadas»* por el planeamiento como disconformes con la nueva ordenación, lo cual, como enseguida se verá, determina la aplicación de un distinto régimen indemnizatorio.

Por ello, más bien, el rechazo de la inscripción escondía la paradoja de que, mientras por un lado se esgrimía el incumplimiento del planeamiento a fin de no dar lugar a una parcela inferior a la mínima, por otro amparaba el incumplimiento de su ejecución al menos entendida en un plano estrictamente jurídico por cuanto, sin llegar a evitar la ejecución material de la ordenación mediante la construcción del nuevo acceso viario, hacía inviable la adecuación de la estructura de la propiedad a sus previsiones en cuanto se refiere a su correspondiente reflejo registral. A ello llevaba, además, en contra de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley 33, 2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual prevé el deber de las Administraciones Públicas de *«inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio (...)»*.

Es más, llevado hasta sus últimas consecuencias el argumento esgrimido en la nota de calificación y asumido, aunque para rechazarlo, por la resolución, la conclusión lógica que de él se desprendería sería que la posibilidad de que la Administración pudiera inscribir a su favor en el Registro de la Propiedad sus bienes afectos al dominio público desde el planeamiento urbanístico quedaría ineludiblemente condicionada por un hecho tan secundario y aleatorio como es el

de la dimensión de las parcelas de las que tales bienes procedieran, descartándolo cuando la finca resto fuera inferior a la parcela mínima edificable y aceptándolo cuando, por el contrario, fuera de dimensión superior. Situación claramente indeseable pues la única forma de salvarla, partiendo de la debida inscripción de los bienes demaniales, pasaría por el absoluto sinsentido de limitar las calificaciones sobre aquellas parcelas cuyo resto, una vez practicada la correspondiente segregación, fuera siempre superior a la parcela mínima, lo cual se vería dificultado por el evidente carácter discrecional de esta última determinación según destacó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2004 (*RJ* 2005, 813).

Piénsese, a su vez, que la propia ejecución del planeamiento en ámbitos sujetos a procesos reparcelatorios tolera sin dificultad la utilización combinada de técnicas de gestión privada con la expropiación forzosa de suelos afectos a redes públicas, expropiación precisamente acogida como modo de obtención anticipada de los suelos respectivos ante la que carecería de todo sentido oponer su pleno desarrollo en aquellos supuestos en los que se pudieran derivar parcelas de superficie inferior a la mínima.

Por todo ello, en fin, la posición sostenida en la resolución según la cual la «*equiparación*» de la creación sobrevenida de una parcela mínima con las situaciones de fuera de ordenación permitiría «*salvar*» lo dispuesto en los artículos 26.2 del texto refundido de la TRLSU, y 145.2 y 146 de la LSCM, constituye un argumento forzado en la medida en que desplaza indebidamente el correcto régimen jurídico que de tal creación sobrevenida se desprende, el cual se desenvuelve en un terreno bien distinto que, al tiempo que en nada afecta a la plena ejecución del planeamiento en toda su extensión, garantiza plenamente la salvaguarda de los derechos del titular del suelo que se encuentra ante tal situación.

A ello nos referimos a continuación.

III. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA ADMISIBLE APARICIÓN SOBREVENIDA DE UNA PARCELA INFERIOR A LA MÍNIMA EN EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Aunque es cierto que la resolución comentada no vincula directamente que la circunstancia de la creación de una parcela inferior a la mínima derivada de la modificación del planeamiento pudiera ser identificada como causante de una lesión patrimonial determinante del derecho a la correspondiente indemnización, no obstante, una vez la subsume como supuesto de fuera de ordenación, de modo indirecto viene a rechazarla cuando resalta que «*la circunstancia de que la declaración de fuera de ordenación no implique su demolición inmediata (...) es el factor clave que descarta su indemnizabilidad*»⁵.

En este sentido, es claro que la nota de calificación en ningún caso rechazó la inscripción por cuestionar que la situación de fuera de ordenación se proyectara sobre las construcciones existentes sobre la parcela sino, más bien, por la aludida circunstancia de dar lugar a la existencia de una parcela inferior a la mínima.

Pues bien, frente a la posición que parece desprenderse de la resolución según la cual la aparición sobrevenida de una parcela de superficie inferior a la parcela mínima no daría lugar a derecho indemnizatorio alguno por su «*equiparación*» con el régimen jurídico de las situaciones de fuera de ordenación, la posición que aquí se sostiene pasa no solo, según lo ya dicho, por rechazar tal posible

equiparación, sino, además, por la consideración de que el concreto supuesto derivado de la modificación del planeamiento debía ser considerado como supuesto de vinculación singular; lo que plantea un escenario completamente distinto al contemplado en la resolución comentada.

2. SOBRE LAS VINCULACIONES SINGULARES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO⁶

La primera aparición del término vinculación en el ordenamiento urbanístico tiene lugar en la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976⁷, el cual se corresponde con un acto de afectación de los bienes a un determinado uso o fin específico en beneficio del interés público, si bien, en la otra cara de la moneda, el sacrificio que representa la vinculación para quien la soporta individualmente, ante la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas, exige ser reparada.

Por ello se ha señalado que *«la justificación jurídica, causa del derecho de indemnización, se encuentra en el provecho a favor de la colectividad que se genera de determinadas actuaciones administrativas que, en cambio, perjudican singularmente a determinados particulares»*⁸.

Es por lo tanto a partir del hecho jurídico de la vinculación cuando la legislación urbanística, en el artículo 87.3 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y hoy en el artículo 48.b) del TRLSU, establece los mecanismos compensatorios de la lesión indudable que la misma supone al señalar que *«dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten»*, entre otros supuestos, de *«las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa»*.

A su vez, las vinculaciones, en aquellos casos en que recaen sobre edificaciones, no se refieren a las calificaciones creadas *ex novo* por el planeamiento respecto de las que operan estrictamente los procedimientos reparcelatorios, sino que precisamente consisten en tener *«en cuenta un uso de hecho precedente»*, que prescindiendo de la previa redistribución *«lo que hace es congelar, vincular... el edificio al uso precedente»*, lo cual, sin cuestionar la calificación, provoca *«la amortización definitiva de unos bienes simplemente por la preexistencia del uso»*⁹.

Decíamos por ello, en otro lugar¹⁰, que, en consecuencia, para evitar dicha amortización es para lo que la Ley sujeta las vinculaciones al resarcimiento del perjuicio que las mismas representan mediante indemnización, si bien solo, como dice la Ley, cuando la *«restricción de la edificabilidad o el uso (que) no sea susceptible de distribución equitativa»* entre los propietarios. Si esta es posible, evidentemente la indemnización queda como una posibilidad superada, evitándose así que con cargo a los presupuestos públicos y, por lo tanto, también por los que obtienen nulo beneficio de la vinculación, se tenga que satisfacer una indemnización.

Por fin, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe citar la Sentencia de 14 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 876), que dice:

«Entre estos supuestos indemnizatorios expresamente establecidos en la Ley se encuentran las denominadas vinculaciones singulares, ya previstas en el artículo 87.3 de la Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, que reconocía tal derecho al indicar que «Las

ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a Indemnización»; regulación que se mantuvo en el artículo 239 del TRLS92, que establecía el derecho a la indemnización por vinculaciones singulares en dos supuestos: 1) por conservación de edificios y 2) por imponer una restricción del aprovechamiento; supuestos que pasaron al contemplado en el citado como infringido artículo 43 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones —normativa aplicable, ratio temporis, al caso que nos ocupa— que sintetiza, en un solo apartado, a los dos que se contenían en el antiguo y citado 239 del TRLS92. En realidad, pues, contempla dos supuestos diferentes de «vinculaciones o limitaciones singulares» impuestas por la ordenación urbanística que confieren derecho a indemnización; esto es, (1) las impuestas «en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos» —que no es el caso de autos—, y (2) las «vinculaciones o limitaciones singulares ... que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa por los interesados». Finalmente, en la actualidad, —igualmente sintetizados los dos supuestos originarios en un solo apartado— se trata del supuesto indemnizatorio previsto en el artículo 35.b) del TRLS08 (antes 30.b de la Ley 8, 2007, de 28 de mayo), que dispone que «Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: ... b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa».

Tradicionalmente, la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo para la procedencia de la indemnización diversos requisitos que han sido sintetizados en los siguientes términos: «para que exista derecho a la indemnización solicitada es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) una restricción en el aprovechamiento urbanístico; b) una limitación singular y c) imposibilidad de distribución equitativa»¹¹.

3. LA CREACIÓN DE UNA PARCELA INFERIOR A LA MÍNIMA COMO SUPUESTO DE VINCULACIÓN SINGULAR SUSCEPTIBLE DE INDEMNIZACIÓN

A partir de la creación sobrevenida de una parcela inferior a la mínima en virtud de un previo acto de ejecución del planeamiento que aun formalizado mediante una cesión debe ser integrado en el marco del artículo 42.2 del TRLSRU, es decir, de acuerdo con la consiguiente declaración implícita de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes derivada de su aprobación, se plantea entonces si tal creación es susceptible de ser considerada como tal vinculación singular.

La cuestión es, en efecto, relevante pues si bien, como afirma la resolución y prevé el artículo 48.a) del TRLSRU, el régimen vigente de la situación de fuera de ordenación no constituye un supuesto indemnizatorio con la salvedad de que llevara consigo «la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil», la referida crea-

ción sobrevenida de una parcela inferior a la mínima es lo cierto que no siendo identificable con la situación de fuera de ordenación indudablemente supone, sin embargo, una limitación singular al tiempo que provoca una restricción del aprovechamiento urbanístico de la parcela.

En este sentido, la mera existencia de una parcela de dimensión inferior a la mínima presupone la condición del suelo en el que se localiza como suelo finalista apto para participar directamente en el proceso edificatorio. No, por lo tanto, como suelo sujeto a un proceso reparcelatorio pues en tal caso es su aportación al mismo la que, en unión del planeamiento, determina el derecho de su titular en los términos tradicionales previstos por el artículo 93 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Por lo tanto, una parcela inferior a la mínima enclavada en un suelo finalista es una parcela no edificable respecto de la que, justamente por la condición urbanística del suelo en el que se enclava, no cabe ya acudir a mecanismo reparcelatorio alguno, lo que, más allá de conllevar una anomalía indudable al suponer la existencia no aprovechable en modo alguno de un suelo privado no afecto al dominio público situado en el suelo urbano consolidado, solo puede ser tolerado cuando el interés general que justifica su creación, la previsión de un nuevo vial en el caso de la resolución, no es alcanzado a costa del particular que ve su suelo en tal situación.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara al considerar aplicable al supuesto aquí tratado el régimen legal previsto en el artículo 87.3 de la Ley del Suelo de 1976, precedente más lejano del actual artículo 48.b) del TRLSRU según el cual, en términos análogos a los de este, *«las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización»*.

De este modo, al constituir la condición de una parcela como inferior a la mínima un caso de vinculación singular, a fin de determinar el modo en que su titular puede hacer efectivo su derecho el primer ejercicio que ha de ser realizado es el que consiste en verificar si es o no posible acudir a la reparcelación, supuesto que, en caso de ser descartado, abre la puerta a su consideración como supuesto indemnizatorio.

Así se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 (RJ 2009, 4254) al decir que, *«efectivamente, según se expone, al no configurarse por el planeamiento una Unidad de Ejecución en la que poder haber hecho efectivo el correspondiente reparto de beneficios y cargas, y no poder realizarse el mismo por vía de reparcelación —por ser el solar de propietario único y estar dotado de todos los servicios urbanísticos—, no queda otra alternativa que, o bien la adquisición municipal por vía de expropiación, o bien la declaración de un derecho de indemnización por la existencia de un supuesto de vinculación singular»*.

Ya en un supuesto que parte de la existencia de una parcela inferior a la mínima el mismo ejercicio inicial se pone de relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6970) cuando, con una claro paralelismo con el caso tratado en la resolución comentada, se ocupa en los siguientes términos, primero, del efecto urbanístico ligado a la condición indicada en el orden edificatorio y, después, del referido modo de satisfacción del derecho del propietario:

«En el supuesto aquí contemplado, el planeamiento urbanístico municipal se halla integrado en las Normas subsidiarias de Sallent de Gállego, cuyo artículo 100.1 establece la extensión mínima de 500 metros cuadrados por parcela para poder edificar en la zona donde fue solicitada la licencia, destinada en el planeamiento a residencia unifamiliar aislada.

Como bien se expresa en la Sentencia apelada, la parcela del recurrente únicamente tiene una extensión de unos 200 metros cuadrados, de terreno edificable, toda vez que el resto del total de 889 metros cuadrados, quedó destinado a equipamiento comunitario, zona verde, con anterioridad a la adquisición de la parcela por la parte recurrente, independientemente de que esa parte afectada a equipamiento municipal sea o no de titularidad municipal, como alega el propio Ayuntamiento, aunque sin efectiva fehaciencia ni constancia registral de ello.

La extensión del terreno edificable de esa parcela, es notoriamente inferior a la exigida como mínima en el referido precepto de las Normas Subsidiarias, para poder edificar, por lo que a tenor del carácter reglado de las licencias, ha de estimarse conforme a Derecho la denegación de la licencia declarada en el acto administrativo impugnado.

(...)

Es indiscutible que si la parte recurrente, ostenta un derecho de propiedad sobre parcela edificable de unos 200 metros cuadrados de superficie, que no puede materializarse en ese terreno por exigencias del planeamiento emanado de las Normas Subsidiarias, ha de acudir al instituto de la reparcelación, que permite, dentro de la unidad de actuación sobre la que se opere, la justa distribución entre los interesados de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, permitiendo el justo ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre cada parcela en su justo aprovechamiento permitido por el planeamiento, a través de la situación de la parcela en zona apta para edificar o en su caso mediante la correspondiente indemnización o compensación —artículos 71 y 72 del Reglamento de Gestión Urbanística—.

Procede, pues la estimación parcial de este recurso de apelación en el extremo relativo a declarar la procedencia de la delimitación de una Unidad de Actuación y de la tramitación del expediente reparcelatorio correspondiente, a los efectos indicados de poder hacer efectivo el derecho de aprovechamiento edificatorio de la parcela del recurrente, desestimando el resto de las pretensiones formuladas en la apelación».

A su vez, de modo correlativo, esto es, en caso de no ser ya posible la reparcelación como modo de que el propietario de una parcela inferior a la mínima haga efectivos sus derechos, es cuando la vinculación singular que representa despliega sus plenos efectos como supuesto indemnizatorio. Así lo hace saber la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1214), la cual confirma el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la Sentencia apelada en virtud de la cual si bien se rechazó la concesión de licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar con base en la aplicación de una excepción normativa del planeamiento respecto de la parcela mínima, acogió, en cambio, la pretensión subsidiaria de que fuera declarado el derecho del recurrente a ser indemnizado «con motivo de la restricción total de edificabilidad sufrida en su parcela».

Tal confirmación, que se produjo rechazando la posición municipal al defender «la inaplicación del artículo 87.3 LS en el presente caso, razonando que no se

cumplen los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una vinculación calificable de singular en las Normas Subsidiarias de Planeamiento», quedó así expuesta en los siguientes términos:

«Será de indicar, como punto de partida, que la excepción de parcela mínima de 800 metros cuadrados establecida en la Ordenanza 7 (edificación unifamiliar extensiva) de las Normas Subsidiarias aplicables a la licencia discutida en este proceso permitiría una interpretación literal y estricta y una interpretación extensiva, favorable a la edificabilidad, que es la que defendió la parte apelada en la primera instancia.

Sin embargo, la pretensión de obtención de licencia formulada en el proceso «a quo», queda ya fuera de nuestra potestad revisora en esta apelación. En efecto, la parte apelada consiente el fallo de la Sala de La Coruña, que confirma una lectura estricta de las Normas Subsidiarias, que priva de toda edificabilidad al solar de la parte apelada. El Ayuntamiento de Nigrán tampoco cuestiona dicha interpretación en su impugnación de la Sentencia de instancia, ya que viene a confirmar la que fundamenta los actos municipales impugnados.

(...)

En tal estado de cosas, la única cuestión a examinar es la de si procede o no indemnizar la ablación de edificabilidad, a que aboca la interpretación restrictiva que ha prosperado en la instancia.

Ninguna duda ha tenido la Sala de primera instancia en entender aplicable al caso el artículo 87.3 de la LS, con la consiguiente procedencia de indemnizar al solicitante por la lesión patrimonial sufrida, en las circunstancias que concurren en el caso, según la interpretación de las Normas Subsidiarias que se ha indicado.

Como se indicó, la Sentencia impugnada subraya el dato, ciertamente significativo, de que el Ayuntamiento de Nigrán no se opuso en vía administrativa, ni tampoco en su escueta contestación a la demanda en instancia, a la exigencia clara y razonada formulada por el demandante de una indemnización compensatoria por la restricción total de edificabilidad para el caso de que no se accediese a la concesión de licencia».

Cuanto antecede pone de manifiesto, por lo tanto, que si bien la resolución comentada acertó al estimar el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de calificación, lo hizo, sin embargo, acogándose a una argumentación respecto de la que se discrepa pues la creación sobrevenida de una parcela inferior a la mínima por efecto de una modificación del planeamiento, de un lado, no constituye una situación de fuera de ordenación y, de otro, justamente por no darse tal situación ni siquiera por mera «equiparación» y por tratarse, más bien, de un supuesto de vinculación singular, a diferencia del fuera de ordenación es susceptible de dar lugar a indemnización cuando no fuera posible su corrección por la vía de la reparcelación.

Supuesto indemnizatorio, en fin, que en el caso tratado en la resolución no quedaría neutralizado con el mantenimiento de la edificación existente sobre la parcela afectada dado su carácter temporalmente limitado y la consiguiente certeza de que, con el mismo planeamiento, su desaparición final no podría ir seguida de la construcción de edificación alguna, perjuicio, este último, determinante del derecho a la indemnización de su propietario por constituir una vinculación singular no susceptible de equidistribución.

IV. EL CARÁCTER POTESTATIVO DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN

Nos referimos en este punto a la afirmación contenida en la resolución de 29 de julio de 2016 según la cual la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, al ocuparse de la situación de fuera de ordenación, *«introdujo un importante matiz, al reconocerse al Plan la posibilidad de disponer de un régimen distinto al general establecido en la Ley»*.

Tal previsión, que se contuvo en el artículo 137.2 de la citada Ley al ocuparse del respectivo régimen de obras aplicable *«salvo que en el propio planeamiento se dispusiera otro»*, fue sin embargo anulada en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, lo que, dado que en el TRLSRU nada se dice al respecto, cuestiona la posibilidad de que el planeamiento pueda seguir acogiéndose a idéntica prerrogativa en aquellas Comunidades Autónomas cuya legislación urbanística no contuviera una previsión de alcance análogo¹².

Pues bien, lo que por tal razón interesa poner de manifiesto es que ya con antelación a la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 la doctrina¹³ tuvo oportunidad de ocuparse del carácter necesario o potestativo del régimen de fuera de ordenación, decantándose por esta segunda interpretación tanto por la concurrencia de exigencias de carácter social dado el impacto de la aplicación indiscriminada de la medida, como por considerar que si el planeamiento está legalmente habilitado para ordenar la ciudad tal cometido ha de entenderse que igualmente comprende la posibilidad de conferir un tratamiento singular a las situaciones preexistentes.

De ello se desprendía, en fin, la consideración de que *«la Administración tiene libertad para recoger en los Planes de Ordenación las reglas que han de regir los edificios declarados fuera de ordenación por el propio Plan»*, siempre, claro está, que no se tratara de edificaciones frontalmente contradictorias con la nueva ordenación.

En este sentido, como fiel reflejo de la anterior interpretación es oportuno referirse a la previsión contenida en el artículo 2.3.2 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997¹⁴, regulación posteriormente reproducida en numerosos instrumentos de planeamiento general e igualmente trasladada, en sus líneas generales, a la legislación autonómica, en virtud de la cual se admitió un distinto grado de intensidad respecto del régimen de obras aplicable en razón de la intensidad de la incompatibilidad con el planeamiento objeto de alteración.

CONCLUSIONES

I. El establecimiento de la superficie de la parcela mínima constituye una determinación propia del planeamiento urbanístico que, sin perjuicio de que como regla general ha de ser necesariamente observada, en determinados casos excepcionales puede verse incumplida.

II. Así ocurre, por ejemplo, con motivo de las alteraciones de planeamiento proyectadas sobre suelos ya reparcelados cuando parte de una finca queda calificada para su incorporación al dominio público mientras que la parte restante si bien queda bajo el dominio de su propietario lo hace según unas condiciones formales que incumplen el límite de superficie de la parcela mínima.

III. La tolerancia de la situación indicada, impuesta como necesaria a fin de permitir la ejecución del planeamiento, ha de permitir la concesión de la correspondiente licencia de segregación con vistas a la inscripción de la nueva estructura parcelaria en el Registro de la Propiedad.

IV. A tal fin, la procedencia de la inscripción en ningún caso puede venir dada, como resulta de la resolución de 29 de julio de 2016, por la equiparación del incumplimiento de la parcela mínima con el régimen de fuera de ordenación desde el momento en que este queda limitado en relación con aquellas edificaciones que pudieran resultar incompatibles con la nueva ordenación, no, por lo tanto, en cuanto se refiere a la configuración física de la parcela.

V. Por el contrario, el procedente acceso al Registro de la Propiedad resulta de la tolerancia aludida así como de la circunstancia de constituir un caso de vinculación singular expresamente contemplado en el TRLSRU, el cual, si bien no restringe el ejercicio de la potestad de planeamiento y, con ello, de su ejecución, lleva aparejado unos efectos patrimoniales en razón de la limitación impuesta al propietario sobre cuyo suelo se aplica, bien para imponer la equidistribución bien, en su defecto, para proceder a su indemnización.

VI. Finalmente, de la citada resolución procede destacar su referencia a la posible matización por el planeamiento de los efectos del régimen de fuera de ordenación, lo cual cabe igualmente mantener para el caso de que en la legislación autonómica no existiera una regulación equivalente a la que en su día, hasta la STC 61, 1997, de 20 de marzo, figuró en el artículo 137.2 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de junio de 1981
- STS de 4 de mayo de 1982
- STS de 2 de febrero de 1987
- STS de 17 de octubre de 1988
- STS de 17 de junio de 1989
- STS de 28 de noviembre de 1990
- STS de 12 de febrero de 1991
- STS de 18 de marzo de 1992
- STS de 12 de julio de 1994
- STS de 7 de septiembre de 1994
- STS de 15 de noviembre de 1995
- STS de 18 de mayo de 1996
- STS de 27 de julio de 1996
- STS de 16 de febrero de 1998
- STS de 27 de septiembre de 1999
- STS de 21 de junio de 2001
- STS de 16 de diciembre de 2004
- STS de 3 de abril de 2009
- STS de 14 de septiembre de 2011
- STC 61/1997, de 20 de marzo
- RDGRN de 19 de mayo de 2010
- RDGRN de 8 de noviembre de 2011
- RDGRN de 27 de febrero de 2012
- RDGRN de 22 de junio de 2013

- RDGRN de 30 de junio de 2016
- RDGRN de 29 de julio de 2016

BIBLIOGRAFÍA

- GARRIDO FALLA, F., El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada, *Revista de Administración Pública*, núm. 81, pp. 7 a 33.
- LANZAS MARTÍN, E., Elementos temporales e intemporales en la declaración de obra nueva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 2012, pp. 1765 a 1784.
- LASO BAEZA, V., El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6, 1998, de 13 de abril, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1998, núm. 163, pp. 137 a 167.
- Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, *Revista de Derecho Urbanístico*, 2003, núm. 204, pp. 121 a 146.
- LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. Creación y vigencia del planeamiento*, Tomo II, p. 533.
- *La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, Tomo III, Ed. Montecorvo, 1981, pp. 234 y 235.
- GÓMEZ-FERRER, R. y BASSOLS COMA, M., *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 18 y sigs.

NOTAS

¹ Actual artículo 47.1.e) de la Ley 39, 2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

² Sentencias de 2 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 17 de junio de 1989, 28 de noviembre de 1990, 12 de febrero de 1991, 18 de marzo de 1992, 12 de julio y 7 de septiembre de 1994 y 18 de mayo y 27 de julio de 1996, entre otras.

³ LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. Creación y vigencia del planeamiento*, Tomo II, Ed. Montecorvo, 1981, p. 533.

⁴ Mientras el referido artículo 26.2 del TRLSU afirma que «la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística», los correspondientes artículos 145.2 y 146 de la LSCM disponen, respectivamente, que «es nula toda parcelación urbanística que sea contraria a la ordenación urbanística o infrinja lo dispuesto en el presente capítulo» y que son indivisibles los terrenos «que tengan unas dimensiones inferiores o iguales a las determinadas como mínimas en el planeamiento urbanístico, salvo que se adquieran simultáneamente con la finalidad de agruparlos y formar una nueva finca con las dimensiones mínimas exigibles».

⁵ La referencia tajante en la resolución a la no indemnizabilidad de las situaciones de fuera de ordenación a lo largo de la legislación urbanística desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 debe ser matizada por la regulación dispuesta en el artículo 41.2 de la Ley 6, 1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, artículo según el cual «las situaciones de fuera de ordenación surgidas por los cambios del planeamiento no serán indemnizables, a excepción de lo previsto en el apartado anterior», es decir, a excepción de aquellos supuestos de alteración de planeamiento con reducción de aprovechamiento, cuestión a la que nos referimos justamente como «novedad destacable» en el trabajo publicado en el

trabajo titulado El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6, 1998, de 13 de abril, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 1998, núm. 163, pp. 137 a 167.

⁶ Además de en el trabajo citado en la nota precedente, de las vinculaciones singulares tuvimos oportunidad de ocuparnos en el titulado Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, *Revista de Derecho Urbanístico*, 2003, núm. 204, pp. 121 a 146.

⁷ GARRIDO FALLA, F., El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada, *Revista de Administración Pública*, núm. 81, pp. 7 a 33, trabajo en el que se hace referencia al Quinto Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Marbella los días 7 a 11 de mayo de 1975, con el título La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos, redactándose la Ponencia Española por los Profesores GÓMEZ-FERRER, R. y BASSOLS COMA, M. que, con base en la doctrina italiana, configuraron la vinculación «como expresión de la situación de sujeción o deber de la propiedad frente a los planes y sus instrumentos de actuación», Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 18 y sigs.

⁸ GARRIDO FALLA, F., El derecho a indemnización..., *Revista de Administración Pública*, núm. 81, p. 11.

⁹ LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, Tomo III, Ed. Montecorvo, 1981, pp. 234 y 235.

¹⁰ LASO BAEZA, V., Vinculaciones singulares..., *Revista de Derecho Urbanístico*, 2003, núm. 204, pp. 122 y 123.

¹¹ En igual sentido cabe referirse a las Sentencias de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8338), 16 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1217) y 21 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 6105).

¹² A ello se refiere LANZAS MARTÍN, E. en Elementos temporales e intemporales en la declaración de obra nueva, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 2012, pp. 1765 a 1784.

¹³ LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. Creación y vigencia del planeamiento*, Tomo II, Ed. Montecorvo, 1981, pp. 535 a 541.

¹⁴ Dicho artículo 2.3.2, titulado «Clases de situaciones de fuera de ordenación», diferencia, en su apartado 1, los dos siguientes grados de situación de fuera de ordenación: «a) Fuera de ordenación absoluta: Que tendrá lugar en aquellos edificios que ocupen suelo afecto a dotaciones públicas, de carácter general o local, disconformes con las mismas. Se excluyen de este supuesto los edificios para los que el planeamiento urbanístico establece una alineación remitida para sustitución o reconstrucción de acuerdo con el artículo 6.3.4.e), que se someten al régimen de los edificios en situación de fuera de ordenación relativa. b) Fuera de ordenación relativa: Que tendrá lugar en aquellos edificios en los que la disconformidad se produce por causas distintas de las señaladas en el apartado a) precedente».

4. DERECHO BANCARIO

Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016

Control of the information and transparency obligations at pre-contractual and contractual stage regarding the floor clauses set forth in mortgage loans. The application of the transparency test when the banking client is not a consumer, in light of the judgment of the Spanish Supreme Court dated on June 3th, 2016

por

SERGIO AGUILAR LOBATO

Abogado

RESUMEN: La STS de 9 de mayo de 2013 constituyó un hito jurisprudencial a la hora de definir si las denominadas cláusulas suelo eran conformes a Derecho. Dicho fallo estableció como requisito para determinar su licitud la superación de dos mecanismos, denominados control de incorporación y control de transparencia, respectivamente. Si bien ha resultado pacífica la aplicación del primero de ellos con independencia de la cualidad del adherente, no había quedado resuelto el ámbito subjetivo del control de transparencia. Así, sin perjuicio de que la mayoría de nuestras Audiencias Provinciales solo ha aplicado el segundo control a los clientes bancarios que revestían el carácter de consumidores, en algunos fallos se ha admitido también su aplicación a aquellos actores que no ostentaban dicha condición. Tras la STS de 3 de junio de 2016, parece que las iniciales dudas han quedado disipadas, estableciéndose a los consumidores como únicos beneficiarios del test de transparencia.

ABSTRACT: *The judgment of the Supreme Court rendered on May 9th, 2013 constituted a landmark case when determining if the so-called floor clauses concerning mortgage loans were valid in accordance with the Law. The aforementioned ruling set out as a condition precedent to determine its lawfulness two mechanisms,*

named incorporation test and transparency test, respectively. Whereas the application of the first control has been unanimously accepted regardless of the banking customer's categorization, it remained unclear the scope of the transparency test. Notwithstanding most of the Provincial Courts hold that the second control was exclusively applicable when the plaintiff is a consumer, there was a set of judgments where it has been construed that the transparency test could be applicable to banking customer who did not meet the requirements to be considered as a consumer. However, once the judgment of the Spanish Supreme Court dated on June 3th, 2016 was published, it seems that the preliminary doubts have been cleared up, since it established that consumers are the only beneficiaries of the transparency test.

PALABRAS CLAVE: Préstamos con garantía hipotecaria. Cláusula suelo. Control de transparencia. Consumidores. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Mortgage loans. Floor clause. Transparency test. Consumers. Case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CLÁUSULAS SUELO COMO CONDICIONES GENERALES.—III. PARÁMETROS ESTABLECIDOS PARA FISCALIZAR LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO.—IV. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA AL ADHERENTE NO CONSUMIDOR Y LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el Tribunal Supremo dictara su célebre Sentencia de 9 de mayo de 2013, numerosos interrogantes se han planteado en nuestro Derecho patrio, cuyas lagunas se han ido colmando a la par que se avanzaba en la construcción jurisprudencial y doctrinal en materia de cláusulas suelo. Desde un punto de vista estrictamente procesal, se han solucionado, entre otros asuntos, los atinentes a la cuestión de las excepciones procesales de litispendencia y cosa juzgada alegadas por las defensas de las entidades de crédito en numerosos litigios¹. También han hallado respuesta otras excepciones invocadas, como la relativa a la falta de legitimación pasiva que planteaban los grandes grupos del sector financiero que habían absorbido previamente a entidades de menor tamaño en los juicios en los que estas últimas actuaban como demandadas². Sobre cuestiones de carácter sustantivo, recientemente se ha solventado, si quiera de forma provisional, la cuestión acerca de los efectos de carácter retroactivo que conllevaba la declaración de nulidad de las cláusulas suelo³.

Empero, todavía quedaba por resolverse un último debate, cual era determinar el ámbito subjetivo del test de transparencia. ¿Sería aplicable únicamente a los adherentes consumidores o por el contrario, también se admitiría para los que no albergaran tal condición? La respuesta se aborda en el presente estudio. Su fundamento estriba en resolver las posibilidades procesales de las pequeñas y medianas empresas afectadas por cláusulas suelo. Ciertamente, su resolución no tenía únicamente una importancia cualitativa, sino también cuantitativa, y es

que afectaba a un 99,8% del tejido empresarial nacional, es decir, a más de tres millones de unidades productivas⁴. Por esta especial circunstancia, a lo largo de estas líneas se tratará de analizar de forma complementaria al tema principal propuesto, otras vías más desconocidas que, con mayor o menor acierto, se han erigido como alternativa para tutelar las pretensiones de estas.

Con carácter previo a todo ello, cabía plantearse los límites que despliega el concepto de consumidor en un sector como el Derecho bancario. De la respuesta a esta pregunta dependía el éxito procesal de multitud de pequeñas y medianas empresas afectadas por cláusulas suelo. Muchas de ellas habían suscrito préstamos con garantía hipotecaria cautivas de la necesidad de financiación, pero carentes a su vez de un departamento jurídico con el que afrontar los riesgos que determinadas operaciones bancarias planteaban. Un criterio finalista en la exégesis interpretativa del concepto de consumidor les conferiría el beneficio de la protección dispensada por el control cualificado de transparencia. Por el contrario, la aplicación de un enfoque literal en la interpretación de la mentada categoría jurídica podía conllevar la desestimación de la mayoría de demandas interpuestas por aquellas, al limitarse la fiscalización de la cláusula suelo al mero control de incorporación. Como apuntaba, esta cuestión parece haber hallado respuesta definitiva con la Sentencia del Alto Tribunal de 3 de junio de 2016.

II. LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Las cláusulas suelo han sido consideradas como condiciones generales⁵. Asimismo, la STS de 9 de mayo de 2013 estableció que estas son, *per se*, lícitas⁶.

Dicha interpretación se fundaba en la propia regulación de la contratación en masa en nuestro ordenamiento jurídico. Podemos afirmar que, al amparo de este, la existencia de dichas cláusulas está admitida mediante la compleja y dispersa⁷ normativa sectorial⁸, entre la que destaca el artículo 7.3.2.c) de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994⁹ y el artículo 25 de la Orden EHA, 2899/2011¹⁰, que deroga a aquella, además de a gran parte del anterior régimen de disciplina bancaria¹¹. Del texto de la Orden EHA, 2899/2011 debe también destacarse el artículo 6, regulador de los deberes de información en la fase precontractual, y el 7, que estatuye los relativos a la fase contractual¹².

No solo nuestro Derecho Positivo legitima estas cláusulas. El propio Banco de España, también se sumaba a esta corriente mediante la emisión de su Informe de 27 de abril de 2010¹³. No obstante, el organismo supervisor condicionaba su eficacia a dos factores. En primer lugar, al escrupuloso cumplimiento de la normativa sectorial durante su comercialización. En segundo lugar, precisaba que debía haber mediado acuerdo previo entre la entidad de crédito y el cliente bancario, en su condición de adherente.

Una vez determinado el carácter lícito de la cláusula suelo, se hacía necesario detenerse en los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para asegurar su legalidad, que por su estrecha vinculación con el tema principal de este estudio, se exponen a continuación.

III. PARÁMETROS ESTABLECIDOS PARA SU FISCALIZACIÓN

Los exhaustivos controles de incorporación y transparencia, pese a gozar de cierta tradición en nuestro Derecho Positivo, son deudores de la construcción

jurisprudencial diseñada por el Tribunal Supremo durante este último lustro, al menos en cuanto a su potenciación y ulterior desarrollo. Esta circunstancia, a su vez, ha tenido su influjo en la cada vez más desarrollada protección del consumidor bancario¹⁴. Entre el amplio abanico de normas aprobadas¹⁵, destaca la LCGC¹⁶, texto tributario de la Directiva 93, 13, CEE, de 5 de abril¹⁷. La precitada norma de Derecho nacional modificó el TRLCU¹⁸, con el objetivo de patentar un régimen tuitivo cualificado en aquellos casos en los que el adherente ostenta la cualidad jurídica de consumidor. La influencia de esta reforma se recoge en los artículos 80 a 91 del TRLCU.

Pese a ciertas vacilaciones jurisprudenciales, que llegaron incluso a estimar en alguna ocasión la concurrencia de vicio del consentimiento del prestatario¹⁹, la STS de 9 de mayo de 2013 trazó dos mecanismos cuya aplicación casuística podría ayudar a determinar la conformidad a derecho o, por el contrario, la nulidad de estas cláusulas²⁰. La fiscalización de estas condiciones generales sería doble: control de transparencia y control de inclusión. Su configuración ha gozado de un amplio consenso doctrinal, con algunas excepciones en lo que respecta a la forma²¹. Podemos analizarla del siguiente modo:

1. CONTROL DE INCLUSIÓN

A los efectos del presente estudio, tal y como se avanzaba en la introducción, conviene precisar que esta modalidad de control se aplica independientemente de la condición del adherente, bien sea este consumidor o profesional.

Son los artículos 5 y 7 LCGC los que determinan su ámbito material, puesto que contienen los requisitos legales exigibles para su superación. El Tribunal Supremo, en el fundamento 201 de su célebre pronunciamiento de 9 de mayo de 2013, afirma que las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación. Para llegar a esta conclusión, fundamenta su criterio en el artículo 5.5 LCGC, según el cual la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Aplicando dicho precepto, serían nulas aquellas condiciones cuya constancia en el contrato no haya sido percibida por el adherente al tiempo de su celebración. Tampoco gozarán de validez las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En un sector como el bancario, que destaca por estar regulado en pro de la transparencia, el criterio expuesto en el párrafo anterior había encontrado su desarrollo mediante la regulación contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994²², en la Orden EHA, 2899, 11 y en la Circular del Banco de España 5, 12²³.

Las mentadas normas han detallado los numerosos hitos de carácter informativo inherentes al proceso de concesión de préstamos hipotecarios, estableciendo un conjunto de pautas a seguir en su comercialización, tanto en la fase prenegocial —destacando la oferta vinculante, que deberá ser examinada por el adherente con tres días de antelación a la formalización del negocio jurídico—, como en la eminentemente contractual.

Una vez examinada la normativa sectorial, esta debe ser vinculada a la reflexión que contiene el parágrafo 144 de la STS de 9 de mayo de 2013, y es que en íntima relación con dicho cuerpo legal, el Alto Tribunal plantea la siguiente interpretación: «No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial». Esta matización determina el surgimiento

de un segundo nivel o control, denominado de transparencia, que será expuesto a continuación.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

El origen de este segundo parámetro a la hora de enjuiciar la cláusula suelo cabe situarlo en el Derecho de la Unión Europea, en concreto el artículo 4.2. de la Directiva 93, 13, CEE²⁴. Efectivamente, una interpretación a *sensu contrario* del precepto sugiere que, si vulneran el mandato en él establecido, estas cláusulas pueden considerarse abusivas. Es un criterio muy similar al patentado en el TRLCU²⁵, concretamente en su artículo 80.1, que regula los requisitos que deben presidir los contratos que utilizan cláusulas no negociadas individualmente²⁶.

El control de transparencia debe ser analizado desde una doble perspectiva. Respecto a la legislación aplicable²⁷, se ha señalado que su cumplimiento no es óbice para una ulterior declaración de abusividad de la cláusula²⁸. Asimismo, en lo atinente a su posterior desarrollo jurisprudencial, este fue pergeñado por el Alto Tribunal. En la STS de 8 de junio de 2012, el control de transparencia quedó inicialmente fundamentado como una suerte de parámetro objetivo, basado en la información precontractual proporcionada por la parte predisponente, y que consistía en que *«el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo»*. Este concepto fue posteriormente abrazado por la STS de 9 de mayo de 2013²⁹, y confirmado por las SSTs de 8 de septiembre de 2014³⁰, de 24 de marzo de 2015³¹, de 25 de marzo de 2015³² y de 23 de diciembre de 2015³³.

El ámbito material sobre el que opera este segundo filtro es el grado de conocimiento que tenía el adherente respecto a la incorporación de dicha cláusula y, en especial, si comprendió en su esfera interna y subjetiva las consecuencias jurídicas y económicas que iba a desplegar el límite al interés variable establecido en la escritura. En efecto, el propio Tribunal Supremo trata de comprobar en el análisis de las cláusulas controvertidas que la información suministrada por la entidad de crédito haya permitido al cliente bancario percatarse de que se trataba de una cláusula que definía el objeto principal del contrato y que incidía o podía incidir en el contenido de la obligación de pago.

En cuanto a su ámbito subjetivo, a diferencia del control de inclusión, el de transparencia pareció haber quedado desde el principio circunscrito a los contratos celebrados con consumidores. Debe distinguirse de otras instituciones consideradas afines, como podría ser el error vicio del consentimiento³⁴, siendo una de las más importantes diferencias que la apreciación de la concurrencia de este último es eminentemente casuística, razón por la que no ha sido planteado en acciones colectivas como la ejercitada en la referida STS de 9 de mayo.

Los efectos jurídicos que conlleva el mencionado control de transparencia son de capital importancia, si nos atenemos a la práctica categorización del mismo como materia de *ius cogens* o derecho necesario que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014. Y es que ciertamente, el mentado fallo llega a invocar el principio procesal de *iura novit curia* para justificar la aplicación del control de transparencia³⁵.

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 establece unos parámetros para llevar a cabo el mentado control. La concurrencia de estos durante la fase prenegocial y negocial del préstamo hipotecario permitiría concluir

esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio y de su trascendencia económica, lo que a la sazón conllevaría su conformidad a Derecho. Tales circunstancias se enumeran en el fundamento jurídico número 225:

- Que se haya facilitado información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del precio como objeto principal del contrato.
- Que no se inserte de forma conjunta con la cláusula techo, ya que ello produce apariencia de una contraprestación de las mismas.
- Que existan, durante la fase precontractual, simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar la hipoteca.
- Que haya información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.
- Que no se ubiquen entre una abrumadora cantidad de datos, pues ello tiene como efecto diluir la atención del cliente bancario consumidor.

El nivel de exigencia diseñado por el Alto Tribunal a través de los precitados parámetros ha sido en ocasiones criticado por parte de la doctrina, al ser muy difícil demostrar a las entidades de crédito, como demandadas, el hecho de haber cumplido estrictamente con cada una de las condiciones reseñadas. Se ha llegado a afirmar que dicho postulado tendría como consecuencia inmediata la práctica universalización del carácter abusivo de toda cláusula suelo redactada y comercializada por cualquier entidad financiera³⁶. Por lo anterior también la banca ha cuestionado el establecimiento por parte de la jurisprudencia de un mecanismo de control excesivamente cualificado, más exigente que los requisitos establecidos en el Derecho positivo³⁷. Frente a esta tesis, el Alto Tribunal ha respondido manteniendo dicho enfoque riguroso³⁸, e invocando la interpretación al respecto contenida en las SSTJUE de 30 de abril de 2014³⁹, y de 26 de febrero de 2015⁴⁰.

Dados los numerosos parámetros dispensados por el Tribunal Supremo para proceder al control de la abusividad de la cláusula suelo, emergía la cuestión sobre la necesidad de que todos ellos concurrieran simultáneamente. También surgió el interrogante acerca de si podía existir alguna circunstancia adicional que determinara la nulidad de las condiciones generales tratadas. En este sentido, es destacable el ATS de 3 de junio de 2013⁴¹, aclaratorio de la Sentencia de referencia. Respecto a esta doble cuestión sostiene, en primer lugar, la necesidad de un perfecto conocimiento de la cláusula, por encima de la concurrencia de uno o varios de los criterios aludidos. Asimismo subraya, en segundo lugar, el carácter de *numerus apertus* de la enumeración realizada anteriormente.

IV. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA AL ADHERENTE NO CONSUMIDOR Y LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

1. LA SITUACIÓN ANTERIOR

En un principio, esta cuestión había nacido virtualmente resuelta. Ciertamente, el Tribunal Supremo declaró que el control de transparencia solo resultaba de aplicación a los préstamos con garantía hipotecaria suscritos con consumidores, y ello tras afirmar expresamente, en el párrafo 211 de su Sentencia de 9 de mayo de 2013, que la constancia documental de la cláusula era suficiente a efectos de su válida incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios.

Lo anterior cabía a su vez inferirlo implícitamente de los siguientes puntos atinentes al infrascripto pronunciamiento:

- En primer lugar, del propio título dispensado a los fundamentos jurídicos dedicados a este segundo control (*«El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores»*).
- En segundo lugar, literalmente de lo expuesto en el epígrafe 204 (*«Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores»*), y en el título reservado para el párrafo 209 (titulado como *«El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores»*).
- En tercer lugar, y de un modo puramente conceptual, el contenido del fundamento 210 (que justificaba el control de transparencia en la normativa sectorial aplicable a los consumidores y usuarios⁴²) y 215 (que, a modo de conclusión, unía indisolublemente la comprensibilidad real de las condiciones generales, «en contratos suscritos con consumidores»).

Conforme al carácter interpretable de la Ciencia jurídica, susceptible de múltiples puntos de vista con sus ulteriores decantaciones divergentes, surgieron respecto a la posibilidad de aplicar los mentados controles a cualquier tipo de adherente dos corrientes jurisprudenciales esencialmente antagónicas. La primera, mayoritaria, optaba por seguir la tesis reiteradamente aplicada por el Tribunal Supremo. La segunda, optaba por extender el control de transparencia a adherentes que no tenían la condición de consumidores.

a) Jurisprudencia favorable a la tesis patentada por la STS de 9 de mayo de 2013

Los argumentos esbozados por el Tribunal Supremo han sido seguidos por la mayoría de juzgados en primera instancia (v.gr: las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, de 18 de marzo de 2014, la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ciudad Real, de 11 de abril de 2014 o la del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, de 26 de mayo de 2014, entre otras muchas). Nuestras Audiencias Provinciales también se han decantado mayoritariamente por negar al adherente no consumidor la posibilidad de ser beneficiario del test de transparencia. Los argumentos pergeñados para rechazar la aplicación de dicho control han sido de muy diversa índole:

- La motivación más recurrente que ha invocado este cuerpo jurisprudencial para decantarse por denegar el test de transparencia ha sido que el prestatario no ostentaba la condición de consumidor; haciéndose en estos casos una sucinta remisión a la reiterada doctrina esgrimida por las Sentencias del Alto Tribunal. Consecuencia de lo anterior es que esta circunstancia únicamente permitiría fiscalizar la validez de las condiciones generales de la contratación impugnadas al amparo del artículo 8.1 y no del artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁴³.

- También se ha acudido a principios tradicionales que vertebran nuestro Derecho Civil, como la libertad pacticia establecida en el artículo 1255 del Código Civil. Este precepto constituiría el propio fundamento de las cláusulas suelo. Adicionalmente, su contenido se erigiría como límite externo de estas, siendo a la sazón los mismos límites que nuestra legislación civil acuña para las cláusulas

negociadas⁴⁴. Aunque, tal y como reconoce la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2016, para que dichos límites operen es exigible una gravedad de tal magnitud inédita en este tipo de litigios. Esta resolución, pese a aceptar que la moral y el orden público constituyen también límites a la autonomía de la voluntad, recuerda que para que su conculcación afecte al contrato es precisa una lesión grave o muy intensa que sobrepase el concepto de desequilibrio importante de derechos y obligaciones. En consecuencia, y dada la gravedad de la transgresión, esta conllevaría inexorablemente la nulidad de todo el contrato, y no solo de la cláusula impugnada. En un sentido muy similar se había pronunciado previamente la STS de 30 de abril de 2015.

- Por otra parte, se ha examinado la impugnación de las cláusulas suelo a la luz de la posible vulneración de los artículos 6.3 y 7 del Código Civil, relativos al ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y a la prohibición tanto del abuso del derecho como del ejercicio antisocial del mismo. Tal tesis no ha prosperado inicialmente⁴⁵. Respecto a la genérica invocación al principio general de la buena fe, se ha señalado que su aplicación queda meramente referida al modo de ejercicio de los derechos de acuerdo con la conciencia subjetiva, debiéndose orientar dicho ejercicio por los axiomas de probidad y lealtad. Asimismo, se hace necesario un análisis casuístico para determinar su apreciación. En lo atinente al abuso del derecho, se ha recordado acertadamente que su interpretación ha de ser restrictiva, atendiendo a su excepcionalísima naturaleza. También se ha señalado que no es aplicable en supuestos en los que la actuación controvertida está cubierta por un precepto legal, y ello en virtud del principio de que quien ejercita su derecho no daña a nadie. Quizá la postura más firme sobre este extremo, en la resolución de los pleitos referentes a cláusulas suelo, la ha protagonizado la SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 20 de diciembre de 2013: *«el abuso del derecho ha de ser apreciado de manera excepcional, siendo precisa en todo caso la concurrencia del requisito subjetivo consistente en la voluntad de causar un perjuicio o la ausencia de interés legítimo»*.

- Otro argumento que se ha defendido es la invocación de la figura del notario, y su importancia en la fase precontractual, estatuyéndolo como garantía para verificar que el adherente empresario tenía conocimiento de la cláusula suelo tras las advertencias que el fedatario público le había realizado⁴⁶ en cumplimiento por parte de este último de su labor de verificación de los requisitos normativamente impuestos⁴⁷. Consecuentemente, se ha razonado que no cabría fiscalizar dichas condiciones generales.

- Asimismo, la jurisprudencia ha invocado que la información suministrada por la entidad de crédito durante la fase precontractual había sido suficiente, lo que hacía sugerir que se había superado el control de incorporación. La SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 5 de marzo de 2015 hacía patente tal circunstancia del siguiente modo: *«En consecuencia, cabe concluir que la entidad bancaria ha cumplido con la obligación de facilitar al cliente con carácter previo a la celebración del contrato la documentación que contiene la cláusula controvertida y que el mismo fue informado con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública. Tampoco cabe calificar la cláusula como ilegible, ambigua, oscura e incomprensible»*. En este mismo sentido, se había reseñado la claridad de la cláusula litigiosa y su ínsita licitud⁴⁸, por ejemplo en la SAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2015, que afirma respecto a la dición de la cláusula suelo conflictiva que *«La redacción no puede ser más simple y concisa y por tanto cumple rigurosamente los requisitos de sencillez, claridad y concreción exigidos por el precepto, con el añadido de que el particular que nos ocupa es destacado especialmente empleando letra mayúscula y negrita, de modo que resalta a simple vista del resto del texto»*.

b) Pronunciamientos contrarios a la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal

Pese a tener un alcance minoritario, durante estos últimos años han existido diversos fallos emitidos tanto por Juzgados de lo Mercantil⁴⁹ como por Audiencias Provinciales que, lejos de seguir la tesis mayoritaria expuesta *supra*, han estimado nula la cláusula suelo que afectaba a aquellos adherentes que no gozaban de la cualidad de consumidor. Los argumentos que se han esgrimido han sido dispares, y entre ellos destacan la interpretación literal de la Exposición de Motivos de la LCGC o la mera falta de transparencia de la cláusula enjuiciada. También se ha aludido a un hipotético abuso de la posición dominante por parte del banco demandado. En otros casos, se ha recurrido a una flexibilización o matización del concepto de consumidor. Las Sentencias que han acogido estas interpretaciones han utilizado dichos argumentos bien aisladamente, o bien de forma simultánea y, como veremos, algunos de ellos todavía siguen invocándose al amparo de la STS de 3 de junio de 2016.

- Falta de transparencia por parte de la entidad de crédito

La SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013, en un supuesto en el que la actora era una pequeña y mediana empresa, realizó el control de transparencia sin argumentar el motivo por el que la demandante mercantil debía beneficiarse del mismo. Bajo dicho pretexto, estimaba que las cláusulas suelo no eran transparentes por los siguientes motivos: en primer lugar, por no constar en el acervo probatorio información suficientemente precisa de que las condiciones generales eran un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En segundo lugar, porque se inscribían en el contrato junto a cláusulas techo, generando una aparente sensación de contraprestación. Adicionalmente, porque no se demostró que la actora había recibido simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés. Para finalizar, porque no existía información acerca del coste comparativo con otras modalidades de préstamo.

En la misma línea que la infrascripta resolución se posiciona la SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2014. Aunque da un paso más al considerar que la cláusula suelo litigiosa no superaba ni siquiera el control de incorporación, circunstancia esta que por sí misma determinaría inexorablemente la ilicitud de dicha condición general. Estima a su vez que es nula porque, pese a estar suscrita con una pequeña y mediana empresa, la cláusula no es suficientemente transparente, al interpretar que la misma deja inoperante la variabilidad del tipo de interés ofrecido por la demandada en las negociaciones y elegida a su vez por la actora. Concluye por ello que dicho límite desnaturaliza la variabilidad de la operación. En cuanto a los parámetros establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013, siguiendo la estela de la Sentencia anteriormente señalada, la Audiencia Provincial de Murcia los aplica, sin tener en cuenta que la actora no reviste la condición de consumidora. Para ello, funda su decisión en el sustrato fáctico del litigio, alegando que no consta que la prestataria hubiera recibido previsiones sobre la evolución del tipo de interés ni tampoco información general acerca de estudios de mercado existentes en la fecha de celebración del préstamo con garantía hipotecaria, o de las circunstancias económicas que podían influir en la variación del tipo de interés acordado.

- Abuso de posición dominante por parte de la parte predisponente

La SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013 inicia su razonamiento admitiendo que la demandante carece de la condición legal de consumidor, circunstancia que impide ser beneficiaria del régimen previsto en el TRLCU y en

la Directiva 93, 13, CEE. Sin embargo, la Sentencia se ampara, para fiscalizar la cláusula litigiosa, y siguiendo un enfoque muy similar al diseñado por la SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014, en la circunstancia de que la normativa bancaria emplea el término de «clientela», al referirse al sujeto acreedor de las obligaciones de información del predisponente. Evidentemente, esta terminología destaca por su laxitud, en contraposición al uso de los conceptos de consumidor o usuario, mucho más restrictivos *ex* artículo 3 TRLCU.

Otro argumento —secundario— que propone la resolución para fiscalizar la cláusula suelo es el Informe del Banco de España⁵⁰ aludido en el fundamento jurídico 159 de la STS de 9 de mayo de 2013.

Empero, el argumento que se constituyó como *ratio decidendi* de la Sentencia fue la invocación que el órgano *ad quem* hizo de las normas generales sobre consentimiento contractual, teniendo en cuenta la situación de abuso de posición dominante por parte de la entidad financiera predisponente.

«Teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hostel de una estrella; las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos, que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino confirmar, aun por razonamientos jurídicos diferentes, la Sentencia de instancia, que califica como nula la cláusula suelo objeto de controversia».

A pesar de lo anterior, la doctrina del abuso de posición dominante ha sido hasta ahora mayoritariamente rechazada por nuestras Audiencias Provinciales⁵¹.

- Flexibilización del concepto de consumidor en las relaciones entre entidad de crédito y cliente bancario

Pese a la aparente claridad que arroja el artículo 3 TRLGCU, al determinar como elemento configurador de la condición de consumidor el hecho de actuar en un ámbito ajeno a la propia actividad empresarial, la conceptualización de esta cualidad jurídica ha comportado ciertos matices que conviene precisar. El camino a una interpretación extensiva de dicho concepto comenzó a explorarlo la SAP de Huelva, Sec.3.^a, de 4 de junio de 2012⁵².

Tributario de este debate, y casi como elemento continuista y actualizador de la vía iniciada, podemos hallar el contenido de la SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014. Dicho pronunciamiento se caracteriza por aplicar el control de transparencia a un adherente cuya naturaleza jurídica era la de una mercantil, fundamentando su decisión en una conceptualización distinta y matizada de la tradicional noción de consumidor. Esta Sentencia, por el nuevo enfoque doctrinal que aporta, merece ser más exhaustivamente comentada.

El fallo comienza con toda una declaración de intenciones, afirmando que la protección de las personas jurídicas se justifica por mor de la normativa de protección del consumidor. Según la Sentencia, el fin perseguido por el ordenamiento estriba no en tutelar una determinada clase o cualidad de personas actuantes en el tráfico jurídico, sino en garantizar el equilibrio contractual cuando el propio mercado es incapaz de defenderlo por sí mismo. En efecto, la resolución halla en los fallos del mercado la razón suficiente para que el régimen tuitivo de los consumidores despliegue toda su eficacia sin distinciones ni cortapisas. Y ello porque configura a este sector de nuestro ordenamiento como un conjunto normativo que actúa «donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato».

Por esa misma razón, tras una introducción en la que sitúa al Derecho del Consumo como una rama autónoma e independiente, la Sentencia alude al cuerpo normativo MiFID⁵³, estimando que los hechos sobre los que ha de juzgar quedan sintéticamente referidos a un sujeto de derecho específico, cual es el usuario de servicios bancarios, con independencia del tipo de producto finalmente contratado, ya sea este, por ejemplo, una permuta financiera o una cláusula suelo. El precitado régimen MiFID, y su pretendida relación con la normativa de protección de los consumidores, tiene lugar del modo que se trata a continuación.

La normativa MiFID, ya pergeñada en el año 2004, hallaba su fundamento inmediato en consagrar el mayor régimen de protección para el cliente bancario. Con esta finalidad, distinguió en relación a este último dos categorías, que serían las atinentes al cliente minorista y al cliente profesional, por contraposición a la tradicional diferenciación entre consumidor y no consumidor que ha seguido nuestro legislador. Consecuentemente, la Sentencia se hace eco de la influencia terminológica que el régimen MiFID ha desplegado en las normas posteriormente aprobadas, ubicadas sistemáticamente en la ya mentada rama del Derecho del Consumo.

Continúa la Sentencia la construcción de su hilo argumental proponiendo como ejemplo la redacción del artículo 78 bis⁵⁴ de la LMV en sus apartados 3 y 4, los cuales ya preconizan esta novedosa distinción, que ha de extenderse a toda la legislación relacionada. Ciertamente, parece ser este el motivo que lleva al órgano *ad quem* a pretender aplicar la distinción, en el caso enjuiciado, entre cliente bancario profesional y minorista ideada en el sistema MiFID. Y es que la resolución llega a afirmar que la Orden de EHA, 2899/2011 obliga a las empresas de servicios de inversión a clasificar al cliente en profesional o minorista. Lo anterior, sin que para el órgano jurisdiccional represente óbice alguno el hecho de que este último cuerpo normativo utilice una amplia terminología en varios puntos de su articulado, empleando indistintamente términos como «usuario» o «cliente bancario», alejándose en cierto modo de la referida influencia que las acepciones patentadas por MiFID puedan tener. Por lo anteriormente expuesto, la Sentencia llega a la conclusión de que en el supuesto de hecho enjuiciado, *«la actora, según la normativa anteriormente redactada, no está excluida de la normativa MiFID y también tiene protección frente a la entidad financiera»*.

- Doble omisión de las obligaciones impuestas por la LCGC

Debe finalizarse este bloque con una de las últimas Sentencias que se pronunciaron antes que el fallo del Tribunal Supremo que constituye el objeto de este artículo, cual es la SAP de Soria, Sec. 1.^a, de 18 de febrero de 2016. En este procedimiento, el juzgador *ad quem* estimó que la cláusula suelo enjuiciada no superaba ninguno de los dos mecanismos de control aplicables. Respecto al control de incorporación, aludía a una redacción confusa de la cláusula litigiosa, y es que en el cuerpo del contrato aportado a los autos se establecía que *«el margen diferencial constante será del 1%»*, mientras que en la información incorporada como documentación anexa, se establecía que *«no obstante lo previsto en la cláusula anterior, se acuerda y pacta expresamente, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable fuera el 4%»*. Descartando la validez de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación, la Sentencia estableció a su vez que tampoco superaba el control de transparencia, y ello porque *«En primer lugar, la no incorporación y nulidad se encuentran íntimamente vinculadas. La LCGC, como indica en su Preámbulo, [...] regula de un modo global las condiciones generales de la contratación yendo más allá que la Directiva, no solo desde un punto de vista*

objetivo, regulando supuestos a que no se refiere la misma (condiciones generales entre profesionales), como desde un punto de vista subjetivo, aplicándose también a casos en los que el adherente es una persona jurídica que, de conformidad con el TRLCU, también puede ser considerada consumidor».

Asimismo, la Sentencia aludía a una posible contradicción de los artículos 7 y 8 de la LCGC, y es que según apuntaba, por ambos preceptos se vincula a una misma base fáctica —que sería la omisión de los requisitos de incorporación por parte de la demandada—, dos consecuencias jurídicas distintas. De un lado, la no incorporación de la cláusula *ex* artículo 7. De otro, su ulterior nulidad, al haberse conculcado la normativa imperativa *ex* artículo 8. Continúa el fallo amparándose en la redacción de los artículos siguientes, es decir, el 9 y el 10 del texto tratado, para recordar que a lo anteriormente expuesto, debe unirse el hecho de que las consecuencias de la declaración de no incorporación son idénticas a las que comporta la declaración de nulidad.

Como resultado de lo anterior, se establece la posibilidad de determinar la nulidad de una cláusula invocando el incumplimiento, durante la génesis del contrato, de la normativa reguladora de la transparencia bancaria, o aplicado al caso enjuiciado, por haber omitido la demandada el mandato contenido en los artículos 5 y 7 de LCGC.

A las resoluciones analizadas, se ha sumado parte de la doctrina. Uno de los argumentos más destacables ha sido el sugerido por PLAZA PENADÉS, que fundamenta la extensión del control de transparencia en la propia literalidad del artículo 8.1 LCGC, en relación con el artículo 5.5. del citado texto⁵⁵.

Pese a la diversidad de criterios aportados, se hace necesario volver a recordar que la tesis mayoritaria había sido la de seguir la doctrina apuntada por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

2. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

Este importante pronunciamiento profundiza en los interrogantes que planteaba la aplicabilidad del control de transparencia al adherente no consumidor, culminando un iter procesal cuyos inicios se sitúan en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña de 6 de noviembre de 2013, que continuó con la SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 2014, finalmente recurrida en casación.

A) Hechos relevantes

La parte demandante, farmacéutica de profesión, había celebrado un contrato de préstamo hipotecario con una duración de veinte años para financiar la compraventa de un local en el que iba a instalar una farmacia. Dicho local garantizaba la obligación de crédito principal. Las circunstancias descritas son de importancia capital, toda vez que determinan la condición de la actora de cliente bancario no consumidor.

En la escritura del mentado negocio jurídico, constaba una cláusula en virtud de la cual *«el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4,45 nominal anual»*.

Finalmente, la entidad prestamista empezó a aplicar la cláusula referida, por lo que fue demandada.

B) *Iter procesal*

Los fundamentos fácticos invocados por la actora en su escrito alegatorio de demanda fueron los siguientes. En primer lugar, esgrimía que la infrascrita cláusula se había despachado en apenas dos líneas. También alegaba la falta de equilibrio entre ambas partes, circunstancia que a su juicio determinaba una total ausencia de reciprocidad en las prestaciones de una y otra parte, así como la ausencia de un techo que hiciera las veces de contraprestación. Asimismo, se hacía eco de un notable perjuicio económico. Como argumentos de carácter sustantivo o material, consideraba abusiva la cláusula en virtud del TRLCU, de la Directiva CEE 93, 13 y de la LCGC —en concreto, respecto a esta última, los artículos 1, 2, 7, 8 y 10—. Por lo anterior, interesaba la declaración de nulidad de las cláusulas y la devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

Por su parte, la demandada alegó que la contraparte carecía de la cualidad de consumidora, habiéndose negociado la cláusula litigiosa, solicitando la total desestimación del escrito alegatorio de demanda.

La Sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de La Coruña, afirmó acertadamente la condición de no consumidora de la demandante. Empero, y pese a tal circunstancia, decidió estimar la demanda.

Dicha resolución fue recurrida en apelación, conociendo del recurso la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña. El precitado órgano jurisdiccional revocó la Sentencia de instancia absolviendo a la entidad de crédito demandada. Para ello, recurrió en primer lugar al concepto legal de consumidor patentado por el TRLCU. En primer lugar, dicho texto establece en su artículo 2 que su aplicación subjetiva será la atinente a las relaciones entre consumidores y usuarios con empresarios. Parece que, de una interpretación a *sensu contrario*, del precepto, quedarán descartadas aquellas relaciones entre consumidores y usuarios o entre empresarios⁵⁶, como bien apunta la Sentencia. Este argumento ya excluiría desde un primer momento a la actora del régimen tuitivo que invoca, rechazándose la aplicación del test de transparencia. En segundo lugar, la Sentencia razonó que el artículo 3 del TRLCU señala que, para hacer valer el concepto legal de consumidor en la pertinente relación jurídica impugnada, quien lo invoque para sí debe reunir el requisito de actuar extramuros de una actividad empresarial y, o profesional. Es por ello que este pronunciamiento, siguiendo la estela del juez *a quo*, niega que la demandante sea consumidora en el contrato de autos, puesto que el importe obtenido del préstamo estaba dirigido a financiar su ya aludida actividad profesional de farmacéutica.

Pese a rechazar el régimen tuitivo pretendido por la actora, la Sentencia entiende que, ciertamente, el contrato litigioso sí debía someterse a la LCGC, bajo el fundamento de no ser jurídicamente relevante la condición del sujeto pasivo de estas, definido en este ámbito como adherente⁵⁷. Tributario del criterio anteriormente expuesto es el control de incorporación que el órgano *ad quem* realiza sobre las cláusulas litigiosas insertadas en el contrato de préstamo. En este sentido, la Sentencia razona que el mentado control cumple los requisitos del artículo 5.1 de la LCGC. Alega el fallo que, efectivamente, la demandante firmó las condiciones a las que iba a someterse el préstamo, permitiendo mediante esta simple acción su ulterior incorporación al contrato. Otro factor favorablemente valorado para revocar la Sentencia de instancia es que las cláusulas suelo no se insertaron en ningún anexo al contrato, sino que se incluían en el cuerpo del mismo. A su vez, el tipo de interés a aplicar estaba debidamente determinado

en el texto de las estipulaciones contractuales, en concreto al 4,45% nominal anual. Por lo anterior, esgrime la resolución que se ha cumplido por parte de la demandada con las obligaciones inherentes a la comercialización de estas condiciones generales.

Asimismo, la Sentencia valora que no debe ser admitida la oscuridad alegada de una cláusula cuya comprensión se obtiene mediante la aplicación de la diligencia debida en atención a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, apoyándose para llegar a esta conclusión en el artículo 1104 del Código Civil.

Finalmente, el fallo termina con la realización de un ejercicio de subsunción entre el sustrato fáctico más arriba expuesto (v.gr. celebración de un contrato de préstamo de inversión, con las concurrentes circunstancias de que la cláusula no se enmascara entre otras informaciones así como la larga duración del proceso negociador del préstamo) y la doctrina aplicable al caso que ha de enjuiciar, es decir, aplicando únicamente el control de incorporación. Lo anterior le hace llegar al razonamiento de que no se aprecia que, en la predisposición de los límites a la variabilidad del tipo de interés por parte de la demandada, se hayan desobedecido los cánones establecidos en la LCGC. Consecuentemente, rechazó íntegramente las pretensiones de la demanda, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito.

C) Doctrina aplicada por el Alto Tribunal

Frente al fallo emitido por la Audiencia Provincial de La Coruña, se interpuso por la actora recurso de casación⁵⁸. La cuestión a dilucidar era la posibilidad de fiscalizar las condiciones generales suscritas por adherentes no consumidores mediante el régimen tuitivo ínsito al control de transparencia cualificado⁵⁹, cuya fase germinal se había encargado de pergeñar el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 y posterior Auto de aclaración de 3 de junio de 2013⁶⁰.

Comienza el Alto Tribunal el contenido sustantivo de su fallo aludiendo, de una forma más prolija que la Sentencia recurrida, a la Exposición de Motivos de la LCGC.

En primer lugar, tras subrayar lo apuntado *supra* acerca de que el concepto de abusividad solo puede ser invocado por aquellos adherentes que revistan la condición de consumidor —coincidiendo en este punto con la Sentencia recurrida—, continúa el fallo fundamentando esta conclusión en los siguientes puntos:

- Originariamente, la STS de 9 de mayo de 2013 ya había rechazado la aplicación del control de transparencia al adherente no consumidor mediante su fundamento jurídico número 201.
- Ulteriormente, las SSTS de 10 de marzo de 2014, de 10 de abril de 2014, y de 15 de diciembre de 2015 habían seguido esta doctrina.
- A su vez, la STS de 28 de mayo de 2014 había determinado, en un supuesto de hecho en el que el adherente tenía la condición de profesional, que en tal circunstancia debía aplicarse el *régimen general del contrato por negociación*.
- En una línea similar se había pronunciado la STS de 30 de abril de 2015 en un sustrato fáctico parecido, al establecer como únicos límites externos de las condiciones generales aquellos que se aplican en las condiciones negociadas, remitiéndose al artículo 1255 del Código Civil y a la moderación que pueda estar prevista en la legislación imperativa.

- Finalmente, concluye el Alto Tribunal reprochando que las Sentencias de las Audiencias Provinciales que habían sido aportadas por la recurrente como segundo submotivo del motivo único de interés casacional alegado se limitaban a enjuiciar supuestos en los que se confundía la cualidad jurídica del prestatario adherente, sin entrar a valorar el verdadero problema de fondo que nos ocupa, cual es la relación entre profesionales en el ámbito de la contratación seriada.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Supremo el razonamiento relativo a este aspecto diciendo que, al anudar el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE el control de transparencia al juicio de abusividad, no es posible la aplicación del segundo control al adherente no consumidor.

En segundo lugar, y habiendo quedado clara la exclusión de la abusividad cuando la parte afectada no es consumidora, el Tribunal Supremo abre en la Sentencia que analizamos una nueva vía, al afirmar explícitamente, a tenor de la precitada Exposición de Motivos, que en los contratos entre profesionales donde consten condiciones generales sí puede existir abuso de posición dominante⁶¹. Aunque este planteamiento ya había sido previamente negado por la jurisprudencia, al no conferir valor normativo autónomo a la referida Exposición de Motivos⁶², esta tesis ha tenido cierta influencia en la jurisprudencia posterior al pronunciamiento del Alto Tribunal.

La percepción de esta situación de abuso halla su fundamento más inmediato en las genéricas reglas atinentes a la buena fe, siempre que se cause un notorio desequilibrio que deberá ser controlado, dice la Sentencia, por las normas generales sobre nulidad contractual, en lugar de por las contenidas en la LCGC. Ciertamente, aceptada esta situación de abuso incluso cuando las dos partes tienen la consideración de empresarios, la siguiente cuestión que se plantea conlleva una más difícil respuesta. Y es que, tal y como el propio fallo admite, nos encontramos en dicho texto ante la ausencia de desarrollo normativo que permita identificar las formas en las que debe operar el mentado control de abuso contractual. Esta situación, como se encarga de aclarar la STS de 3 de junio de 2016, no constituye una laguna legal, sino que obedece a razones de política legislativa.

Una posible solución parece ser expuesta por la Sentencia en su fundamento quinto. Ya se trató *supra* la remisión que, en sede de la materia que nos ocupa, hace la LCGC a las «normas contractuales generales», y la propia jurisprudencia al «régimen general del contrato por negociación». El Alto Tribunal, ante la falta de desarrollo normativo que pueda colmar jurídicamente esta particular situación, —al menos en lo que respecta al desarrollo normativo del que carece la LCGC—, recurre a los artículos 1258 del Código Civil⁶³ y 57 del CCom. Dichos preceptos patentan que los contratos obligan a todas las consecuencias, con el límite de que estas sean conformes al uso, a la ley y a la buena fe. Es precisamente este último principio general el que selecciona el Tribunal Supremo, en el ejercicio de su función exegética, para explorar la posibilidad de expulsar del contrato aquellas cláusulas que supongan para el adherente una posición de desequilibrio. En concreto, el Alto Tribunal parece referirse a aquellas estipulaciones que alteren subrepticamente el contenido que el adherente hubiera podido imaginarse como pactado conforme a la propia naturaleza y efectos típicos del contrato, frustrando la legítima expectativa de la que fuera acreedor el adherente. Por esa razón llega a tildar al artículo 1258 del Código Civil como una forma de blindar el contenido natural del contrato⁶⁴ ante eventuales consecuencias atípicas o sorpresivas que este pudiera desplegar en el futuro.

La anterior doctrina encuentra también su refrendo en el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Supremo cita las previsiones recogidas en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁶⁵, que confieren gran relevancia al principio de la buena fe, llegando a positivizarlo en dicho texto⁶⁶. La falta de arraigo de dicho cuerpo legal en España no ha de ser óbice para su invocación, y es que, como apunta JIMÉNEZ MUÑOZ, el precitado cuerpo normativo prevé incluso cuándo existe un deber precontractual de informar a la contraparte en su artículo 4:107, cuyo fundamento estriba en la observancia de la buena fe, cuya eventual conculcación puede conllevar la apreciación de dolo omisivo⁶⁷. Consecuentemente para aquellos que contravinieren este mandato se establece la sanción máxima que el ordenamiento jurídico civil patenta, al prever la nulidad de dichas cláusulas abusivas, y ello independientemente de si el sujeto pasivo de las mismas reúne o no la condición de consumidor. Por el contrario, este capital rol proporcionado al principio de buena fe halla un no menos relevante límite en cuanto a su ulterior control, y es que, como bien apunta el Alto Tribunal, está vedado el control de contenido de aquellas cláusulas que, estando redactadas de una forma clara, concreten el objeto principal del contrato. Argumento este último nada baladí, puesto que es el que arroja cierta luz al interrogante tratado, aunque adolece de operatividad, denegando la posibilidad de que una cláusula suelo pueda ser fiscalizada por esta última vía, y ello por las peculiaridades ínsitas a su propia esencia, al constituir las condiciones generales incluidas en el contrato litigioso analizado parte del interés remuneratorio, es decir, el precio del contrato.

El otro gran motivo esgrimido por el Tribunal Supremo para cerrar la posibilidad de una fiscalización distinta a la tradicional es la propia base fáctica del litigio⁶⁸. Ciertamente, como ya se trató *supra*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña había declarado como probada la existencia de una larga negociación entre las partes, así como el perfecto conocimiento que la demandante albergaba acerca de la existencia de las condiciones generales en el clausulado del préstamo hipotecario. Se declara, por ello, que la actuación de la entidad financiera demandada fue ajustada a Derecho.

3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

Si con carácter previo a dicho pronunciamiento existían dos cuerpos jurisprudenciales que propugnaban una interpretación divergente acerca del alcance subjetivo del test de transparencia, tal y como se advertía *supra*, con posterioridad a dicho fallo la situación ha cambiado sensiblemente, y es que la práctica totalidad de nuestras Audiencias Provinciales se han acogido al criterio sostenido por el Alto Tribunal.

Entre otras muchas, destaca la SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 20 de julio de 2016. Dicha resolución, al juzgar un relato fáctico similar al que había conocido el Tribunal Supremo, se hace eco del aludido pronunciamiento en su fundamento jurídico tercero: *«En este sentido baste con la cita de la reciente STS de 3 de junio, para excluir la aplicabilidad de este segundo control de transparencia cualificado a los contratantes no consumidores»*. También opta por limitarse a citar la doctrina del Alto Tribunal la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 14 de julio de 2016 *«Esta conclusión no supone que las condiciones generales insertas en un contrato entre empresarios o profesionales no puedan ser objeto de control, sino que, como se ha repetido, solo podrán ser sometidas al primer control de transparencia o control de inclusión (alusivo a la mera transparencia documental o gramatical), sin perjuicio*

de la obligación de acomodarse, en su caso, a las normas contractuales generales». En la misma línea se posiciona la SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de julio de 2016 o la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 12 de julio de 2016.

Pese a ser ya prácticamente pacífica esta tendencia, algunas Sentencias han seguido estimando las acciones de nulidad interpuestas por adherentes no consumidores. Entre ellas destaca la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valladolid, de 18 de julio de 2016. En este supuesto, el juez *a quo* estima que, pese a haber formalizado el contrato de préstamo con cláusulas suelo una sociedad mercantil, el fin último era comprar una vivienda. Según dicho pronunciamiento, no existía prueba de que la vivienda adquirida se hubiera destinado a fines comerciales, siendo utilizada como vivienda habitual de la parte afectada. Por ello, esta operación podría estar amparada bajo la normativa tuitiva de los consumidores y por extensión por el test de transparencia.

Otra importante resolución ha sido la SAP de Logroño, Sec. 1.^a, de 15 de julio de 2016. Pese a rechazar de plano la aplicación del test de transparencia al afectado no consumidor, confiere forma sustantiva a la vía iniciada por la STS de 3 de junio de 2016, que consistía en poder estimar las pretensiones de los adherentes no consumidores si la cláusula suelo contrariara la legítima expectativa que pudo albergar el adherente. Esta opción había sido rechazada por el Alto Tribunal en el supuesto juzgado por este, dado que estaba demostrada la existencia de una larga negociación durante la fase precontractual. Empero, de los hechos de los que conocía la Audiencia Provincial de Logroño, cabía inferir la ausencia de negociación entre las partes, así como el carácter predispuesto e impuesto de la cláusula litigiosa. Por lo anterior, la resolución califica esta situación como abuso de posición dominante y vulneración de la buena fe. Este extremo, unido a las previsiones insertadas tanto en la Exposición de Motivos de la LCGC como a las contenidas en los artículos 1255, 1256 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, determinó la nulidad de la cláusula impugnada, en virtud del mandato que alberga el artículo 8 LCGC.

La influencia de esta nueva doctrina es todavía una incógnita, por lo que se desconoce si con el paso del tiempo se configurará como una nueva alternativa a las posibilidades procesales del adherente no consumidor o, por el contrario, será una interpretación de carácter meramente residual.

V. CONCLUSIONES

I. La STS de 3 de junio de 2016 pone fin a la discusión jurisprudencial acerca de la posibilidad de extender el control de transparencia al adherente no consumidor.

II. Respecto al concepto de consumidor y su posible interpretación en sede de contratación bancaria, se ha impuesto un criterio literal del mismo, en consonancia con lo establecido en el artículo 3 del TRLGCU, descartándose una exégesis de carácter finalista, o al menos cierta flexibilización en su alcance. La precedente reflexión determina que solo aquellos adherentes que ostenten la cualidad jurídica de consumidor podrán invocar la aplicación del control de transparencia a la hora de fiscalizar la condición general litigiosa.

III. Se han invocado otras vías para garantizar una protección cualificada del adherente no consumidor, siendo la mayoría de ellas ulteriormente descartadas:

- abuso de derecho por parte del predisponente.

- abuso de posición dominante por la entidad de crédito, a tenor de la Exposición de Motivos de la LCGC.
- la información proporcionada no superaba el control de incorporación.
- supuestos fallos del mercado cuyas consecuencias precisaban una consecuente intervención de carácter tuitivo.
- la utilización del cuerpo normativo MiFID para proteger al adherente frente a la entidad financiera, aplicando a supuestos de hecho situados extramuros del régimen MiFID la distinción entre cliente bancario profesional y minorista ideada por dicho sistema.

Estos planteamientos parecen no gozar de la aprobación del Alto Tribunal tras su Sentencia de 3 de junio de 2016.

IV. Otras interpretaciones se han utilizado por nuestras Audiencias Provinciales, precisamente para rechazar la protección cualificada al adherente no consumidor:

- la transparencia documental como elemento suficiente para proceder a controlar las condiciones generales suscritas con adherentes no consumidores.
- la garantía que comporta la intervención del notario durante la perfección del contrato, cristalizada a través de las advertencias formuladas por este tendentes a garantizar el conocimiento por las partes de las consecuencias del contrato.
- la autonomía negocial estatuida en el artículo 1255 del Código Civil, que actuaría como fundamento básico de la validez de las cláusulas suelo.
- la redacción simple y concisa de las condiciones generales conflictivas, lo que determinaba el cumplimiento de la claridad y concreción exigidas por nuestro ordenamiento jurídico.

V. Lo anterior no sería óbice para aplicar otros mecanismos de control en la contratación seriada que hallarían su fundamento en la posible existencia de abuso de posición dominante y quebrantamiento de las reglas atinentes a la buena fe, como se ha encargado de recordar el Tribunal Supremo y de aplicar alguna Audiencia Provincial. Esta nueva exégesis interpretativa hallaría su reconocimiento en el Derecho positivo, con carácter básico, en el artículo 4:107 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del CCom. Aunque las consecuencias de este sistema son todavía inexploradas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2014). *La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)*. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Marcial Pons, Madrid.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738.
- LONGO MARTÍNEZ, A.A. (2014). El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día. *La Notaría*, Boletín. Núm. 1, 2004, enero.
- MARÍN NARRÓS, H.D (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, núm. 752.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Ed. Lex Nova. Thomson Reuters. Valladolid. Número 133.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, Sección Tribuna, 23 de septiembre, Año XXIV, Editorial LA LEY.
- PLAZA PENADÉS, J. (2016). Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa* - núm. 2, mayo.
- SOLER SOLÉ, G., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. VV. Editorial Bosch. Barcelona.
- TORREJÓN, R., MENÉNDEZ DE LUARCA PARDO, C. y BORONAT VELERT, M. (2014). Mecanismos del banco de España para la protección del usuario de servicios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario.
- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2014). Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014, asunto C-26, 13
- STJUE, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143, 13

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 18 de julio de 2000
- STS de 20 de junio de 2011
- STS de 1 de febrero de 2006
- STS de 4 de noviembre de 2010
- STS de 15 de noviembre de 2010
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 10 de marzo de 2014
- STS de 10 de abril de 2014

- STS de 28 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 24 marzo de 2015
- STS de 25 marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 15 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 3 de junio de 2016

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 4 de junio de 2012
- AAP A Coruña, Sec. 4.^a, de 6 de marzo de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 3 de junio de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 18 de junio de 2013
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 30 de julio de 2013
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de noviembre de 2013
- SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 20 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 19.^a, de 26 de febrero de 2014
- SAP de Huelva, Sec. 3.^a, de 21 de marzo de 2014
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 29 de mayo de 2014
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 9 de julio de 2014
- SAP Madrid, Sec. 25.^a, de 21 de julio de 2014
- AAP Castellón, Sec. 3.^a, de 28 de julio de 2014
- AAP Málaga, Sec. 6.^a, de 1 de octubre de 2014
- AAP Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 14 de diciembre de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 2 de febrero de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 1.^a, de 9 de febrero de 2015
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 5 de marzo de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2015
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 17 de septiembre de 2015
- SAP de Oviedo, Sec. 15.^a, de 15 de octubre de 2015
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2016
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de enero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 19 de febrero de 2016.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 15 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2016
- SAP de Segovia, Sec. 1.^a, de 17 de mayo de 2016
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 30 de junio de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 12 de julio de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 14 de julio de 2016
- SAP de Logroño, Sec. 1.^a, de 15 de julio de 2016
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 20 de julio de 2016

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJM número 1 de La Coruña de 6 de noviembre de 2013

- SJM número 1 de Valencia de 8 de diciembre de 2013
- SJM número 2 de Bilbao de 18 de marzo de 2014
- SJM número 8 de Barcelona de 13 de mayo de 2014
- SJM número 1 de Oviedo de 26 de mayo de 2014
- SJM número 1 de Vitoria de 20 de octubre de 2014
- SJM número 3 de Pontevedra de 29 enero 2016
- SJM número 1 de Valladolid, de 18 de julio de 2016

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cuenca de 4 de Junio de 2012
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ciudad Real de 11 de abril de 2014

NOTAS

¹ Este debate se había originado tras la interposición, por una conocida asociación de consumidores y usuarios, de una demanda colectiva ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid frente a la práctica totalidad de las entidades financieras. Posteriormente varias entidades de crédito optaron por invocar en sus escritos alegatorios de contestación la excepción procesal de litispendencia. Esta circunstancia obligaba a esperar a la resolución definitiva del procedimiento de Madrid. Sobre ello se pronunció la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 9 de octubre de 2014, afirmando que una vez interpuesta al acción colectiva, los artículos 11 y 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conllevaban la inadmisión a trámite de futuras acciones individuales. La jurisprudencia se dividió ante dicha situación. Así, se posicionaron a favor de estimar dicha excepción procesal el AAP A Coruña, Sec. 4.^a, de 6 de marzo de 2013, o el AAP Barcelona, Sec. 15.^a, 9 de octubre de 2014. Por el contrario, la desestimaron, entre otros, el AAP Castellón, Sec. 3.^a, de 28 de julio de 2014 y el AAP Málaga, Sec. 6.^a, 1 de octubre de 2014. Ante esta situación, la Magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, elevó una cuestión prejudicial al TJUE, hallando provisionalmente respuesta con el dictamen emitido por Maciej Szpunar, Abogado General de dicho órgano, en el que destaca el carácter complementario de las acciones colectivas en relación a las individuales, abriendo de nuevo la puerta a estas últimas.

² Al respecto, se ha desarrollado el concepto de unidad de decisión, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 42 del Código de Comercio. De esta forma, se permite integrar en el concepto de grupo no solo los supuestos en los que una sociedad controla a otra de forma directa —control vertical—, como aquellos otros en los que una sociedad domina a otra u otras por medios societarios indirectos. Cfr: La SAP Madrid, Sec. 25.^a, de 21 de julio de 2014, y la SAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 2 de febrero de 2015.

³ Cfr. El comunicado de prensa número 75, 16 del TJUE sobre las conclusiones del Abogado General del TJUE Paolo Mengozzi, aludiendo a que el límite en la retroactividad anudado a la nulidad de las cláusulas suelo es compatible con el Derecho de la UE. A su vez, invoca las repercusiones macroeconómicas que una eventual estimación de nulidad con efectos *ex tunc* podría conllevar. Disponible en formato pdf en el siguiente enlace: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-07_cp160075es.pdf

⁴ Cfr: *Estadísticas Pyme. Evolución e indicadores*. Febrero de 2016, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Acceso en pdf en: [http://www.ipyme.org/Publicaciones, ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf](http://www.ipyme.org/Publicaciones/ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf)

⁵ Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, pp. 3440 a 3456.

⁶ Cfr. Parágrafo 166 de la STS de 9 de mayo de 2013.

⁷ Vid. UGENA TORREJÓN, R., MENÉNDEZ DE LUARCA PARDO, C. y BORONAT VELERT, M. (2014). Mecanismos del banco de España para la protección del usuario de servicios bancarios. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario 2014, pp. 65-100.

⁸ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Ed. Lex Nova. Thomson Reuters. Valladolid. Núm. 133. pp. 295-344, que señala la OM de 12 de diciembre de 1989, la OM de 5 de mayo de 1994, la Ley 2/2009 de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, y más recientemente, se alude a ellas 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.

⁹ Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

¹⁰ Orden EHA, 2899/2011 de 11 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹¹ Esta norma deroga: la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. La Orden PRE, 1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos. La Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro.

¹² Vid. VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M. (2014). Normas de transparencia en la contratación bancaria de préstamos y créditos. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Extraordinario, pp. 17-64.

¹³ El contenido íntegro de dicho Informe del Banco de España puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/10_Fich_inf2010.pdf

¹⁴ Con carácter previo a la elaboración del doble control de incorporación y transparencia para las cláusulas suelo, la legislación nacional ya establecía la obligación de información y transparencia hacia el cliente bancario, si bien de un modo más básico que el actual. En este sentido, hemos de recordar que desde hace décadas se había superado la otrora vigente regla *caveat emptor*, al no ser ajeno el Derecho a circunstancias como la contratación entre dos partes en posición asimétrica (v.gr. la entidad de crédito y el cliente bancario. Vid. HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014) *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Marcial Pons, Madrid, pp. 43 y sigs. Uno de los textos más relevantes en sede de transparencia fue el Real Decreto 629, 1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

¹⁵ Entre otras, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica; la Ley 26, 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (hoy derogada por la disposición derogatoria e) de la Ley 10/2014, de junio), la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, la Orden Ministerial, de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; Circular 1, 1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

¹⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

¹⁷ Directiva 93/13/CEE, 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores.

¹⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62, pp. 173-214.

¹⁹ Cfr. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cuenca de 4 de junio de 2012, que apreció la concurrencia de este defecto, o la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 15 de febrero de 2016, que abría la puerta a esta posibilidad, pese a advertir que en todo caso el vicio en el consentimiento difícilmente podría ser calificado como esencial, y, aunque lo fuere, no conllevaría la nulidad de la estipulación controvertida, sino la de todo el contrato. Aunque previamente la STS de 25 marzo de 2015 ya había rechazado esta opción.

²⁰ Aunque también se ha sostenido la existencia de un tercer control adicional, denominado control de ejecución. *Vid.* LONGO MARTÍNEZ, A.A. (2014). El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día. *La Notaría – Boletín*. Núm. 1, 2004, enero. pp. 74-84.

²¹ *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 3452 y 3453, en relación a su análisis crítico.

²² Especial atención merece esta norma, puesto que gran parte de los requisitos relativos a la comercialización de las cláusulas suelo se regulaba por dicha Orden. Entre estos, destaca la obligación de la entidad de crédito consistente en aportar al adherente la oferta vinculante, comprensiva de las condiciones del préstamo, al menos tres días antes de su firma. Frente a las voces que reducían su ámbito de aplicación material a los contratos de préstamo hipotecario cuya cuantía fuera inferior a 150.253,03 euros, es necesario recordar que, desde el 8 de diciembre de 2007, y en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, la necesidad de aportar oferta vinculante es obligatoria para la entidad de crédito con independencia de la cantidad por la que se efectúa el préstamo.

²³ Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

²⁴ Su contenido es el siguiente: «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

²⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLCU).

²⁶ *Vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014) *op. cit.* p. 295.

²⁷ *Vid.* MARÍN NARRÓS, H.D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, pp. 3769 a 3798, que apunta a la Ley 2, 1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley 2, 1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, Ley 41, 2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, Ley 1, 2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

²⁸ *Vid.* MARÍN NARRÓS, H.D. *op. cit.* p. 3771.

²⁹ Cfr. Parágrafo 210 de dicha resolución.

³⁰ El interés de esta resolución, y la confirmación de la construcción jurisprudencial pergeñada por la STS de 9 de mayo de 2013, radica en que mientras este último fallo resolvía una acción colectiva, la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 se inicia por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la cláusula. Cfr. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014) *op. cit.*, pp. 173-214.

³¹ De este pronunciamiento destaca una importante innovación, al afirmarse que el control de transparencia no solo se circunscribe a la propia fase contractual, por lo que

también ha de realizarse en su etapa posterior; es decir, según cómo evolucione, de acuerdo a su fundamento séptimo.

³² Esta Sentencia confirma los efectos limitados de la retroactividad ínsita a la previa declaración de nulidad de las cláusulas suelo, «*para todo consumidor adherente*», por lo que establece dicha nulidad parcial tanto en acciones colectivas como individuales.

³³ En efecto, de esta Sentencia destacan sus fundamentos jurídicos 1 y 2, que recordando la doctrina fijada en las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, vuelve a establecer el efectivo conocimiento de la carga jurídica y económica del contrato por el adherente como elemento objetivo para determinar el cumplimiento del deber de transparencia por la parte predisponente.

³⁴ SOLER SOLÉ, G., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. y SERRA RODRÍGUEZ, A. (2014) *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. VV. Editorial Bosch. Barcelona. p. 164.

³⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2014). *La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)*. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha.

³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de *cláusulas suelo* en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, Sección Tribuna, 23 de septiembre, Año XXIV, Editorial LA LEY.

³⁷ Cfr. Argumentos invocados por la parte demanda en la STS de 23 de diciembre de 2015.

³⁸ Cfr. STS de 23 de diciembre de 2015.

³⁹ Cfr. STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014, asunto C-26, 13. Y más concretamente, véase a los efectos de la exhaustividad ínsita al deber de transparencia exigible según la Directiva 93, 13, CEE su parágrafo número 75: «*Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93, 13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*».

⁴⁰ Cfr. STJUE, Sala Cuarta, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143, 13. En especial, sus fundamentos jurídicos número 73, y sobre todo el 74: «*[...] para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan*».

⁴¹ Esta resolución se pronuncia del siguiente modo: «*las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo[...]* El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...] es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real [...] La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más

al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito».

⁴² En concreto, en el artículo 8.1 del TRLGDCU.

⁴³ Cfr. SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 17 de septiembre de 2015, SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 17 de mayo de 2016 y SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2016.

⁴⁴ Cfr. SAP de León, Sec. 1.ª, de 26 de enero de 2016 y SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2016.

⁴⁵ Cfr. Sobre la exigencia de buena fe, ver también la STS de 20 de junio de 2011 y sobre el abuso de derecho las SSTs de 18 de julio de 2000, de 1 de febrero de 2006 y 15 de noviembre de 2010.

⁴⁶ Cfr. SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013, SAP de Oviedo, Sec. 15.ª, de 15 de octubre de 2015 y SAP de León, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2016.

⁴⁷ Esta obligación del notario ya figuraba en el artículo 7.3.1 de la ya derogada Orden de 5 de mayo de 1994 que establecía, entre otros deberes del notario: «Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación».

⁴⁸ Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 9 de julio de 2014 y SAP de Oviedo, Sec. 1.ª, de 9 de febrero de 2015.

⁴⁹ Cfr. Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia de 8 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil sentencias del número 8 de Barcelona de 13 de mayo de 2014, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria de 20 de octubre de 2014 y del Juzgado Mercantil número 3 de Pontevedra de 29 de enero de 2016.

⁵⁰ Este informe sugería que la aplicación de las cláusulas suelo obedece a decisiones individuales de cada entidad. Lo anterior, de acuerdo a la Sentencia, contribuía a corroborar que, en efecto, el cliente no tiene capacidad real de influencia en la supresión o en el contenido de la cláusula.

⁵¹ Cfr. SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013, SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 9 de julio de 2014, y SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 11 de mayo de 2016. Especial interés plantea la interpretación establecida por esta última «mismo de contratación seriada como exigencia operativa del funcionamiento del tráfico económico, y a la propia economía del contrato, afirmación todavía más evidente en el caso de la contratación bancaria. Por ello, hablar de «posición de dominio «en relación a la contratación entre una entidad financiera y una pyme no nos parece riguroso desde la perspectiva contractual. La evidente diferencia de capacidad negociadora entre las partes no resta validez a las estipulaciones, ni tampoco, en abstracto, a la libertad contractual».

⁵² De acuerdo con el precitado fallo, existirían dos sujetos acreedores de la protección dispensada por el Derecho de consumidores y usuarios. El primero, el consumidor de acuerdo con el concepto tradicional previamente apuntado. El segundo sería aquel sujeto que, siendo parte en un negocio jurídico dentro de la contratación en masa, su profesionalidad —entendida como cualidad excluyente de la protección otorgada por nuestro sistema jurídico ex artículo 3 TRLGCU—, no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, por lo que le sería aplicable el régimen tuitivo consagrado en la LCGC.

Nótese asimismo que, debido al complejo marco normativo en el que se encuadra el Derecho Bancario, un nuevo concepto relacionado podía haber surgido. Así, hablamos del cliente bancario como aquella figura cuya conceptualización trasciende a la sugerida por nuestro ordenamiento para el consumidor. Y es que, en algunos supuestos, la cualidad de cliente bancario reside en la mera contratación de un producto financiero —tal es el caso, por ejemplo, de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios), aunque en otros el significado cambia de forma radical —*Vid.*, la Orden EHA, 2899, 2011. Como la propia resolución reconoce, en este supuesto el concepto de cliente bancario solo puede aplicarse a personas físicas—.

⁵³ MiFID es el acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, que puede traducirse al castellano como Directiva del mercado de instrumentos financieros. Este cuerpo normativo está formado por las siguientes Directivas comunitarias: la Directiva 2004/39/CE

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006, 73, CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004, 39, CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006, 49, CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Su contenido fue transpuesto al ordenamiento nacional por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24, 1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

⁵⁴ En la versión vigente al tiempo de dictarse la Sentencia, dichos apartados de la ya derogada LMV definían, respectivamente, los conceptos de cliente profesional (apartado 3) y minorista (apartado 4).

⁵⁵ Cfr. PLAZA PENADÉS, J. (2016) Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores. *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, mayo <http://vlex.com>, vid, doctrina-judicial-control-transparencia-638432929. Sugiere el autor que el moderno control de transparencia afecta a toda contratación con condiciones generales, de acuerdo con los artículos 5.5, 7 y 8.1 de la LCGC, por lo que la misma solución de ineficacia del artículo del artículo 8.1 de dicho texto debería de aplicarse a los perjudicados que no tienen estricto sensu la condición de consumidores.

⁵⁶ Salvo acuerdo en contrario de las partes, los derechos y obligaciones surgidos de estas relaciones serán gobernados por las disposiciones generales del Código de Comercio y la legislación civil.

⁵⁷ Vgr. la exposición de motivos de la LCGC, de la que merece la pena extraer el siguiente contenido. «Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores».

⁵⁸ Este recurso se tuvo por interpuesto por interés casacional, en virtud del artículo 477.2.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Del motivo único invocado surgían a su vez dos submotivos. En el primero se invocaba la supuesta conculcación de la SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 29 de mayo de 2014 de la doctrina sentada por el Alto Tribunal en la STS de 9 de mayo de 2013 y el ATS de 3 de junio de 2013, además de la STS de 4 de noviembre de 2010, en relación a los artículos 5.1, 5.5 y 7 LCGC. En el segundo de los submotivos la recurrente se hacía eco de una corriente jurisprudencial elaborada por numerosos pronunciamientos de distintas Audiencias Provinciales que, a la luz de los criterios sentados por el Tribunal Supremo, declaraban la nulidad de cláusulas suelo incluidas en contratos celebrados con empresarios. Lo anterior, en una aparente contradicción con otras Sentencias de Audiencias Provinciales que negaban su nulidad.

⁵⁹ En esta Sentencia, el Tribunal Supremo vuelve a definir este control de transparencia como aquel que impide la aplicación de cláusulas que, pese a ser gramaticalmente comprensibles —lo que conlleva la superación del control de incorporación—, puedan suponer una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Esta conceptualización del sujeto pasivo como «adherente medio», expresión literalmente transcrita de la Sentencia del Alto Tribunal, no parece que sea la más feliz en el contexto que nos ocupa, y ello porque, ciertamente, llegados a la conclusión de que el control de transparencia cualificado solo es aplicable al adherente consumidor, parece que aquel prestatario que haya celebrado un contrato de préstamo hipotecario en el que se incluyan cláusulas suelo para el negocio que regenta como trabajador autónomo, no se verá beneficiado por el régimen tuitivo que dispensa el segundo control de fiscalización de dichas cláusulas. ¿Acaso, en el supuesto que se plantea, el prestatario no podría ser un «adherente medio», entendido como aquel que carece de las nociones más elementales de economía? Probablemente, hubiera sido más acertado, de acuerdo con la doctrina finalmente determinada, haberle tildado de consumidor, que es lo que a continuación el Alto Tribunal vuelve a dejar claro al decir que dicha protección está reservada por el Derecho de la Unión Europea y el nacional, precisamente, al consumidor. Pese a no ser relevante esta reflexión para el presente estudio, sí que parece reseñable a efectos de plantear un nuevo debate acer-

ca de la definición que el TRLCU prevé acerca de esta condición jurídica. Y es que parece que sería recomendable, de *lege ferenda*, que dicho concepto se acercara más a la realidad social, —en plena consonancia con el mandato contenido en el artículo 3.1 del Código Civil, en vez de tender a un hermético criterio literal, que determina la cualidad de consumidor o la excluye por la mera finalidad que se le va a dispensar al negocio jurídico celebrado.

⁶⁰ Sin perjuicio de su ulterior desarrollo y matización por parte de las SSTs de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015 y la posterior interpretación que la amplia jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha llevado a término.

⁶¹ En particular, el Alto Tribunal se detiene en el siguiente punto de dicha EM: «*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*». Como señalábamos *supra*, cuestión distinta es poder determinar cuál es el régimen previsto por nuestro Derecho positivo en estos casos.

⁶² Cfr. SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de noviembre de 2013 y SAP de Barcelona, Sec. 19.^a, de 26 de febrero de 2014.

⁶³ Este precepto no ha tenido la trascendencia doctrinal y jurisprudencial que ha podido merecer, en particular por la excesiva atención que ha suscitado su complementario artículo 1255 del Código Civil. A pesar de ello, su aplicación práctica en nuestro Derecho ha sido capital, y en el caso que nos ocupa vuelve a desplegar toda su eficacia. Ciertamente, y pese a la gran relevancia ínsita al principio de la libertad pacticia, no debemos olvidar que el contrato no solo está formado por sus denominados elementos voluntarios. También son de plena aplicación los así llamados elementos necesarios, estando normativizada su obligada presencia en la dinámica de toda relación contractual por el artículo 1258 del Código Civil. Ciertamente, este último completa la regulación de aquel, al recoger esos elementos necesarios del contrato.

⁶⁴ Con el contenido natural del contrato, el Tribunal Supremo se refiere a aquellas consecuencias que cabe atribuir desde una fase prenegocial a los derechos y obligaciones que un determinado negocio jurídico puede desplegar, teniendo en cuenta la buena fe y otras circunstancias atinentes a la fase precontractual, como la publicidad y los actos preparatorios.

⁶⁵ Los Principios de Derecho Contractual Europeo (Comisión Lando), han supuesto un nuevo hito en el largo y complejo proceso en el que se encuentra la armonización del derecho de contratos.

⁶⁶ Véanse, a estos efectos, el artículo 1:102: «*Libertad contractual*», y el artículo 1:106: «*Interpretación e integración*» de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

⁶⁷ Consecuencia de la concurrencia de dolo omisivo durante la fase precontractual sería la nulidad del negocio jurídico celebrado. Una de las circunstancias que se tienen en cuenta para determinar su apreciación es si la parte que lo protagoniza tenía conocimientos técnicos en la materia. Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2013) Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, pp. 2253 a 2328.

⁶⁸ Como bien señala en Alto Tribunal, al no haberse sostenido por la recurrente el recurso extraordinario de infracción procesal, los hechos declarados como probados constituyen el sustrato fáctico sobre el que deberá emitir su posterior veredicto.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 15 y 16 de noviembre de 2016, se celebró en Sevilla el CURSO *LOS PROCEDIMIENTOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS Y LA REVISIÓN DE ACTOS EN VÍA ADMINISTRATIVA*, organizado por el Decanato Territorial de Andalucía del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Exposiciones:

La aplicación supletoria de la Ley 39/2015 en los procedimientos tributarios:

- *Cómputo de plazos.*
- *El régimen jurídico de las notificaciones.*
- *El procedimiento inspector.*

A cargo de Dña. Rocío MARTÍN PALANCO, Jefa de la Unidad de Información y Asistencia al Contribuyente de la Junta de Andalucía.

La revisión en vía económico-administrativa:

- *El recurso de reposición y la reclamación económico-administrativa.*
- *La ejecución de las resoluciones: aplicación práctica del artículo 239 LGT.*
- *Los intereses suspensivos.*

A cargo de D. Francisco José PARRA SOLER, Asesor técnico Unidad de Gestión Tributaria.

Fases de los procedimientos tributarios:

- *Iniciación: la autoliquidación.*
- *Desarrollo de las actuaciones y procedimientos tributarios.*
- *Terminación de procedimientos:*
 - Liquidaciones tributarias.
 - La obligación de resolver: los plazos de resolución y efectos de la falta de resolución expresa.

— *El procedimiento sancionador.*

A cargo de Dña. Rocío MARTÍN PALANCO, Jefa de la Unidad de Información y Asistencia al Contribuyente de la Junta de Andalucía.

Aplicación práctica de los procedimientos de gestión tributaria (II).

— *El procedimiento de verificación de datos.*

— *El procedimiento de comprobación limitada.*

— *El procedimiento de comprobación de valores. La TPC.*

— *La rectificación de autoliquidación.*

— *El procedimiento de control de presentación de autoliquidación.*

A cargo de D. Francisco José PARRA SOLER, Asesor técnico Unidad de Gestión Tributaria.

El día 23 de noviembre de 2016, se celebró en Sevilla la JORNADA *EJECUCIONES HIPOTECARIAS: PROBLEMÁTICA CONCURSAL, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*, organizada por el Decanato Territorial de Andalucía del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Moderador: Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Presentación a cargo de: Ilmo. Sr D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Exposiciones a cargo de:

D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios Registrales de Andalucía Occidental.

Dña. Rosario ROMERO CANDAU, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Sevilla.

D. Javier CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Magistrado Adscrito al TSJA con sede en Granada, JAT y Juez de Refuerzo del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla.

Clausura:

D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental y Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 01-II y Mercantil y Bienes Muebles.

El día 25 de enero de 2017, se celebró en Sevilla la JORNADA *ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y REGISTRO*, organizada por el Decanato Territorial

de Andalucía del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y el Instituto García Oviedo

Presentación a cargo de: D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios Registrales de Andalucía Occidental.

Exposiciones:

La subasta electrónica, por D. José María DE PABLOS O'MULLONY, Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 10.

Incidencia del procedimiento telemático en la constitución de sociedades, la legalización de libros de los empresarios y el depósito de cuentas, por D. Juan Ignacio MADRID ALONSO, Registrador Mercantil de Sevilla.

Procedimiento administrativo común y procedimiento registral, por D. Joaquín María BARRÓN TOUS, Letrado de la Junta de Andalucía.

Aspectos clave de la regulación de la Administración electrónica en el ámbito registral, por D. Eduardo GAMERO CASADO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide.

Clausura a cargo de: D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental y Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 01-II y Mercantil y Bienes Muebles.

ARAGÓN

En el mes de noviembre, organizados por El Justicia de Aragón y con la participación, entre otros, del Decanato de los Registradores de Aragón, tuvieron lugar los XXVI ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS con el siguiente programa:

Día 8 de noviembre de 2016: *Elogio del periodista Cabal*.

Ponente: D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo.

Día 15 de noviembre de 2016: *Régimen Jurídico de las Comunidades y Sociedades Privadas de Montes*.

Ponente: D. José Luis ARGUDO PÉRIZ, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Coponentes: D. David ARBUÉS AÍSA, Abogado y Don Miguel TEMPRA-DO AGUADO, Registrador de la Propiedad.

Día 22 de noviembre de 2016. *El Derecho Foral Aragonés ante el Alzheimer*.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Armando BARREDA HERNÁNDEZ, Magistrado Juez.

Coponentes: D. Daniel BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Abogado y D. Francisco Javier HERNÁIZ CORRALES, Notario.

Día 29 de noviembre de 2016: *La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón*.

Ponente: D. Miguel LACRUZ MANTECÓN, Profesor Titular de Derecho Civil.

Coponente: Ilmo. Sr. D. Vitelio Manuel TENA PIAZUELO, Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón.

Los días 28 y 29 de noviembre de 2016, el Consejo Económico y Social de Aragón organizó unas JORNADAS para celebrar el 25 ANIVERSARIO DE SU CONSTITUCIÓN:

Bienvenida:

A cargo de D. José Manuel LASIERRA, Presidente del Consejo Económico y Social de Aragón, y de Dña. Ruth VALLEJO, Decana de la Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo de la Universidad de Zaragoza.

Ponencias:

«Perspectivas para la economía española y el entorno Global», por D. José Manuel AMOR, Economista de Analistas Financieros Internacionales.

Modera: Don Carlos BISTUER, Vicepresidente del CESA

«Riesgos del estado del bienestar y financiación del gasto social», por D. Jesús RUIZ-HUERTA, Catedrático de Economía Aplicada Universidad Rey Juan Carlos,

Modera: Dña. Eva MURILLO, Vicepresidenta del CESA.

«Retos inmediatos de nuestra economía», por D. José Carlos DÍEZ, Economista y comentarista de actualidad económica.

MADRID

El día 15 de diciembre de 2016, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *TRANSACCIONES TRANSFRONTERIZAS DE LA PROPIEDAD*.

Ponente: Prof. Dr. D. Christoph SCHMID, Director de la ZERP y Profesor de Derecho Constitucional Económico y Derecho Comparado en la Universidad de Bremen.

Ponente: Prof. Dr. D Benito ARRUÑADA, Catedrático de Organización de Empresas en la Universidad Pompeu Fabra.

El día 16 de diciembre de 2016 tuvo lugar, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, la presentación del TERCER NÚMERO DE LA REVISTA FUNDAMENTO JURÍDICO.

Intervinieron:

D. Rubén CARNICERO CASTILLA, Vicedecano de alumnos, cultura y deporte de la Facultad.

D. Diego VIGIL DE QUIÑONES, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

D. Ignacio TORRES MURO, Letrado del Tribunal Constitucional.

D. Pablo MARÍN GARCÍA SAN MIGUEL, Presidente de la Asociación Fundamento Jurídico, alumno del Máster de Acceso a la Abogacía de la UCM.

La revista, patrocinada por el Colegio de Registradores, es una iniciativa pionera en toda España al tratarse de una publicación obra de los alumnos. Se puede descargar íntegra en <http://www.asociacionfundamentojuridico.com/>

VALENCIA

El día 18 de noviembre de 2016, el Decanato Autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana ha presentado en sociedad la ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES PARA LA MEDIACIÓN, EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN (*CONVIVENTIA*), primera asociación de Registradores española dedicada a promover la resolución de controversias por medios alternativos al sistema judicial tradicional.

Presentan: Dña. María Emilia ADÁN, Decana Autonómica de los Registradores.

Dña. Pilar DE LA OLIVA, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana y D. Gonzalo AGUILERA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España.

ADÁN ha avanzado que la nueva asociación nace para impulsar la mediación, el arbitraje y la conciliación como procesos alternativos para la resolución de los conflictos, «tanto los derivados de la propia convivencia, como de las relaciones sociales, laborales, profesionales o empresariales, en especial los surgidos dentro de los ámbitos civil y mercantil de trascendencia patrimonial».

Por su parte, DE LA OLIVA ha destacado el recorrido de la mediación en España en estos últimos años y el firme compromiso del CGPJ por desarrollar este nuevo sistema «que ha demostrado sus beneficios, su eficacia y rentabilidad a la hora de resolver conflictos, y que permite ofrecer respuestas con garantía a los ciudadanos».

Dada la trascendencia de esta iniciativa que surge desde Valencia con el propósito de ampliarse al resto del territorio nacional, la jornada ha contado con dos intervenciones de excepción a cargo de los magistrados Álvaro CUESTA, vocal del CGPJ para asuntos de Mediación, y Luis Aurelio GONZÁLEZ, presidente en España del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), que han abordado el papel del CGPJ y de los Registradores dentro de este nuevo campo de actuación.

Celebrado en el auditorio de la Fundación Universidad-Empresa de la Universitat de València, el acto oficial de presentación ha contado con una nutrida representación de personalidades del ámbito judicial, político, económico y académico. D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado, ha acompañado a la Consellera de Justicia, Dña. Gabriela BRAVO, en la clausura oficial de la jornada, que ha reunido a cerca de un centenar de personas.

Entre las numerosas autoridades asistentes al acto destaca el Secretario Autonómico de Justicia, D. Ferrán PUCHADES, la Subdirectora General de Tributos, Dña. Sonia DÍAZ, el Subsecretario de la Consellería de Justicia, D. Luis Felipe MARTÍNEZ, el Fiscal Superior de la Comunitat Valenciana, D. Antonio MONTABES, el Delegado de Economía y Hacienda de Valencia y a su vez Gerente Regional del Catastro de Valencia, D. Gabriel Luis VAQUERO, así como representantes de formaciones políticas y del mundo académico, entre ellos la Decana de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, Dña. María Elena OLMOS y la Vicedecana de la Facultad de Derecho del CEU, Dña. Esperanza FERRANDO, entre otros muchos.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Derecho de sucesiones: actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial, PRATDE-SABA, R. y LAUROBA M. (dir.). Revista Jurídica de Catalunya, Editorial Aranzadi, Barcelona, 2016. Obra colectiva. 327 páginas.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO

Juez

y

EVELIO MIÑANO GONZÁLEZ

Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra

El 13 y 14 de octubre de 2016 se presentó en el Colegio de Abogados de Barcelona, en el marco de la jornada organizada por la Revista Jurídica de Catalunya sobre derecho de sucesiones, la monografía *Derecho de sucesiones: actualidad práctica, legislativa y jurisprudencial*, en la que han participado Notarios, Abogados y Profesores de la Universidad de Barcelona, que abordan aspectos puntuales y novedosos tanto del derecho de sucesiones catalán como del derecho internacional privado relativo a las sucesiones. En sus catorce artículos doctrinales se advierte la incidencia de los cambios sociales que justifican la pervivencia y la actualización de algunas instituciones sucesorias típicamente catalanas. Destaca en la segunda parte de la obra un profundo y acertado análisis y sistematización jurisprudencial de las Audiencias catalanas y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Finalmente, y de forma encomiable, se seleccionan hasta ciento sesenta y ocho monografías y artículos de revistas de los últimos cuatro años del derecho de sucesiones estatal, del catalán y del derecho internacional privado.

La primera parte de la obra, denominada *doctrina*, comienza con una *introducción al derecho sucesorio catalán* del catedrático de Derecho Civil Luis PUIG FERRIOL. En ella, partiendo de los tres tradicionales principios sucesorios catalanes, critica la pervivencia de ciertas peculiaridades heredadas del Derecho Romano. Así, la unidad de título sucesorio que evita la compatibilidad de la sucesión testada con la intestada —a diferencia del Código Civil— es una solución claramente contraria a la voluntad del testador, que solo dispuso de una cuota de su patrimonio por las razones que fuera. En segundo lugar, el principio de perdurabilidad del heredero —que solo permite que el testador imponga condiciones suspensivas— contradice el principio según el cual la voluntad del testador es la ley aplicable primeramente en su sucesión. Por último, la responsabilidad universal del heredero que acepta pura y simplemente la herencia —por la confusión de patrimonios que conlleva— resulta cuestionable y podría superarse generalizando la responsabilidad del heredero solo con el patrimonio hereditario,

siempre con la excepción de que aquel gestione con dolo dicho patrimonio en perjuicio de los acreedores.

El Notario Antoni BOSCH CARRERA y la Abogada Tatiana CUCURULL POBLET incardinan *el juicio de capacidad en los testamentos notariales* en el contexto actual de alargamiento de la vida y el aumento de enfermedades mentales neurodegenerativas. Tras concluir que la valoración de capacidad natural del testador por el Notario tiene que ser conjunta, se distingue entre las personas con enfermedades psíquicas que no hayan sido incapacitadas judicialmente —en cuyo caso el Notario puede interesar la intervención de dos facultativos— y las que sí lo hayan sido, en las que la intervención de dos facultativos es preceptiva y sobre las que el Código Civil Catalán (en adelante, CCCat) no exige ninguna especialidad médica. En la actualidad, atendidos los procedimientos médicos que se siguen, el Notario podrá exigir que se le entreguen certificados médicos sobre el testador.

Por su parte, los Abogados Jordi MEDINA ORTIZ, Meritxell GABARRÓ SANS y Raquel FRANCO MANJÓN examinan una de las novedades del Libro cuarto del CCCat que tuvo más repercusión social en Cataluña, *la desheredación por falta de relación familiar*. Para este motivo de desheredación deben concurrir tres requisitos, y la jurisprudencia recomienda que el testador intente explicar en su testamento los motivos, aunque la carga de la prueba recaerá siempre en el heredero. El primer requisito es la ausencia de relación familiar entre el causante y el legitimario, relación que no existe cuando solo se da una relación profesional o mercantil o con meros contactos esporádicos, y que dependerá de las costumbres del tiempo y del lugar. El segundo presupuesto es el carácter continuado y manifiesto de la ausencia de relaciones familiares, sin que el CCCat ni la jurisprudencia determinen un tiempo mínimo, pero no bastarán algunos meses de ausencia ni la desatención en los últimos meses de vida o en la última enfermedad del testador. Y el tercer requisito es la imputabilidad exclusiva al legitimario, que debe tener capacidad para conocer la trascendencia de sus actos, excluyéndose así la concurrencia de culpas pero con una destacable dificultad probatoria en caso de impugnación.

En los distintos ordenamientos se ha fortalecido al cónyuge viudo y, en el catalán, este —junto con la pareja estable— hereda en la sucesión intestada con preferencia a los ascendientes. Cuando el cónyuge viudo concurre con descendientes, tendrá derecho —debiendo constar su reconocimiento en la declaración de herederos *ab intestato*— al usufructo universal de toda la herencia, que se extenderá a las legítimas pero no a los legados ordenados en codicilo. Las Abogadas Arantxa TOBARUELA CARRERA y Pilar PÉREZ VALENZUELA tratan *la sucesión intestada del cónyuge viudo y la conmutación del usufructo* y afirman —atinadamente— que la opción del cónyuge viudo de conmutar el usufructo universal por una cuarta parte alícuota de la herencia es un instrumento idóneo para preservar el patrimonio empresarial y para evitar la convivencia jurídica —usualmente conflictiva— en familias reconstituidas.

Tradicionalmente, el derecho catalán había conseguido la unidad de la empresa familiar agraria a través de la institución irrevocable de un único heredero. Ahora, los pactos sucesorios, junto con otras previsiones, son un instrumento idóneo para pretender la continuidad de la empresa familiar. Juan José LÓPEZ BURNIOL —Notario— y María MOÍNA VILAMAYOR —Abogada— nos muestran las claves de la *sucesión mortis causa de la empresa familiar* partiendo de la necesidad de preservar la integridad del patrimonio empresarial y de mantener la unidad de dirección. La indudable experiencia de dicho Notario nos hace

considerar seriamente sus sugerencias sobre la necesidad de introducir en Cataluña el testamento mancomunado —al ser habitual el carácter corresponsivo de disposiciones patrimoniales entre los cónyuges— y de que la legítima acabará siendo sustituida en el futuro por un derecho de alimentos.

Como presupuesto previo del objetivo de continuidad, los autores inciden en que la forma societaria tiene que ser la de la sociedad de responsabilidad limitada, que permite la quiebra del principio de proporcionalidad entre la participación y los derechos políticos y que el administrador lo sea por tiempo ilimitado. También será indispensable que el régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes. Entre el testamento o el pacto sucesorio, la complejidad en la sucesión de la empresa familiar aconseja que se opte por el pacto, dado su carácter irrevocable salvo acuerdo de todos sus otorgantes. Los autores llegan a afirmar que el fallecimiento de un empresario sin haber previsto la sucesión en su empresa es «una manifestación de imprudencia gravísima» porque la sucesión intestada no distingue entre el patrimonio personal y el productivo. Pueden utilizarse fórmulas distintas, como (i) el legado de acciones gravado con sustitución fideicomisaria a favor de la respectiva descendencia del empresario; (ii) la donación con pacto de reversión, en cuya virtud los bienes retornan al donante o a la persona designada por este; (iii) la designación de heredero por el cónyuge o por los parientes; (iv) la carga modal en la que se imponga un administrador para la empresa familiar; (v) la prohibición de disponer; (vi) el nombramiento de un albacea; y, (vii) la cautela socini, limitando al heredero incumplidor a percibir solo la legítima.

Los pactos sucesorios más habituales en el ámbito de la empresa familiar, opinan los mencionados autores, son los de atribución particular de acciones y participaciones que otorga el empresario —con carácter irrevocable— con los familiares que enumera el CCCat. Razones de privacidad y eficacia aconsejan que las estipulaciones tengan relación directa con la atribución sucesoria, obviando la gestión del negocio y la política de inversión. Dichos pactos podrán anotarse —mediante nota marginal— en el Registro de la Propiedad e inscribirse en el Registro Mercantil con publicidad similar a los protocolos familiares, pudiendo incluirse prestaciones accesorias.

El Notario José Alberto MARÍN SÁNCHEZ destaca *el papel del Notario en el ámbito sucesorio en la nueva Ley de jurisdicción voluntaria*, y advierte algunas disfunciones entre esta norma y el CCCat pese a la equivalencia normativa prevista en la disposición adicional tercera. En Derecho catalán, el testamento cerrado siempre queda en poder del Notario y, por el contrario, en Derecho común puede custodiarlo el testador, resultando más complejo el procedimiento de protocolización de tales testamentos en la legislación notarial que en el CCCat. Respecto de los testamentos ológrafos, el CCCat sigue otorgando la competencia a los Jueces, pero también al funcionario competente, extremo que permite seguir los trámites de la Ley del Notariado. La remoción del albacea, en cambio, aunque no diga nada el CCCat y sí ahora el artículo 910 del Código Civil será competencia exclusiva del Juez. La formación del inventario en Cataluña se regirá por el CCCat y no por la Ley del Notariado. Finalmente, la *interrogatio in iure* sí que presenta un dilema, dado que en el Código Civil se atribuye la competencia al Notario y en el CCCat solo al Juez, con los efectos de repudiación de la herencia una vez transcurrido el plazo fijado.

Sin ánimo de extenderse en la materia, el Abogado Rogeli MONTOLIÚ CASALS comenta *algunos aspectos controvertidos de los pactos sucesorios*, entendiendo acertada la restricción de la legitimación subjetiva para el otorgamiento de los pactos por su irrevocabilidad. Defiende que debieron permitirse en el libro

cuarto del CCCat los pactos sucesorios para las relaciones convivenciales de ayuda mutua, pues la relación entre convivientes puede llegar a ser más intensa que con algunos familiares. También sería adecuado mantener la legitimación de los exónyuges y permitir la de extraños en los supuestos de continuidad de la empresa familiar. MONTOLIÚ entiende que los pactos sucesorios carecen de efectos sinalagmáticos y que no debió prohibirse que contuvieran disposiciones de última voluntad. Para la interpretación de los pactos, debe recurrirse tanto a las normas de interpretación de los contratos como a la de los testamentos. Finalmente, considera el autor que el pacto sucesorio de atribución particular no tiene la naturaleza de donación a efectos de la imputación a la legítima.

De especial interés práctico son los artículos del Abogado Joaquín BAYO DELGADO y del Notario Jesús GÓMEZ TABOADA relativos —respectivamente— *al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia sucesoria en el Reglamento UE 650/2012* y a la *sucesión mortis causa y prueba del derecho extranjero*. En la primera instancia, el reconocimiento no tiene carácter contencioso y para la prueba del derecho extranjero son especialmente idóneos los informes de los operadores jurídicos.

La crisis económica por la que atraviesa nuestro país tampoco es ajena a las sucesiones, y por esto son útiles las consideraciones de la abogada María de MONTSERRAT EDO en *el concurso de la herencia*, siempre que esta no sea aceptada pura y simplemente. Cuando el heredero insta la declaración de concurso, ello tendrá el efecto de aceptación a beneficio de inventario. Según MONTSERRAT EDO debería regularse con mayor extensión el concurso de la herencia, pues todavía se dan vacíos legales y la voluntad del causante podrá verse alterada por el procedimiento concursal.

Por haber seguido algunas tradiciones jurídicas catalanas, puede resultar expresivo el capítulo del Notario andorrano Isidre BARTUMEU MARTÍNEZ, que destaca la *nueva regulación de la sucesión por causa de muerte en el Principado de Andorra*. En Andorra sí que es posible la compatibilidad de la sucesión testada con la intestada, se eliminan la cuarta trebeliánica para el fiduciario y la cuarta falcidia para el heredero, y el cargo de albacea es gratuito a falta de previsión expresa del testador.

En los ordenamientos de *common law*, la transmisión sucesoria tiene lugar a través de un representante sometido a supervisión judicial. Según el profesor Jordi TARABAL BOSCH, en los Estados Unidos cada vez es más frecuente en la mayoría de fortunas la *transmisión post mortem de bienes al margen de la sucesión* mediante los *will substitutes*, que son tanto los seguros de vida como cuentas corrientes, valores mobiliarios o planes de pensiones, que serán transmitidos al beneficiario que indique el causante al margen del patrimonio hereditario. El testamento quedaría como instrumento para atribuir los bienes residuales no incluidos en los instrumentos anteriores, que no están sujetos a las normas sucesorias, con el riesgo de que no se respeten los derechos del cónyuge viudo y de que las grandes compañías financieras sometan a sus formalidades el cambio de beneficiario.

Como en tantas otras materias, en especial la societaria, no cabe olvidar las repercusiones fiscales de determinadas instituciones sucesorias. En particular, el Abogado Enric MONTAGUT COSTAFREDA, en la *tributación del fideicomiso de residuo en Cataluña* destaca la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de abril de 2015, que sienta la doctrina de que en dicha clase de fideicomiso se producen dos transmisiones sucesivas —la primera al fiduciario y la segunda al fideicomisario— con la posibilidad de que se aplique la reducción del 95% para la transmisión de la empresa familiar entre fiduciario y fideicomisario.

El último artículo doctrinal es del Abogado Màrius MIRÓ GILI, sobre *resolución alternativa de conflicto y derecho de sucesiones*, un ámbito en el que el legislador solo ha regulado el arbitraje testamentario, que puede utilizarse para cualquier materia, incluida las legítimas una vez atribuida y cuantificada, aunque el CCCat solo la cite en sede de partición de la herencia.

La segunda parte de la obra, a cargo de la investigadora predoctoral Rosa BARCELÓ COMPTE, se divide en la *doctrina judicial sobre derecho de sucesiones en Cataluña* y en un *anexo de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*. En el primer artículo, la mayor parte de resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales catalanas versan sobre la capacidad testamentaria y la legítima. En el segundo, se extractan minuciosamente —con un encabezado con las palabras clave— hasta veintitrés sentencias del TSJC recaídas en casación catalana.

En la tercera parte de la obra se efectúa un extenso *anexo bibliográfico* de los últimos cuatro años tanto de derecho sucesorio estatal como catalán.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma. Colección Derecho Privado. BOE, Madrid, 2016. Libro de 472 páginas.

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil. UCM

La autora de este libro es Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza quien ha realizado un riguroso y detallado estudio de la institución de la sucesión intestada. Estamos ante un trabajo denso donde se ofrecen reflexiones y conclusiones sobre la regulación de la sucesión intestada en el Código Civil español, en vistas a una posible reforma. Muchas han sido las modificaciones que ha sufrido el articulado relativo a la sucesión *abintestato*, de innegable valor, pero sin realizar una variación de los órdenes de suceder, ni de otros aspectos que suscitan desde siempre dudas interpretativas, como por ejemplo puede ser la limitación de la cuota a la estirpe del indigno y desheredado cuando se aplica el derecho de representación.

Se hace eco la autora de las reformas del derecho de familia al hilo de los cambios sociales y la repercusión en el derecho de sucesiones, donde se perciben problemas sin resolver como ocurre con la expansión de los nuevos modelos familiares los cuales no son coincidentes con la situación del bínubo por fallecimiento del cónyuge anterior... por ejemplo. El Código tuvo muy en cuenta las reservas del bínubo protegiendo a la descendencia anterior atendiendo al viudo que contraía nuevas nupcias y hoy las paradojas son más intensas que aquella situación regulada, al imponerse limitaciones en la disposición de bienes a quien estuvo casado e inicia después de la disolución del primer matrimonio convivencia en pareja sin contraer matrimonio, lo cual tiene repercusiones en los deberes alimenticios respecto de la familia anterior y la nueva, y también en los derechos sucesorios del entramado de las nuevas relaciones familiares.

Reformas, como la de la Ley 26/2015, de 26 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que inciden en distintos ámbitos, como por ejemplo en materia de adopción, que al regular en el texto del artículo 178 las excepciones a la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, se equipara a la situación del adoptado hijo del cónyuge con el de persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido... Acciones legislativas donde se tiene en cuenta la situación de convivencia análoga a la matrimonial para equipararlas, y ello sucede, sin ley estatal de parejas de hecho.

Se tiene en cuenta también la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria que ha reformado la sucesión intestada del Estado y de las CCAA al introducir la nueva declaración administrativa de heredero, modificando el articulado del Código Civil (956 a 958), la LEC, la LPAP (remodificada por la Ley 29/2015, de 30 de julio), y la Ley del Notariado. Cuestiones que como indica la autora a su vez provocarán en un futuro la necesaria variación de las legislaciones forales y civiles especiales. Y así se estudia detalladamente en el capítulo noveno del libro.

También se hace eco del extenso consenso en relación con la necesidad de ampliar la libertad de testar en detrimento de las legítimas y para suprimir el rígido y complejo sistema de desheredación que constriñe la voluntad del fallecido, como ocurre con la introducción de hecho, por la Jurisprudencia del TS de la desheredación de hijos por existencia de maltrato psicológico, por menosprecio y abandono familiar en los últimos años de su vida. Insiste y estudia la necesidad de reforma de la sucesión intestada aplicable por falta de disposición testamentaria, sea por nulidad, ineficacia o repudiación de los llamados voluntariamente.

No hay que olvidar que los cambios sociales tienen que influir en los mecanismos sucesorios. De manera que los legítimamente llamados a heredar abintestato deben ser quienes representen una clara proximidad familiar y de afectos con el causante. No tiene sentido que el llamamiento a familiares se prolongue hasta el décimo grado en la línea colateral, y menos que todos sean preferentes respecto del cónyuge viudo, desconociendo el protagonismo actual de la familia nuclear frente a la extensa. Reformas que deben hacerse pensando en una sociedad del siglo XXI y con vocación de permanencia.

Las cuestiones se suscitan en problemas concretos que la autora ha analizado en profundidad en nueve capítulos. De este modo se examinan cuestiones como si es oportuno que el cónyuge viudo deba anteponerse o no a todos los ascendientes o si deben concurrir en una porción con descendientes (sean o no comunes con el causante) en propiedad o en usufructo. Se analiza si debe clarificarse el ámbito de aplicación del derecho de representación (que acaso si se suprimen las legítimas y los deberes de colacionar se simplifique bastante) y plantear su posible aplicación también en caso de repudiación del llamado. Se examina si deben suprimirse, o no, las restricciones que pesan para los descendientes del indigno y desheredado a tenor de los artículos 761 y 857 Código Civil (siempre que se decida mantener el sistema legitimario del Código Civil). Si se debe prescindir del derecho a doble porción por doble vínculo en la sucesión entre hermanos, (donde no se ha modificado en las últimas leyes de 8/2015 y 26/2015). O, aclarar si debe o no abrirse la sucesión intestada en caso de preterición del cónyuge. Y, valorar la reforma del artículo 756 del Código Civil sobre indignidad para suceder tras la reforma de la LJV. Repensar si los ascendientes deben ser legitimarios o titulares frente a la masa hereditaria solamente de derechos de alimentos. Reflexionar sobre la reciente doctrina constitucional de parejas de hecho que posiblemente bloquea la equiparación con el cónyuge en la sucesión

intestada del Código Civil. O, replantearse si la sucesión intestada en la línea colateral debe limitarse al tercer grado, tal y como se propuso hace ya casi un siglo y continua manteniéndose por la doctrina civilista.

El serio trabajo denota su conocimiento de la materia sucesoria pues se incluyen propuestas de reformas en el sentido de favorecer al cónyuge frente a las sucesiones hacia los ascendientes por considerarlas antieconómicas y como se perfila en Derecho Comparado, así como replantearse el sistema de reservas, tanto la troncal como la lineal, o la del bínubo, la reversión legal de donaciones del artículo 812... etc. Todo ello trasluce la profesionalidad y el buenhacer de la autora.

En conclusión, se trata de una obra de excelente contenido, que constituye un interesante referente para el análisis y la reflexión, también para el estudio exhaustivo de una materia difícil y de necesaria reforma. Además, es una obra muy interesante que enriquece el estudio y el conocimiento del Derecho Civil en general.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

- Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:
 - Nombre y dos apellidos del autor/es.
 - Grado académico o situación profesional del autor/es.
 - Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
 - Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

- Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:
 - Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
 - A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

- Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
- Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

- Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
- Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

- Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I. EN VERSALES.
 - II.1. EN VERSALITAS.
 - III.1.A. *En cursiva*.
 - IV.1.A.a) En redondo.
 - V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.
 - I.
 - II.
 - III.
- Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:
 - P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).
- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0442

